

Fábio Medina Osório, Advogado, Titular do Medina Osório Advogados, Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Direito Sancionador, Cidadania e Direitos Fundamentais

O Direito Punitivo é um fenômeno que deve ser compreendido no contexto geral dos direitos humanos e da limitação do poder estatal.

Determinadas penalidades, na cultura dos direitos humanos, são inadmissíveis, na cultura civil law, e demandam tratamento mais rigoroso, em termos processuais e materiais, descartando o Direito Administrativo Sancionador e privilegiando o Direito Penal, ou vedando o bis in idem e reclamando uma ótica institucional muito cuidadosa. Dependendo do conteúdo, portanto, dos direitos humanos, a limitação às penalidades ou ao *ius puniendi* do Estado poderá ser maior ou menor.

No entanto, cabe lembrar que os direitos humanos constituem produto específico da Revolução Francesa e esta constitui um fenômeno civil law, fenômeno francês que se irradia com todas suas conseqüências para o mundo, inclusive, muito particularmente, para o modelo brasileiro.

Na globalização dos sistemas jurídicos, há uma via de mão dupla: a família da qual se originam os direitos humanos – civil law – recebe intensas influências da outra grande família jurídica, aquela onde os direitos humanos não tiveram reconhecimento originário – a common law – e o contrário também é verdadeiro, talvez até em maior intensidade. O produto desse fenômeno ainda é ambíguo, mas pode oferecer resultados interessantes.

Nessa perspectiva, há algumas penalidades que transitam numa esfera nebulosa, como é o caso da suspensão de direitos políticos, ou interdições de direitos relacionados às atividades profissionais, além das multas que não raramente alcançam patamares incríveis, inclusive podendo inviabilizar indiretamente o exercício de liberdades.

Nesse cenário, várias destas sanções podem ser equacionadas em distintas esferas, mas nem por isso perdem sua natureza aflagante, pedagógica ou “penal” em seu sentido “lato”. Cuida-se de uma notável proliferação de sanções ou do próprio Direito Sancionador à margem do clássico Direito Penal.

É certo que algumas penalidades, como pena de morte ou privação de liberdade, alcançaram um determinado status de gravidade que, paulatinamente, ganharam nível de proteção ou repúdio (caso da pena de morte nos sistemas “civil law”) extremamente elevados, ao ponto de atingir consenso constitucional no plano dos chamados “direitos fundamentais”.

Tal é o caso, repito, da pena de morte, banida pela União Européia de suas Cartas Constitucionais e banida da esmagadora maioria dos regimes democráticos dos modelos civil law, porque considerada uma espécie de pena cruel, desumana, incompatível com direitos humanos, dado que pressupõe tratamento degradante.

Sem embargo, há que se lembrar da pena de morte das pessoas jurídicas, não raro fulminadas por decisões administrativo-sancionatórias, ao arrepio de garantias adequadas. Essas penas afetam a vida das pessoas e resulta necessário aquilatar corretamente de que forma é de se aplicar sanções de tal magnitude¹.

No tocante à privação de liberdade, de qualquer sorte, esses mesmos regimes constitucionais têm cuidado de focar no campo estritamente criminal, e não administrativo-sancionatório, de modo que também aqui se percebe um foco todo especial no tocante aos direitos fundamentais dos acusados em geral, porque o Direito Penal, talvez por sua superioridade teórica ou

¹ No nosso sistema jurídico existem algumas penalidades que podem levar à verdadeira “morte” da pessoa jurídica. Dentre estas, podemos citar aquela prevista no artigo 24 da Lei nº 9.605/98 (*A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional*) e a possibilidade de cassação de autorização para funcionamento de determinada empresa quando não preenchidos certos requisitos, medida administrativa esta que, por sua gravidade, acaba levando à extinção da pessoa jurídica responsável pela prestação de determinado serviço. De toda sorte, para a aplicação destas sanções exige-se explicitamente a observância de certas regras e princípios gerais, conforme atestam os seguintes julgados: *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ENTIDADE DE EDUCAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE CASSAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. APRECIÇÃO DA ILEGALIDADE OU LESIVIDADE DO ATO PELO JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1. É ilegal a cassação de autorização de funcionamento de entidade de educação sem procedimento administrativo regular e que assegure ao atuado o exercício do direito de defesa por meio do contraditório. Os atos da administração que envolvam controvérsia sobre direito do administrado ou impliquem sanções devem ser antecedidos de procedimento administrativo, no qual seja assegurada a ampla defesa e o contraditório. 2. A decisão do Conselho de Educação não tem força de, por si só, impedir a apreciação de eventual ilegalidade ou lesividade do ato pelo Poder Judiciário, tendo em vista o princípio da separação dos Poderes e, principalmente, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpidos, respectivamente, nos artigos 2º e 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70026245175, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 16/09/2009); *AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCREDECIMENTO SUMÁRIO DE ESCOLA PROFISSIONAL PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Não tendo sido oportunizada a apresentação de defesa pela Escola de Educação Profissional IGEP nos autos do procedimento administrativo instaurado pelo Conselho Estadual de Educação para apuração de eventuais irregularidades, mostra-se inviável o descredenciamento da Escola, com conseqüente paralisação das atividades ali desenvolvidas, sob pena de maferimento às garantias constitucionais de ampla e contraditório. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70023201726, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 17/04/2008).**

dogmática, é consagrador de uma série de garantias fundamentais aos acusados em termos de liberdades públicas².

Paradoxalmente, quando o problema ingressa na seara criminal, a ameaça ao direito fundamental tende a ser maior, dado que as conseqüências gravosas costumam ser de maior monta.

Cabe insistir no ponto: os direitos fundamentais encarnam a constitucionalização dos direitos humanos e tal evolução ocorreu sobretudo no bojo da dogmática do próprio Direito Penal.

Os direitos humanos representavam, a partir de um ideário universalizante da Revolução Francesa, uma concepção liberal dos direitos do homem, direitos

² A esse respeito, veja-se o extenso rol de salvaguardas contra a restrição indevida do *status libertatis* previsto na nossa Constituição: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada; LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel; LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; (...)

inerentes ao homem, independentemente de sua posição social ou país onde inserido.

No progresso civilizatório, os direitos fundamentais encarnaram um nível de juridicidade mais denso e concretizaram os direitos humanos nas Cartas Constitucionais, vinculando direitos infraconstitucionais, sendo que tal movimento dogmático ocorre, em seu ápice, a partir das normas penais constitucionais.

A proibição de certas penalidades passou a ser uma conquista civilizatória comum às Cartas Constitucionais europeias e logo à União Europeia. Nesse sentido, algumas destas vedações e algumas garantias tornaram-se referência para o conjunto de direitos fundamentais na Europa e tem sido assim na América Latina em geral. Da mesma forma, algumas conquistas no plano processual tornaram-se imperiosas, sobretudo no campo das garantias de defesa, de informação e de contraditório processuais.³

No entanto, outra visão sobre os direitos dos acusados em geral, e sobre o Direito Sancionador especificamente, se pode encontrar na perspectiva da common law, mais concretamente desde a vertente norteamericana, que é influenciada por suas origens inglesas.

Nos sistemas anglo-saxônicos não temos a cultura dos direitos humanos, os direitos universais, mas do conjunto de civil rights, os direitos civis, os direitos inerentes à cidadania. O conceito de cidadania não é um conceito universal, mas um conceito construído através da luta concreta contra as imunidades do Poder Público, através do devido processo legal.

Esse conceito de cidadania não é fechado. Ao contrário, é aberto, e disforme, conquanto haja uma tendência cada vez mais nítida em determinada direção

³ Convém citar alguns dispositivos de Constituições Europeias que bem demonstram esse alto grau de constitucionalização dos direitos fundamentais no âmbito da civil law, e, mais precisamente, da vedação de certas penas e da garantia de defesa assegurada no âmbito do processo penal. Nesse sentido, assim dispõe a Constituição Portuguesa:Artigo 29.1: *Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida.* Art. 32. 5. *O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.*Do mesmo modo, a Constituição Espanhola:Art.15. *Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.*Art. 24.2. *Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*Também assim, dispositivos da Constituição Francesa:Art.66. *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.*Art. 66-1. *Nul ne peut être condamné à la peine de mort.*

humanitária. É um conceito multifacetário e, sobretudo, esse caráter extremamente poliforme ganha intensidade no federalismo norteamericano⁴.

Na Federação, onde os Estados têm suas autonomias reconhecidas à luz do próprio devido processo legal, o Direito Penal tem conteúdos distintos, as garantias individuais também, e assim os direitos individuais e os direitos civis. Essa variação de direitos, que contrasta com a idéia abstrata de universalidade, é resultado de lutas históricas concretas.

Nesse contexto, é curial observar que até mesmo a pena de morte é admissível em algumas culturas jurídicas e noutras não, porque não há uma proibição universal. Vai depender das lutas concretas. Não há conceitos universais em jogo. A idéia de proporcionalidade, subjacente ao debate sobre a resposta estatal ao ilícito, vai depender dos conteúdos axiológicos imanentes às penalidades e às concepções sociais dominantes. Não há direitos humanos, nem direitos fundamentais, mas direitos civis, devido processo legal, interdição à arbitrariedade do Estado, direitos de defesa, proibição da prova ilícita. Os direitos são construídos a partir das realidades sociais sobre as quais esses mesmos direitos incidem. O grau de abstração é menor. O comprometimento com solução de problemas e com os anseios sociais tende a ser maior, até porque muitos dos atores – aqui tomados como protagonistas do chamado Direito dos Juristas – são agentes políticos na sua expressão mais autêntica. São eleitos pelo povo⁵.

⁴ A definição do conceito de “cidadania” nos Estados Unidos e sua relação com o devido processo legal é fruto de um longo processo histórico, que se fortalece, no âmbito judicial, com o caso conhecido como “*The Dred Scott Decision*” (1857) relativo à condição ou não de escravo por parte de um negro chamado Dred Scott, que teria sido recebido como herança por John Sandford, em razão do falecimento do seu antigo proprietário, John Emerson, que havia deixado Dred Scott vivendo em um estado não-escravocrata. Nessa oportunidade, a Suprema Corte daquele país entendeu que Scott permanecia na condição de escravo e, de forma mais ampla, que os descendentes de africanos trazidos aos EUA e mantidos como escravos não poderiam ser considerados cidadãos americanos, bem como que seria vedado à União ingerir nos assuntos dos Estados para impedir a prática da escravidão. No entanto, após a Guerra da Secessão, que opusera justamente estados escravistas contra não-escravistas (1861-1865), iniciou-se uma fase de reconstrução do Estado Americano. Imbuído desse espírito, o Congresso então editou o chamado *Civil Rights Act* (1866), determinando que todos os nascidos nos EUA, com exceção feita aos indígenas, deveriam ser considerados cidadãos americanos, e que, assim sendo, não poderiam ser distinguidos quanto a direitos básicos, como o de contratar, entrar em juízo, testemunhar, herdar, etc. Ainda assim, temerosos de que dita norma fosse reputada inconstitucional pela Suprema Corte, os congressistas norteamericanos então aprovaram a 14ª Emenda à Constituição daquele país (1868), que, aprimorando a fórmula contida na lei anterior, deixa claro que todos os nascidos nos EUA, bem como os naturalizados, deveriam ser considerados cidadãos americanos e do Estado em que residissem. Desta forma, não seria lícito a qualquer dos Estados da Federação promulgar leis que restringissem os privilégios e imunidades reservados aos cidadãos americanos, ou retirar-lhes a vida ou o gozo de suas liberdades ou patrimônio sem o devido processo legal. (*All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* - grifei). Vê-se, portanto, que o conceito do devido processo legal, nos Estados Unidos, aprimorou-se (e continuou se aprimorando) historicamente, acompanhando a evolução do próprio conceito de cidadania. O *due process of law* revela-se, desta forma, como um desdobramento dos direitos políticos, e, por via de consequência, do próprio sistema democrático americano.

⁵ Ilustrando esta concepção, no sentido de que os direitos, no âmbito da *common law*, são constituídos a partir da realidade social, vale citar o caso *Kennedy v. Louisiana*, julgado pela Suprema Corte Norteamericana em 25/06/2008. Nessa oportunidade, aquela Corte, por maioria, decidiu pela inconstitucionalidade de prisão de acusado condenado à morte, com base em norma promulgada pelo

Hoje, a tendência é a globalização das fontes do direito. Uma aproximação cada vez maior dos sistemas jurídicos. Na Inglaterra, já existe um diploma que consagra Direitos Humanos, desde 1998. As culturas tendem a misturar-se. A pena de morte tende a ser ineficaz socialmente, é verdade, e nesse sentido deve ser repensada e abolida dos modelos jurídicos. Processos longos para aplicar uma penalidade desse porte são potencialmente ineficazes, a priori. Se o infrator foge, e já está condenado à pena de morte, a perspectiva de tornar-se mais violento é ainda maior. O custo dessa espécie de penalidade seria grande. O custo do erro seria enorme. Não me parece uma solução para o problema da criminalidade, mas uma solução simbólica que não resolveria, ao contrário, certamente agravaria a tendência violenta da sociedade e do Estado. A cultura dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é que deve ser fortalecida nesse caso.

Porém, há outras situações distintas. A cláusula do devido processo legal consagra uma perspectiva mais envolvente no sentido do pragmatismo da cultura anglo-saxã. É de se pensar sobre a relação custo-benefício dos processos. A idéia de culpabilidade pode ceder lugar, e parece que vem cedendo cada vez mais, a uma idéia de razoabilidade na formação de juízos de valor quanto à relação custo-benefício do processo punitivo. Essa idéia não tem nada a ver com a cultura dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, mas marca posição nitidamente forte na cultura da common law e tem lugar nos termos de ajustamento de conduta e nos acordos celebrados nas esferas criminais ou mesmo nos acordos de leniência que interferem cada vez mais nos ilícitos criminais. Em tais contextos, não se discute o mérito da questão, tampouco a culpabilidade, a justiça ou a injustiça das soluções dadas, vigorando o mais absoluto pragmatismo⁶.

Estado da Louisiana, que previa a aplicação de pena de morte para condenados por estupro, quando a vítima fosse uma criança menor de doze anos. A Corte fundamentou sua decisão no fato de que a Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América proíbe a imposição de penas excessivas ou cruéis (*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*), de sorte que, à luz dos padrões morais vigentes, não seria razoável estender a aplicação da pena de morte, amplamente aceita para a hipótese de falecimento da vítima em razão do crime perpetrado, também ao caso de estupro. Ou seja, levando em consideração a realidade social, a Suprema Corte entendeu ser incabível a pena de morte nesse caso, o que demonstra claramente o papel de agentes políticos exercido pelos integrantes daquele tribunal. Veja-se o seguinte trecho do voto vencedor: (...) *These concerns overlook the meaning and full substance of the established proposition that the Eighth Amendment is defined by "the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society."* *Trop, 356 U. S., at 101 (plurality opinion). Confirmed by repeated, consistent rulings of this Court, this principle requires that use of the death penalty be restrained. The rule of evolving standards of decency with specific marks on the way to full progress and mature judgment means that resort to the penalty must be reserved for the worst of crimes and limited in its instances of application. In most cases justice is not better served by terminating the life of the perpetrator rather than confining him and preserving the possibility that he and the system will find ways to allow him to understand the enormity of his offense* (grifei). *Difficulties in administering the penalty to ensure against its arbitrary and capricious application require adherence to a rule reserving its use, at this stage of evolving standards and in cases of crimes against individuals, for crimes that take the life of the victim. The judgment of the Supreme Court of Louisiana upholding the capital sentence is reversed. This case is remanded for further proceedings not inconsistent with this opinion.* (Fonte: <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/07-343.pdf>)

⁶ Acordo de Leniência (Lei nº 8.884/94, alterada pela Lei 10.149/2000):

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde

que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais co-autores da infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (...)

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV - a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

§ 3º O acordo de leniência firmado com a União, por intermédio da SDE, estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do CADE, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à SDE sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de um a dois terços as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 27 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

§ 5º Na hipótese do inciso II do parágrafo anterior, a pena sobre a qual incidirá o fator redutor não será superior à menor das penas aplicadas aos demais co-autores da infração, relativamente aos percentuais fixados para a aplicação das multas de que trata o art. 23 desta Lei.

§ 6º Serão estendidos os efeitos do acordo de leniência aos dirigentes e administradores da empresa habilitada, envolvidos na infração, desde que firmem o respectivo instrumento em conjunto com a empresa, respeitadas as condições impostas nos incisos II a IV do § 2º deste artigo.

§ 7º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria.

§ 8º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4º deste artigo em relação à nova infração denunciada.

§ 9º Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

§ 10. Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada pelo Secretário da SDE, da qual não se fará qualquer divulgação.

§ 11. A aplicação do disposto neste artigo observará a regulamentação a ser editada pelo Ministro de Estado da Justiça.

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.

Termo de Ajustamento de Conduta (Lei nº 7.347/85, alterada pela Lei nº 8.078/90):

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. [\(Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990\) \(Vide Mensagem de veto\) \(Vide REsp 222582 /MG - STJ\)](#)

Acordo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95):

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Suspensão Condicional do Processo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95):

A chamada via de mão dupla, portanto, aparece com nítida transparência. A influência do Direito Anglo-Saxão nos modelos civil law transparece com força. As teorias de antecipação dos juízos de tipicidade para o campo das investigações e da falta de justa causa da ação punitiva revelam essa direção⁷.

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

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. (...)

⁷ A título exemplificativo, seguem arestos do STF e do STJ, respectivamente: (i) *HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE EXAME MESMO DEPOIS DE JULGADA A AÇÃO PENAL. ORDEM DEFERIDA. 1. A sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia é questionada no habeas corpus não afasta o interesse de exame do writ, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da respectiva ação penal, mesmo considerando-se a posterior confirmação levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça no exame de recurso especial. 2. Não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a mera menção ao nome do impetrante por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas, sem qualquer base concreta que demonstre, minimamente, a eventual prática delitativa. 3. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua devida conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 4. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 5. Ordem deferida para determinar o trancamento da ação penal instaurada em face do paciente. (HC 89310, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00181); (ii) *RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA EM RELAÇÃO AOS SUPOSTOS MANDANTES DO CRIME. TRANCAMENTO PARCIAL DA AÇÃO PENAL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA. ARGUIÇÃO DE OFENSA AO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só se admite quando evidenciada, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a inexistência de indícios de autoria. 2. No caso, tendo o Tribunal de origem constatado, primo ictu oculi, a insuficiência de lastro probatório mínimo para respaldar a denúncia com relação a três dos denunciados, de modo a autorizar a instauração da persecução penal contra eles, tem-se configurada uma das excepcionalíssimas hipóteses de trancamento da ação penal pela via do habeas corpus, consoante a jurisprudência desta Corte. 3. É certo que não se exige prova cabal da autoria, mas apenas indícios. Entretanto, a inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a ligação fática e material entre os supostos mandantes e os executores do crime de homicídio, ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia e evidente a ausência de justa causa para a ação penal. (...)* (REsp 562.727/MA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010).*

Finalizando o raciocínio aqui desenvolvido, os conceitos de cidadania e direitos fundamentais – alicerces das culturas jurídicas mencionadas – hoje tendem a complementar-se mutuamente.

O que se vê é um Direito Sancionador menos absolutizante em termos de pretensões universais e mais comprometido com soluções pragmáticas, sobretudo no campo dos arquivamentos e dos acordos.

De outro lado, as garantias individuais tendem a necessitar de justificativas cada vez mais razoáveis e racionais, não bastando o mero formalismo jurídico abstrato. A fundamentação de uma garantia individual, portanto, no plano concreto, deve ganhar destaque. Daí a importância ímpar do devido processo legal, cláusula que tem suas origens, repito, na cultura common law, mas que busca, basicamente, interditar a arbitrariedade dos Poderes Públicos. Em tal contexto, assume importância ímpar o princípio da motivação das decisões sancionadoras e acusatórias, porque é nelas que se revela a interdição do arbítrio propriamente dito.