

A (IN)EFICÁCIA DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO EM FACE DOS PRECEITOS GARANTISTAS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

THE (IN)EFFECTIVENESS OF THE INSTITUTE'S CONDITIONAL SUSPENSION PROCESS IN THE LIGHT OF THE PRECEPTS PROVIDED IN A CONSTITUTION WITH GUARANTEES

Frederico Wellington Jorge¹
Arthur Henrique Galvão Saran²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Origem e Conceito (uma luz ao ordenamento jurídico brasileiro); 2 Natureza Jurídica do Beneplácito (Fundamentos e Finalidades); 3 Aplicação de condições de caráter sancionatório: Aplicação Constitucional ou Desvirtuamento legal (?); 4. Relação Validade/Vigência/Eficácia; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

Demonstrar por intermédio de uma análise constitucional garantista que o benefício da Suspensão Condicional do Processo coaduna-se com o ordenamento jurídico brasileiro tanto em seu aspecto formal como material (substancial), o qual pugna por um instituto legal que além de vigente e válido, seja eficaz o suficiente para refutar práticas delituosas de pequena e média gravidade, ressocializando o suposto agente delituoso sem mensurar a sua culpabilidade, primando pelo princípio da inocência e reafirmando a tutela do bem jurídico atingido.

PALAVRAS-CHAVE: Benefício da Suspensão Condicional do Processo; Validade Substancial; Eficácia; Princípios da Inocência e Legitimidade.

ABSTRACT

Demonstrate through a constitutional analysis garantism that the benefit of the Conditional Suspension Procedure is consistent with the Brazilian legal system

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali, professor de Direito Penal do departamento de Direito da Univille e advogado militante.

² Acadêmico do 10º semestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille.

both in its formal aspect as material (substantial), which strives for an institute legal as well as current and valid to be effective enough to refute criminal practices of small and medium gravity ressocializa that the alleged criminal agent without at the same time earning his guilt, striving for the principle of innocence while it enhances and reaffirms to the legal protection achieved

KEYWORDS: Conditional Suspension of Benefit Process; Substantial Validity, Effectiveness; Principle of Innocence.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está direcionada à análise do beneplácito da Suspensão Condicional do Processo sob a perspectiva do garantismo jurídico, visando legitimar o Estado (Social) de Direito, por intermédio de uma ideologia de validade substancial das normas que regem os ordenamentos jurídicos. Assim, tendo como referências doutrinas e obras jurídicas, bem como a análise de decisões proferidas pelos Tribunais Superiores do Poder Judiciário, busca-se demonstrar a eficácia do benefício já mencionado frente as penas privativas de liberdade de curta duração, bem como, em resposta a baixa e média criminalidade, (re)afirmando-se a prevenção das práticas criminais e ensejando a (re)valorização dos bens jurídicos tutelados pela ordem jurídica penal tida como *ultima ratio*. Ademais, o escopo desta atividade laboral, baseia-se na análise das condições inerentes ao benefício, cuja crítica exsurge no que toca a aplicação de condições de caráter sancionatório, condições estas que se equiparam as penas restritivas de direitos previstas no Código Penal Brasileiro, o que flagrantemente fere os princípios da inocência e legalidade. Neste sentido, conforme se defende no corpo deste trabalho, o instituto em análise prima pela mitigação da culpabilidade do agente, aplicando-se o instituto como meio de justiça consensual onde as partes saem vitoriosas. Por fim, apresenta-se a base constitucional que autoriza a aplicação e vigência do benefício, porém, chegando-se a conclusão que em termos materiais não se pode afirmar o instituto como sendo válido *per si*, necessitando-se da relação validade e eficácia para, assim, demonstrar a sua aplicabilidade de forma concatenada as normas constitucionais, trazendo tão somente ganhos ao ordenamento penalista

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

brasileiro que mediante a justiça consensual consegue reestruturar aqueles membros até então tidos como desviados da ordem comum.

1 ORIGEM E CONCEITO (UMA LUZ AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO)

Como resposta à criminalidade que se mostrou mais flagrante na década de 1990 - em razão das condições de caráter econômico e social - surgem duas fortes correntes que se mostraram ativas no ordenamento jurídico brasileiro, "de um lado, o espaço do consenso, destinado à pequena e média criminalidade; e de outro, o espaço de conflito, vinculado à criminalidade grave"³, está última culminando à época pelas legislações extravagantes ao combate da criminalidade (Lei n.º 8.072/90, Lei n.º 9.614/98, Regime Disciplinar Diferenciado, Movimento Lei e Ordem, Tolerância Zero e Movimento das Janelas Quebradas).

Assim, em que pese os movimentos *law and order* que influenciam todas as legislações penais nacionais, especialmente no tocante aos delitos considerados "graves", denota-se que a própria Constituição Federal de 1988 atenta a resposta estatal à criminalidade pequena e média - acreditando na ressocialização e que o fato ilícito praticado pelo agente fora apenas um desvirtuamento do cidadão - previa em seu artigo 98, inciso I, a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais que veio a se oficializar com o advento da Lei n.º 9.099 de 26 de Setembro de 1995, ou seja, "destinou-se a regular o espaço do consenso"⁴, trazendo em seu bojo (artigo 89) o instituto do benefício da Suspensão Condicional do Processo.

Importante destacar que referido instituto encontra-se em repouso na legislação mencionada por meras questões de política criminal, ou seja, em razão dos

³ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 29/30.

⁴ CAÚLA E SILVA, Angélica Karina de Azevedo. **Suspensão condicional do processo: análise garantista**. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 152.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

princípios da justiça consensual, celeridade e desburocratização que norteiam a Lei n.º 9.099/95.

Cabe mencionar, ainda, que tal instituto encontra terreno fértil na legislação supramencionada, haja vista o montante de pena das reprimendas que são agasalhados pelo rito da Lei n.º 9.099/95, que em sua totalidade, são de pequena e média gravidade. Noutra norte, é mister gizar o benefício não possui aplicação “restrita” aos delitos abrangidos pela Lei n.º 9.099/95, conquanto, quando preenchidos os requisitos, pode ser aplicado aos delitos previstos em legislações diversas.

Um conceito simples do instituto do benefício da Suspensão Condicional do Processo consiste em: “[...] sustar-se a ação penal após o recebimento da denúncia, desde que o réu preencha determinados requisitos e obedeça a certas condições durante o prazo prefixado, findo o qual ficará extinta a punibilidade quando não der causa á revogação [...]”.⁵

Antonio Nobre Folgado, por sua vez, preceitua:

Trata-se de uma alternativa processual à pena privativa de liberdade, já que se evita a condenação do acusado, com o cumprimento, durante certo período de tempo, de algumas condições aplicadas com o seu consentimento. Não admite o réu a responsabilidade sobre o crime, nem se discute a respeito de sua culpabilidade, mas há um consenso entre ele e o órgão acusador sobre a suspensão condicional do processo, e sobre o cumprimento de algumas condições, durante um prazo estabelecido. Findo o prazo, com o cumprimento destas, ocorre a extinção da punibilidade da infração.⁶

⁵ BRUNO, Aníbal, apud, FILHO, Vladimir Brega. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2006, p. 56.

⁶ FOLGADO, Antonio Nobre. **Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 61/62.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

No que toca sua origem histórica, tem-se que “a maioria dos doutrinadores atribui a origem moderna da suspensão condicional da pena ao projeto que Berenger apresentou em 1884 no parlamento francês, que, em suas linhas gerais, consagrava a suspensão condicional da pena”.⁷

Referido beneplácito teve seu nascedouro junto ao instituto da suspensão condicional da pena que fora adotado pelo Brasil em 06 de setembro de 1924 por intermédio do Decreto n.º 16.588⁸ e, apesar das semelhanças com inúmeros institutos de diversos países - no modelo anglo-saxão *probation system*, no americano *guilty plea e plea bargaining* e no brasileiro por meio da transação penal e suspensão condicional da pena - não se confundem com a suspensão condicional do processo.

2 NATUREZA JURÍDICA DO BENEPLÁCITO (FUNDAMENTOS E FINALIDADES)

No que toca a natureza jurídica do benefício da Suspensão Condicional do Processo, em que pese ter notória inclinação processual, ante o sobrestamento do feito quando da aceitação do benefício, verifica-se que o mesmo possui igualmente natureza penal (material), eis que se trata de medida igualmente despenalizadora, cujo cumprimento culmina na extinção da punibilidade do agente beneficiado.

Com efeito, demonstrada a natureza jurídica mista que o benefício em questão carrega, impõe-se observar os seus fundamentos. Colhem-se das doutrinas pátrias de forma majoritária os fundamentos do benefício como o sendo os princípios da oportunidade da ação penal e da autonomia da vontade do réu, sendo, porém, natural encontrar divergências acerca desta relação

⁷ SALES, José Luis, apud, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 671.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 672.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

exemplificativa, razão pela qual, aponta-se outro princípio adotado pela corrente minoritária, qual seja, o princípio da desnecessidade da pena de prisão que possui como idealizador o doutrinador Luiz Flávio Gomes.

Um dos primeiros fundamentos apontados pela doutrina para suspensão condicional do processo é o princípio da autonomia da vontade. Referido princípio se faz necessário, tendo-se em vista que, da mesma sorte que na transação penal ocorre um acordo de vontades, ou seja, a aceitação de cumprimento de uma pena não privativa de liberdade, na suspensão condicional do processo referido fato ocorre de forma semelhante, diferenciando-se tão somente pela não aplicação de penas, mas, sim, condições que deverão ter o prévio acordo do beneficiado, sem que isso acarrete a admissão de sua culpabilidade pelo suposto delito perpetrado.

É com fulcro no princípio da autonomia da vontade do acusado que será verificada “se há possibilidade de suspensão condicional do processo”⁹, na medida que seria muito discutível (na verdade impossível) colocar alguém em período de prova, sem ter a culpabilidade formada, independentemente da sua vontade”.¹⁰

O princípio da oportunidade da ação penal (oportunidade regrada), por sua vez, contrapõe-se aquela adotada pelo atual Código de Processo Penal (obrigatoriedade/legalidade da ação penal), o qual dispõe como sendo obrigação do Estado a atribuição de punir práticas delituosas, porquanto o caráter cogente das normas acarreta necessariamente o exercício da ação penal pelo órgão acusatório, que em sede de ações penais públicas possui como titular o Ministério Público, forte no artigo 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹¹

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al, apud, CAÚLA E SILVA, Angélica Karina de Azevedo. **Suspensão condicional do processo**: análise garantista. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 158.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 188.

¹¹ FOLGADO, Antonio Nobre. **Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 85.

Ademais, referido princípio possui como base constitucional o artigo 98, I, da Carta Magna de 1988, o qual é regulamentado pela Lei n.º 9.099/95 que criou os Juizados Especiais Criminais, disciplinando as infrações de menor potencial ofensivo, além de ser a pioneira quanto à mitigação do princípio da obrigatoriedade (transação penal), que veio posteriormente a influenciar o próprio benefício da suspensão condicional do processo.

“Pode-se dizer, em breves linhas, que o princípio da obrigatoriedade consiste no dever legal que possui o Ministério Público de propor a ação penal condenatória”.¹² Como adpta ao fundamento de que o princípio da oportunidade ou discricionariedade regulada ou regrada é um dos fundamentos do benefício da suspensão condicional do processo, porém sem esquecer a posição majoritária do atual ordenamento jurídico, Ada Pellegrini Grinover ressalta que, embora a regra continue sendo a do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em casos excepcionais e previstas taxativamente em lei, sob o controle jurisdicional, pode o órgão acusador dispor da *persecutio criminis* para oferecer medida alternativa.¹³

Todavia, observa-se hodiernamente uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, eis que com o aumento da criminalidade, verificou-se que a indisponibilidade e rigidez do princípio da obrigatoriedade não garantiriam a eficácia do processo penal em relação às infrações de menor e média gravidade. Tal alegação possui fundamento na medida em que a Constituição garante a todos um devido processo legal, respeitando-se os atos inerentes ao procedimento processual, portanto, no que concerne aos delitos de pequena e média gravidade, referido fato, da mesma sorte, não poderia ser diferente, ocasionando uma excessiva demora na prestação jurisdicional, gerando, quase que sempre, a perda da efetividade da sanção penal, além é claro de prejudicar “a persecução penal dos crimes mais graves, já que os órgãos

¹² JARDIM, Afrânio Silva, *apud*, FOLGADO, Antonio Nobre. **Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 155.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Juizados especiais criminais: comentários à lei n.º 9.099, de 26/09/95, p. 259/260.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

jurisdicionais e do Ministério Público despendiam grande parte do seu tempo na solução dos casos muito simples".¹⁴

Desta forma, com fulcro no fato de que em muitos casos não há a necessidade de um rígido procedimento penal para as infrações mais brandas, vislumbrou-se que a finalidade da prevenção geral da pena poderia ser atingida sem a necessidade da prolação de um decreto condenatório, passando-se a oportunizar a aplicação do princípio da oportunidade penal, que, contudo, não está isento de limites, sendo vedado ao membro ministerial deixar de atuar pura e simplesmente, ou seja, por razões de oportunidade, posto que, presentes os requisitos legais, deve atuar em favor da via alternativa oferecida pelo legislador.¹⁵

Acerca do assunto Luiz Flávio Gomes complementa:

A necessidade de defesa técnica no ato do consentimento expressa a preocupação da comunidade com os direitos e garantias fundamentais. No caso da suspensão cabe acrescentar que a sua aceitação nada mais significa que expressão da "ampla defesa" constitucionalmente garantida (art. 5º, inc, LV). Para o exercício de um direito constitucional nos parece justo que o acusado possa abrir mão de outros direitos da mesma natureza. Aceitar ou não a suspensão passar a ser estratégia da defesa. É por isso que a lei exige que ambos (acusado e defensor) manifestem.

Resta então comprovado que embora em um primeiro plano deva o beneficiado recusar a direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988 quando da aceitação do benefício, constata-se que em um segundo plano, referida recusa trata-se na verdade de modalidade de defesa, na qual prevalece a vontade de cumprir as condições do beneplácito, ao contrário de se realizar a persecução criminal de forma integral que contaria, talvez, com uma sentença penal condenatória ou absolutória. Portanto, evitando-se tal risco prefere-se "renunciar" tais direitos e garantias – v.g devido processo legal - em prol de um

¹⁴ FOLGADO, Antonio Nobre. **Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 86.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini et al, apud, CAÚLA E SILVA, Angélica Karina de Azevedo. **Suspensão condicional do processo**: análise garantista. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 156.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

direito de igual magnitude, qual seja, a ampla defesa e, a partir desta, a possibilidade de escolher a mais apropriada técnica defensiva.

Como último fundamento, ou seja, sobre o princípio da desnecessidade da pena de prisão, sustentado pelo jurista Luiz Flávio Gomes, verifica-se que se busca evidenciar a desnecessidade da prisão de curta duração, posto que nefasta e capaz de desencadear uma carreira criminal, embrutecendo e constituindo fator criminógeno, tendo como consequência o alto índice de reincidência.¹⁶

Portanto, o benefício da suspensão condicional do processo busca de forma acordada/consensual a responsabilização e ao mesmo tempo a ressocialização do suposto infrator, mormente por trazer senso de responsabilidade e conseqüentemente o ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima, o que beneficia ainda mais a evolução e reflexão acerca do respeito do suposto mal cometido em desfavor de um bem jurídico tutelado pela seara penal, sem falar da ajuda dos familiares que poderão conviver durante todo o período de cumprimento das condições ao lado do beneficiado.

Por fim, tem-se que as finalidades do benefício da suspensão condicional do processo são inúmeras, desde evitar a aplicação da pena de curta duração, prevenção geral, ressocialização do infrator, ressarcimento dos danos sofridos pela vítima, desburocratização da justiça criminal até evitar a estigmatização derivada do próprio processo e sua conseqüente e eventual condenação.

Desta feita, evitar as cerimônias degradantes e o próprio processo, constitui um dos objetivos do beneplácito da suspensão condicional do processo. Além disso, ao se evitar o rito processual, está se aplicando a prevenção geral por meio da intimidação e da valorização do bem jurídico perante a sociedade sem a necessidade de aplicação de sanções penais, eis que, por meio da aplicação condições, aceitação e o respectivo cumprimento destas o agente delituoso está atingindo a mesma finalidade social das penas.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 189.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Portanto, não se pode mais conceber que o injusto praticado de pequena e média gravidade deva ser respondido com um mal de igual ou proporções superiores, pelo contrário, devem ser aplicadas medidas de prevenção geral, bem como, medidas preventivas de futuras infrações, quer intimidando os infratores para que não mais se desviem de seus cursos sociais, quer seja para reafirmar o valor do bem jurídico ofendido perante a sociedade¹⁷, objetivo este que o beneplácito da Suspensão Condicional do Processo alcança de forma louvável.

3 APLICAÇÃO DE CONDIÇÕES DE CARÁTER SANCIONATÓRIO: APLICAÇÃO CONSTITUCIONAL OU DESVIRTUAMENTO LEGAL (?)

O artigo 89, § 1º, da Lei n.º 9.099/95 estabelece que sendo aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do magistrado, este último recebendo a peça vestibular acusatória, poderá (leia-se, deverá – direito público subjetivo do acusado) suspender o processo, submetendo o mesmo a período de prova, mediante algumas condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. Ademais, consoante determinado no § 2º do mesmo dispositivo mencionado, poderá o togado especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, que independentemente deverão ser cumpridas no período de 02 (dois) a 04 (quatro) anos.

Ocorre que, em atenção ao este tipo legal, notadamente o § 2º do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, verificam-se duas situações que ensejam dúvidas quando da aplicação, quais sejam: a) a aplicação cumulativa das condições e b) caráter de sanção das condições.

¹⁷ FOLGADO, Antonio Nobre. **Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 89.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

No primeiro caso, a resposta possui caráter prático, posto que, cabe ao magistrado quando da aplicação das condições estipular se aquelas ditas legais (§ 1º) coadunam-se com a situação pessoal do acusado e ao fato. Neste sentido, caso estas condições legais não se vislumbrem como sendo razoáveis ao caso em concreto, nada impede que o togado fixe tão somente condições ditas judiciais (§ 2º), podendo mesclar umas com as outras, bem como escolher somente as legais ou judiciais em qualquer proporção, desde que justificado, sem qualquer prejuízo.

Na segunda situação, por outro lado, surge questão polêmica, tendo em vista que algumas condições, assim como o próprio benefício da suspensão condicional do processo não se coadunam com o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸), característica inerente ao próprio beneplácito.

Note-se que a princípio o benefício da suspensão condicional do processo não cumpre com a natureza de não culpabilidade do beneficiado que aceita os termos para o devido cumprimento, tendo em vista que, uma das condições do beneplácito é a própria análise das condições judiciais (artigo 77, III, do Código Penal) que, obrigatoriamente deverá ser analisada a culpabilidade do agente. Contudo, consoante afirma Luiz Flávio Gomes, a suspensão condicional não viola o princípio da presunção da inocência, posto que este, apesar de tudo, não é considerado culpado, de outro lado, não cumpre pena e, sim, condições.

A natureza do instituto remete ao *nolo contendere* italiano, instituto o qual não se assume a culpa, tão pouco se contesta a acusação imputada. É instituto que deriva da autonomia da vontade do acusado que abrange estratégia de defesa do mesmo (ampla defesa), constitucionalmente assegurada. Neste sentido, no sistema pátrio, *a fortiori*, não há que se falar de inconstitucionalidade, mesmo porque na suspensão resta incólume à questão da culpabilidade, assim, mesmo na eventualidade de ser revogada a suspensão, o acusado é presumido inocente.

¹⁸ **BRASIL. Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. **Brasília, DF: Senado, 1988.**

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Contrariamente, alguns magistrados e os Tribunais Superiores, quando da aplicação do § 2º do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 (nas condições judiciais), veem entendendo que as condições discricionárias adotadas podem ser extraídas daquelas constantes no artigo 44 do Código Penal, o que se traduz em uma flagrante inversão dos princípios da inocência e legalidade por impor condições de caráter sancionatório, posto que o referido instituto penal se refere às penas restritivas de direito que em seu bojo preveem: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas; d) interdição temporária de direitos e e) limitação de fim de semana.

Em consonância com o tema, colaciona-se a seguinte ementa de acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONDIÇÕES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMUNITÁRIOS. ESTIPULAÇÃO DE DOAÇÃO DE CESTA BÁSICA. POSSIBILIDADE.PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.1. Esta Corte já definiu ser regular a suspensão condicional do processo fixada com condição não estipulada expressamente no art. 89, § 1º, da Lei nº 9.099/1990, pois, para tanto, há expresse permissivo legal: o § 2º desse dispositivo, que preceitua que "o Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado". 2. Correta, portanto, a fixação da prestação de serviço comunitário (doação de cestas básicas no valor de R\$ 600,00) à suspensão condicional do processo estipulada em favor de denunciado por supostamente dirigir embriagado veículo automotor. Precedentes. 3. Ordem denegada.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal, nas poucas vezes que se manifestou, assim destoou à questão:

Habeas Corpus. 2. Suspensão condicional do processo. Art. 89, § 2º, da Lei 9.099/1995. 3. Condições facultativas impostas pelo juiz. Prestação pecuniária. Possibilidade. 4.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 168571/RS. Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJE de 06.03.2012.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Precedente: INQ. 2721, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, decisão unânime, DJe 29.10.2009. 5. Ordem denegada.²⁰

Portanto, conforme fora referenciado, há quem entenda que a aplicação das penas restritivas de direito como condições inerentes ao beneplácito da suspensão condicional do processo desnature o benefício em si, caracterizando sanção penal substitutiva com ele incompatível. Por outro lado, é utilizado argumento contrário no sentido de ser regular a fixação de condição não estipulada expressamente no artigo 89 da Lei n.º 9.099/95, pois, para tanto, há permissivo legal – é o que se deduz do § 2º do dispositivo acima mencionado – que preceitua que “o Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoa do acusado”.

Entretanto, uma pena restritiva de direitos somente pode ser aplicada caso o réu tenha sido submetido ao devido processo legal, em todas as suas dimensões, tendo ainda utilizado de todos os meios de defesa, por ser este detentor de direitos e garantias constitucionais que o considera inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, não há como se aplicar as condições de caráter sancionatório a um benefício que tem por escopo não aferir a culpabilidade do acusado, pois, de modo geral, visa o consenso entre as partes em busca da ressocialização do infrator, ressarcimento dos danos sofridos pela vítima e, dentre outros, a desburocratização da Justiça.

A jurisprudência vem firmando entendimento neste sentido, ainda que a tímidos passos, consoante se vê:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. CONDIÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. NATUREZA SANCIONATÓRIA. INCABIMENTO. 1. Descabida a imposição de pena restritiva de direitos para fins do sursis processual previsto no artigo 89 da Lei 9.099/95. 2. Ordem parcialmente concedida para

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 108103/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE de 08.11.2011.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

desobrigar a paciente do cumprimento da prestação de serviços à comunidade como exigência à suspensão condicional do processo e facultar ao Ministério Público Federal a substituição dessa condição por outra desprovida de natureza sancionatória.²¹

Na mesma linha de intelecção, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de consignar que:

[...] a prestação pecuniária, por corporificar pena, depende de previsão legal para sujeitar alguém ao seu cumprimento. Desta forma, é inviável, à míngua de comando respectivo, impor como condição da suspensão do processo, nos moldes do art. 89 da Lei 9.099/95, prestação pecuniária.²²

Desta forma, impondo-se condições de flagrante caráter sancionatório (penas restritivas de direito) está se ferindo a Constituição Federal de 1988, bem como a natureza do próprio instituto em questão. Sob o aspecto doutrinário, denota-se que “as condições não serão consideradas formalmente como pena criminal, que só pode ser imposta depois de um processo no qual sejam asseguradas todas as garantias constitucionais”.²³

Sob outro enfoque, porém, em consonância com o que vem sendo alegado, verifica-se que “[...] ao instituir pena em condição não prevista no ordenamento penal pátrio, estar-se-ia afrontando o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (Princípio da Legalidade)”.²⁴

Ora, como dito anteriormente as penas restritivas de direitos substituem as penas privativas de liberdade quando na sentença condenatória o magistrado observa que o acusado faz jus às condições e, por isso mesmo, ao se impor penas restritivas de direito como condições junto ao benefício da suspensão

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. HC n.º 5002581-65.2011.404.0000/PR. Oitava Turma. Relator Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus. DE de 13.04.2011.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 108650/PR. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DE de 16.08.2010.

²³ CAÚLA E SILVA, Angélica Karina de Azevedo. **Suspensão condicional do processo**: análise garantista. Curitiba: Editora Juruá, 2007, p. 183.

²⁴ LICKS, Jeferson André. **(Im)possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos como condição para a suspensão condicional do processo**. Revista magister de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 1, n.º 37, p. 74, ago./set. 2004, p. 74.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

condicional do processo estar-se-ia desvirtuando o beneplácito, eis que sequer houve condenação para se substituir a pena privativa de liberdade, utilizando-se indevidamente uma extensão na aplicação da pena extemporaneamente.

Destarte, quisesse o legislador que as penas restritivas de direitos fossem utilizadas como condição para o beneplácito em estudo, certamente o teria especificado no rol do artigo 89 da Lei n.º 9.099/95 e não deixada ao alvedrio de agentes políticos que nem sempre respeitam os direitos e garantias previstos na Constituição Federal.

Deste modo, tem-se que para a aplicação do benefício da suspensão condicional do processo, tema ligado ao *jus puniendi*, é necessário a sua sujeição ao princípio da legalidade. Assim a aplicação de penas restritivas de direitos (artigo 43, I, do Código Penal), que, de acordo com o artigo 44, *caput*, do Código Penal, possui caráter autônomo e substitutivo, figura flagrantes condições de caráter sancionatório.

Logo, se a Lei n.º 9.099/95 não prevê a imposição de certa pena como condição para a suspensão condicional do processo, não caberia ao julgador fazê-lo, diante da inexistência de expressa previsão legal. Portanto, além de ferir o princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil), a aplicação de penas restritivas de direitos como condições no benefício da suspensão condicional do processo fere o princípio da presunção de inocência (não culpabilidade) onde não se pode considerar aplicar uma pena, entendida como a consequência natural imposta pela tutela estatal quando da prática de um ilícito, a uma pessoa cujo próprio instituto prevê não se auferir a culpabilidade, sob pena de lesionar direitos e garantias fundamentais previstos em âmbito constitucional o que paulatinamente deslegitima o Estado.

4 RELAÇÃO VALIDADE/VIGÊNCIA/EFICÁCIA

Atualmente existe uma grande controvérsia acerca da definição conceitual doutrinária entre os termos validade, vigência e eficácia.

Para a maioria dos juristas “uma norma é válida quando pertence a um ordenamento jurídico por haver sido produzida pelo órgão competente e de acordo com o procedimento regular”.²⁵ A eficácia, em outros termos “é considerada decorrente do efetivo comportamento dos destinatários em relação à norma posta, bem como a sua aplicação pelos tribunais em caso de descumprimento”.²⁶ Vigência, por sua vez, “(ou validade meramente formal) são as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores”.²⁷

Nesta senda, como decorrência direta da concretização da Constituição, Luigi Ferrajoli propõe a (re)leitura sobre os critérios de validade, vigência e eficácia das normas jurídicas, passando a expor uma tríade de atributos destas²⁸. Todavia, não há como se analisar os conceitos e atributos dos critérios acima exarados, sem que, primeiramente, mencione-se o pensador Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito, verdadeiro divisor de águas na Filosofia do Direito, tendo em vista o seu peculiar entendimento acerca do objeto Direito.²⁹

A proposta lançada por Hans Kelsen significava o rompimento com o paradigma jusnaturalista. A proposta era a abstração dos aspectos morais, sociológicos,

²⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007, p.50.

²⁶ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007, p.50.

²⁷ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007, p. 100.

²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002, p. 59.

²⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** (teoria geral do direito). Florianópolis: Editora Habitus, 2003, p. 42.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

religiosos, de Justiça, dentre outros, propondo a discussão meramente vinculada ao disposto nas normas jurídicas emanadas pelo Estado³⁰.

Em síntese, a Teoria Pura do Direito, aduz que a forma “prepondera sobre a materialidade da norma, ou seja, o ordenamento jurídico seria estruturado de modo lógico, com inferências formais, colmatadoras da validade das normas jurídicas, emanadas, de qualquer sorte, do Estado”.³¹

Portanto, em Kelsen “a validade é a existência específica (no mundo do dever-ser) da norma, enquanto a eficácia é a sua ação no mundo do ser (isto é, o fato objetivo e comprovável de sua observância e aplicação)”.³² Assim, enquanto as normas são válidas quando criadas de acordo com procedimentos estabelecidos em normas superiores, a eficácia seria um *plus* para que tanto a norma quanto o ordenamento não venham a perder sua validade.³³

Para Luigi Ferrajoli, contudo:

[...] as normas são vigentes (ou de validade meramente formal) quando editadas de conformidade com o processo legislativo, isto é, com o devido fundamento de validade, aferido em face da norma superior, reservando ao termo validade o atributo da pertinência subjetiva material com as normas situadas no nível superior, transbordando a pertinência meramente formal, típica do paradigma Kelseniano. A eficácia, por sua vez, ficaria vinculada à observância.³⁴

Enfim, são vigentes as normas que decorrem de um processo sistemático legislativo, o qual possui previsão na Constituição Federal ou lei suprema, doutro norte, a norma é válida se materialmente, seus valores emanados forem

³⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002, p. 60.

³¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002, p. 62.

³² CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007, p. 54.

³³ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007, p. 55/58.

³⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002, p. 63.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

compatíveis com as normas pré-existentes na Constituição, não afrontado qualquer direito e garantia (meio de obter este direito), podendo, caso a caso, deixar o ator jurídico de aplicar referida norma, conquanto constate ser a mesma inválida na situação jurídica analisada.³⁵

Giza-se que, diferente do que aduz a Teoria Garantista (juízo constitucional de valores), a Teoria pura do direito, perseguida por Hans Kelsen, “baseia-se na ausência de juízos de valor [...] e na unidade sistemática da ciência: volta-se, portanto, para nova noção de ciência fundada em pressupostos filosóficos da escola neokantiana”.³⁶

Assim é que, muito embora venham referidas teorias (Pura do Direito e Garantista) se completarem, denota-se que o Garantismo defende a ideia de direitos inerentes à pessoa (individual ou coletiva) – decorrentes de um juízo de valores constitucionais - direitos estes que são atribuídos ao caráter da pessoa desde a sua existência, não podendo ser influenciados e - pela vontade de terceiros ou mesmo do Estado, portanto - ceifados ao bel prazer do Estado.

Com efeito, se uma norma inferior entra em vigor, respeitando o procedimento legislativo para a sua criação, mas não respeitando os conteúdos sob uma perspectiva constitucional (direitos fundamentais), “[...] esta existirá até ser declarada sua inconstitucionalidade pela corte competente. Ou seja, ela será válida até que o referido tribunal declare que ela é inválida”.³⁷

Destarte, uma norma jurídica não é válida devido a certo conteúdo, uma vez que é possível deduzir seu conteúdo a partir de um “raciocínio lógico” de uma norma fundamental pressuposta. Uma norma jurídica tem validade porque é criada por uma “forma fixada” através de norma fundamental pressuposta e somente por este motivo esta norma pertence à ordem jurídica em que as normas são criadas

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002, p. 64/65.

³⁶ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. XIII.

³⁷ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007, p. 99/100.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

conforme esta norma fundamental, sendo que todo e qualquer conteúdo pode ser direito.³⁸

A validade de uma norma não depende de fatores externos ao sistema jurídico, sejam estes fatores sócio-econômicos ou ético-políticos. Também não depende apenas da sua promulgação, mas sim de um juízo de coerência estático e de conteúdo que a confronte com o sistema jurídico em sua totalidade, levando-se em consideração inclusive sua história, sendo que a Teoria Garantista como teoria crítica do Direito, busca a definição das categorias tradicionais das normas jurídicas e supera a abordagem típica do Direito positivista kelseniano, que se apresenta como uma concepção basicamente formal e abre mão de separar vigência e validade.³⁹

Diante disso, pode o ator jurídico analisar a norma isoladamente e deixar de aplicá-la por não ser válida em face do caso específico, apesar de ser válida em outra situação jurídica. Significa dizer que deve o ator jurídico incorrer na chamada resistência constitucional, autorizada pela legítima possibilidade de uma análise material da norma.⁴⁰

Por isso, visando promover os direitos fundamentais, é mister interpretar a lei conforme a Constituição, tarefa essa bastante complexa vez que uma lei é tida como nula apenas se for julgada por poder diverso daquele que a criou, atribuindo-lhe com isso juízo de valor. Assim, estaria se distanciando da interpretação tradicional que é restrita aos requisitos legais formais e isenta de juízo de valor, sendo que os parâmetros de validade de uma norma em um Estado de Direito Constitucional é dependente de valoração, pois as normas

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.221.

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.170.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** (teoria geral do direito). Florianópolis: Editora Habitus, 2003, p.50.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na Constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

inseridas na Constituição tratam direitos fundamentais que obriga o juiz a censurar leis ordinárias que vão de encontro a estes.⁴¹

Portanto, a interpretação da lei de acordo com a Constituição é uma tarefa que se torna ainda mais complexa quando o jurista se preocupa sobremaneira com o formalismo para determinar a validade ou invalidade de uma norma, não dando a devida atenção a seu conteúdo,⁴² mormente analisando estas sob uma perspectiva garantista, que em tempos neoliberais se constitui uma verdadeira subversão à ordem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vem sendo afirmado, a limitação substancial imposta pela Constituição é necessária no sentido de se impor a diversos fatores que podem ser barreiras para o exercício dos direitos por parte dos cidadãos, com destaque para a massiva expansão das funções de um Estado contemporâneo, a reduzida capacidade para regular o direito, a falta de efetividade das técnicas de garantia

⁴¹ FERAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Editora Trotta, 1995, p.876/877 – Sólo una ley (que el juez considere) válida comporta para él la obligación de aplicarla, es decir, de calificar y castigar como delito el hecho previsto por ella. De ahí se sigue que un hecho es y debe ser considerado delito si y solo si es tal conforme a una ley vigente y válida, o sea, si concurren todas las garantías penales y procesales: que es la definición teórica y legal – es decidir, descriptiva, y no solo prescriptiva, en un estado de derecho – de la noción válida de <<delito>> [...]. Pero el juicio de validez sustancial de las leyes, se ha dicho, es un juicio de valor confiado a la valoración operativa del juez, además de la doctrinal del jurista. De onde se sigue outra aporía todavía más grave, que afecta en particular al principio de estricta legalidad. Este principio ha sido antes definido como una regla semántica del lenguaje legal que requiere la verificabilidad de las tesis judiciales y excluye que el juez tenga, aparte de un poder de denotación y de conotación, también un poder de disposición. Pero allí donde ese poder del juez subsista ilegítimamente a causa de leyes penales que deroguen el principio constitucional de estricta legalidad o taxatividad, sólo podrá ser eliminado merced a la asignación al mismo juez de un poder de censura sobre las leyes que, a sua vez, al expresarse em juicios de valor, es um poder de disposición: de este modo, cuanto menos se encuentre um juez vinculado por la ley a la simples denotación y conotación de los hechos em ella previstos como delitos, tanto menos estará vinculado por la Constitución a sua aplicación, y tanto más autorizado a censurar su invalidez.

⁴²STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p.34/36.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

e o fato de que o poder político tende a se libertar dos controles jurídicos estabelecidos.⁴³

O antigo paradigma juspositivista sujeitava o juiz à letra da lei, não importando seu significado. Este panorama não é mais uma realidade. O juiz deve se sujeitar a lei quando esta é válida e esteja de acordo com a constituição. No âmbito garantista a validade não é um dogma presente na forma da lei, sendo uma característica que diz respeito à coerência, permeada pela opinião para que atinja a valoração por parte do juiz conforme sua significação constitucional. O jurista deve realizar a interpretação de uma lei de acordo com a constituição no intuito de realizar a promoção dos direitos fundamentais nela estabelecidos e na impossibilidade desta tarefa por contradições contidas na lei, é papel do jurista ressaltar a invalidade constitucional desta norma hierarquicamente inferior.⁴⁴

A Constituição, sob o prisma garantista, não é apenas uma norma formal, mas um instrumento de resgate ao conteúdo formador que indica um modelo de sociedade pretendida, do qual as práticas jurídicas não podem se afastar, especialmente com relação ao Direito Penal e Processual Penal. Referida norma fundamental é a primeira emanção normativa de um Estado e traz as obrigações e limites sobre os quais está comprometido, devendo trabalhar em busca da consolidação das leis nela elencadas.⁴⁵

Note-se que muito mais importante do que a própria Teoria Garantista, a qual, diga-se, sempre existiu dentro daqueles que possuem a ideologia voltada para a defesa de um conjunto normativo oxigenado pela ordem constitucional de um

⁴³ FERAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Editora Trotta, 1995, p.10 – Pero apuntam al mismo tiempo un problema que es común a todas las democracias avanzadas: la creciente anomia del estado contemporáneo, generada, de una parte, por la masiva expansión de sus funciones – y de los correlativos espacios de descrecionalidad – em la vida social y económica, y, de otra, por la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantía y por la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos y a desplazarse a sedes invisibles y extra-institucionales.

⁴⁴ JÚNIOR, José Alcebiades Oliveira et al. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p.101.

⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.92.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Estado, é a ocorrência/aplicabilidade dos preceitos instituídos por esta Teoria, em que se prega o que vem sendo sustentado, ou seja, de nada adianta a ideologia formal sem a sua aplicação material.

Sob o viés do acima alegado, muitos doutrinadores pugnam pelo entendimento de que o benefício da suspensão condicional do processo, à luz de uma perspectiva garantista, se mostra um verdadeiro retrocesso do Processo Penal. Compartilhando este entendimento, Fauzi Hassan Choukr entende que o instituto encontra-se inserido na chamada legislação de pânico ou de emergência cuja crítica se faz no sentido de que ocorre, assim, uma "mitigação, direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade [...] que regulam a legitimidade operacional ao nível normativo e interpretativo".⁴⁶

Ora, argumentos que demonstram que o benefício da suspensão condicional do processo não fere o princípio constitucional da inocência (principal divergência dos doutrinadores acerca da pertinência de validade material da norma) não são difíceis de serem sustentados. Sabe-se que o instituto em questão possui origem no sistema *nolo contendere* italiano, no qual o acusado não é considerado culpado, mas também não contesta a acusação. Por meio desta autonomia (princípio da autonomia da vontade do acusado) busca-se estratégia de defesa, direito assegurado pela Constituição Federal.⁴⁷

Portanto, seus defensores acreditam que não há que se falar em mitigação do devido processo legal, na medida em que o acusado juntamente com seu defensor técnico pesam os prós e contras e, quando pertinente, entendem como satisfatória a aceitação do benefício até mesmo como meio de defesa, portanto, demonstrado seu caráter processual legal, ainda que inicialmente.

Afora isso, tem-se que caso revogado o benefício, não será o acusado condenado de ofício, muito ao contrário, este será submetido ao devido processo legal em

⁴⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 6.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 193/194.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

sua amplitude, para que, caso entenda o magistrado, condene ou absolva o acusado, mediante o trâmite normal de um processo judicial.

Notadamente, acerca da aplicação material das condições de caráter sancionatório, verifica-se que os doutrinadores da mesma forma divergem utilizando-se igualmente de argumentos com fulcro nos princípios da inocência e legalidade e, para tanto, argumentos não faltam. Ambos buscam fundamentação nos direitos fundamentais do acusado, ponderando quando necessários direitos e princípios para se chegar ao ponto almejado.

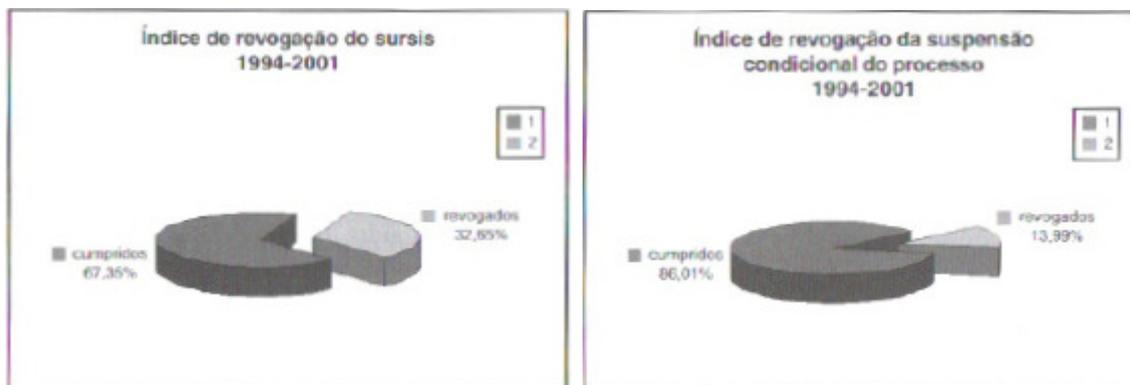
Desta feita, resta impossível a análise da posição mais acertada quando da utilização *per se* do termo validade material (substancial) quando da interpretação do benefício e da aplicação das condições sancionatórias. Portanto, busca-se necessariamente a combinação entre o termo validade e eficácia, buscando-se, assim, o entendimento mais correto a ser adotado.

Para tanto, buscando demonstrar a efetividade inerente ao benefício da Suspensão Condicional do Processo, segue quadro esquemático onde se vislumbram os índices de revogação do beneplácito quando da sua efetiva aplicabilidade em processos-crimes tramitando perante o Judiciário.

Vale mencionar que os dados que seguem são frutos da pesquisa realizada pelo Promotor de Justiça Vladimir Brega Filho⁴⁸. Denota-se que para fins de praticidade realizou-se o método comparativo entre dois institutos (*Sursis* processual x *Sursis* Penal), restando demonstrado que dos 393 (trezentos e noventa e três) processos que foram suspensos condicionalmente, tão somente 55 (cinquenta e cinco) foram revogados, ou seja, 13,99%, ao passo em que no que toca ao instituto da Suspensão Condicional da Pena, dos 197 (cento e noventa e sete) processos analisados no período de 1994 a 2001, têm-se que 64 (sessenta e quatro) processos foram revogados, ou seja, 32,65%.

⁴⁸ FILHO, Vladimir Brega. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2006, p. 157/161.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791



Portanto, demonstrada a efetividade do instituto, ou seja, “quando observada pelos seus destinatários” obter-se-á uma resposta razoável sob o aspecto de validade material do benefício da suspensão condicional do processo.

Neste passo, deve-se à luz da Teoria Garantista, reconhecer-se a substancialidade das normas existentes, e não somente atender “fiel e cegamente o cumprimento das regras simplesmente por serem regras. O aspecto meramente formal cede espaço, no Estado Democrático de Direito, ao aspecto material, conforme à Constituição”.⁴⁹

Assim, devem os atores jurídicos, além de vislumbrar uma formalidade idônea para as futuras normas, se preocuparem, muito mais, com o conteúdo jurídico-material destas, ou seja, em uma possível ou concreta afronta aos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente, não podem os garantidores manter “indiferença ou admitir passivamente que legislações infraconstitucionais avancem sobre esses bens, sem qualquer levante/resistência constitucional”.⁵⁰

Sob este enfoque pode-se dizer que o instituto da suspensão condicional do processo é formal e materialmente constitucional, restando preservado os preceitos constitucionais da presunção de inocência e da legitimidade, sem mencionar é claro, a hialina efetividade do benefício em questão, demonstrado alhures por dados fáticos. Além disso, o instituto atinge completamente o seu

⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002, p. 110.

⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **O que é garantismo jurídico?** (teoria geral do direito). Florianópolis: Editora Habitus, 2003, p. 81.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

objetivo, ou seja, atende e responde de forma expressiva a prática de delitos de pequena e média gravidade, buscando consensualmente a responsabilização e ao mesmo tempo a ressocialização do suposto infrator, induzindo-o a reflexão acerca do senso de responsabilidade e conseqüentemente o ressarcimento do prejuízo sofrido pela vítima e pelo Estado.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Campinas: Editora Millennium, 2007.

CAÚLA E SILVA, Angélica Karina de Azevedo. **Suspensão condicional do processo**: análise garantista. Curitiba: Editora Jaruá, 2007.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

FERAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Madrid: Editora Trotta, 1995.

FILHO, Vladimir Brega. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo**: eficácia de cada um dos institutos. Leme: Editora J. H. Mizuno, 2006.

FOLGADO, Antonio Nobre. **Suspensão condicional do processo penal como instrumento de controle social**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**: comentários à lei n. 9.099, de 26.9.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

LICKS, Jeferson André. **(Im)possibilidade de aplicação de pena restritiva de direitos como condição para a suspensão condicional do processo**. Revista magister de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 1, n.º 37, p. 74, ago./set. 2004.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

JÚNIOR, José Alcebíades Oliveira et al. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Editora Habitus, 2002.

_____. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. **Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

_____. **O que é garantismo jurídico?** (teoria geral do direito). Florianópolis: Editora Habitus, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. HC n.º 5002581-65.2011.404.0000/PR. Oitava Turma. Relator Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus. DJ de 13.04.2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&document_o=4117894>. Acesso em 13 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 108650/PR. Sexta Turma. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. DE de 16.08.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=18650&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 13 de abril de 2012.

JORGE, Frederico Wellington e SARAN, Arthur Henrique Galvão. A (in)eficácia do instituto da suspensão condicional do processo em face dos preceitos garantistas previstos na constituição federal. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n.º 108103/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes. DJE de 08.11.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1607316> >. Acesso em 16 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n.º 168571/RS. Quinta Turma. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJE de 06.03.2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=suspens%E3o+condicional+do+processo+presta%E7%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4> >. Acesso em 16 de abril de 2012.