

SEM REVISÃO

Lei nº 9.099/95 – Cinco anos de experiência dos Juizados Especiais Criminais

Fábio Ramazzini Bechara^(*)

Promotor de Justiça – SP

SUMÁRIO: I) Introdução. II) Da hipótese de incompetência dos Juizados Especiais Criminais. III – Não-cumprimento da transação penal. IV) Do exercício do direito de representação. V) Da renúncia do direito de representação. VI) Desclassificação e aplicação extemporânea do artigo 89 da Lei nº 9.099/95; VII) Réu revel e a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/99. VIII) Aplicação da transação no curso do processo. IX) A aplicação dos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 e os processos iniciados anteriormente a sua entrega em vigor. X) Prazo para o exercício do direito de representação. XI) Da competência recursal. XII). Conclusão.

I – Introdução

Passados aproximadamente cinco anos da edição da Lei nº 9.099/95, que regulamentou o disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal, inúmeras conclusões podem ser tiradas a respeito das inovações introduzidas, aliadas à experiência verificada nas mais diversas comarcas do país.

Viu-se na realidade uma disparidade muito grande na sua aplicação, na medida em que cada juízo adaptou o procedimento e orientação seguindo às necessidades locais, prática esta perfeitamente respeitável.

Como se não bastasse a não criação dos Juizados Especiais Criminais, o que se vislumbrou na realidade foi a utilização da lei como instrumento de redução do expediente forense, buscando-se a todo custo aplicar a justiça consensual, sem, contudo, atentar para o anseio constitucional, de criar formas alternativas de aplicação do Direito Penal, sem o desgaste processual e com eficiência, o que, via de consequência, acabou por banalizar os novos institutos.

Dentre as inúmeras situações verificadas, merecem destaque os aspectos abaixo relacionados.

II – Da hipótese de incompetência dos Juizados Especiais Criminais

Por expressa disposição da Lei nº 9.099/95, caso o autor do fato não seja encontrado para citação pessoal, serão os autos remetidos ao Juízo co-

(*) Mestrando em Direito Processual Penal – PUC/SP.

mun. Esta previsão tem por premissa a existência dos Juizados Especiais de forma autônoma, desvinculado e independente do Juízo comum.

Isso significa dizer, que enquanto o Juizado Especial não estiver operacionalizado, desnecessária a aludida remessa ao Juízo comum. E por uma razão bem simples: se o termo circunstanciado é distribuído diretamente no Juízo comum, que faz as vezes dos Juizados Especiais tão somente quanto ao procedimento, inexistente razão para que se opere uma segunda distribuição e autuação em vista à necessidade da citação por edital.

Este comportamento equivocadamente adotado gera maior custo ao erário público, retardamento da aplicação jurisdicional, e, do ponto de vista prático, não altera absolutamente nada. A intenção do legislador, ao não permitir a citação por edital no procedimento dos Juizados Especiais, foi evitar a morosidade presente no Juízo comum, de modo a atender à celeridade que o deve instruir.

Ora, se o termo circunstanciado é distribuído originariamente perante o Juízo comum, ainda que se adote o procedimento do artigo 77 e seguintes da lei em estudo, o feito enfrentará a morosidade deste. Ou seja, uma nova distribuição implicará em novo retardamento. Não há que se cogitar de uma segunda distribuição sob o pretexto da celeridade, uma vez que o atraso na prestação jurisdicional é inerente ao fato do termo circunstanciado ser encaminhado pela autoridade policial ao Juízo comum, dada a inexistência dos Juizados Especiais Criminais.

Resta a concluir, portanto, que o artigo 66, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, não possui aplicação prática, nestes quatro anos de vigência da lei, até que sejam realmente implementados os Juizados de forma autônoma. Logicamente, não se deve realizar dupla distribuição em caso de não localização do réu.

É óbvio que tal solução trata-se de um retrocesso, já que são evidentes as deficiências dos atos de comunicação processual.

III – Não cumprimento da transação penal

Outro aspecto relevante refere-se às conseqüências decorrentes do não cumprimento dos termos da transação penal por parte do autor do fato.

Sustentam alguns que o acordo proposto pelo Ministério Público, uma vez aceito pelo autor do fato, e homologado pelo Juiz, torna-se dívida civil, de tal sorte que o seu não cumprimento dá cabo ao processo de execução. Justificam esse posicionamento no fato de que a finalidade do instituto da transação não se restringe à opção feita pelo autor do fato em não ser processado, mas também de assumir eventual ônus decorrente do não cumprimento do acordo.

Inferem ainda, que a execução é corolário natural do desatendimento dos termos da transação, e mais, se fosse processado, a pena eventualmente aplicada não seria mais gravosa que aquela sanção genérica acordada na transação. Outro argumento lançado por esta corrente, reside na seguinte indagação: como admitir duas sentenças judiciais a respeito do mesmo fato, sendo que a primeira gera coisa julgada?

Nesse sentido:

“A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento de acordo pelo autor do fato, a instauração do processo penal. Havendo transação penal homologada e aplicada a pena de multa, não sendo paga esta, impõe-se a aplicação conjugada do artigo 85 da Lei nº 9.099/95 com o artigo 51 do Código Penal, com a inscrição como dívida ativa da Fazenda Pública, a fim de ser executada pelas vias próprias” (STJ, RESP 172951, 24.4.1999 – Min. José Arnaldo da Fonseca).

Na mesma esteira parte da doutrina:

“Mas é inquestionável que a homologação da transação configure sentença, passível de fazer coisa julgada material, dela derivando título executivo penal. Por isso, se não houver cumprimento da obrigação assumida pelo autor do fato, nada se poderá fazer, a não ser executá-la, nos expressos termos da lei” (“Juizados Especiais Criminais”, Ada Pellegrini Grinover e outros, Ed. Saraiva, 3ª edição, pág. 155).

E ainda:

“A solução para o descumprimento da transação penal prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099/95, encontra-se no artigo 85, da novel normativa, com a incidência do artigo 51 do CP, alterado pela Lei nº 9.268/96. É vedado ao magistrado inovar na transação já homologada e receber a denúncia formulada contra o autor do fato” (TACRSP-DJE, Proc. 1041183/5, 12.3.1997, pág. 33).

A segunda posição por sua vez, argumenta que este não foi o espírito do legislador quando da criação do instituto da transação penal.

Se a transação somente é cabível quando não for hipótese de arquivamento, ou seja, quando for caso de oferecimento de denúncia, o autor do fato, ao aceitar a proposta respectiva, opta por não ser processado. Somente não será processado se cumprir o acordo. O acordo substitui a escolha de não ser processado. Em assim sendo, caso não cumpra o acordo, fica restabelecida a situação anterior, qual seja, o oferecimento da denúncia.

A Lei de Introdução ao Código Civil prescreve que na interpretação procurar-se-á atender ao espírito da lei. A transação penal é a consagração da

Justiça Consensual, sem, contudo, ignorar outros preceitos, para justamente evitar que a despenalização tenha como conseqüência a impunidade.

Desta feita, como a proposta de transação penal somente poderá ser feita quando não se configurar caso de arquivamento do feito, ou seja, quando se verificar a necessidade de instauração da instância e as condições genéricas e específicas para sua propositura, seria mais viável que, a fim de se evitar que tal instituto se torne porta à impunidade, que a proposta de transação penal fosse formulada na própria denúncia.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho tratou do tema: “Na realidade melhor seria que a Lei houvesse previsto a proposta de transação penal como instituto ‘embutido’ na denúncia, como ocorre na suspensão condicional do processo”. (RT 758, dez.98, pág. 420).

IV – Do exercício do direito de representação

As condições da ação subdividem-se em genéricas e específicas ou de procedibilidade. Dentre estas últimas destaca-se a representação do ofendido ou de seu representante legal, necessária na ação penal pública condicionada.

Nessa hipótese de ação penal pública condicionada, observa-se que o interesse público na punição do crime fica menos subordinada à vontade do ofendido, diferente da ação penal privada, e, em razão disso, não lhe transfere o Estado o direito de acusar, mas tão somente condiciona à sua provocação o início da *persecutio criminis*.

“Na verdade há crimes que afetam imediatamente interesses particulares, e o Estado, embora ciente das conseqüências que advêm de sua prática e a despeito do seu poder-dever de reprimi-los, prefere deixar a critério do particular (lesado) a apreciação da conveniência da repressão, não só pela tenuidade do interesse público afetado pelo crime, como também para resguardar interesses íntimos ou familiares do próprio lesado” (Fernando da Costa Tourinho Filho, “Processo Penal”, vol. 1, pág. 334, Ed. Saraiva).

Trata-se de ato jurídico processual, em que o ofendido ou seu representante legal manifestam a vontade de provocar o desencadeamento da persecução criminal.

Muito embora boa parte da doutrina considere a natureza jurídica da representação como de direito material, como já dito, condição objetiva de punibilidade, conceituado por Heleno Fragoso como “elementos constitutivos do crime desde que, sem elas, o fato é juridicamente irrelevante”, não deve prosperar tal entendimento, uma vez que se a representação fosse elemento constitutivo do crime, este somente restaria configurado quando houvesse a

manifestação do ofendido favorável à instauração da instância, ou seja, só haveria crime com a vontade da vítima.

Porém, a maioria significativa da doutrina entende que a representação é um instituto de direito processual ou condição de procedibilidade, já que o crime, uma vez praticado na forma tentada ou consumada, gera o *jus puniendi* ao Estado, não confundindo-se com a persecução criminal, vinculada à vontade do ofendido.

“A representação é a notícia da existência do crime e do seu autor, levada a conhecimento da justiça pública, pelo interessado na apuração daquele, e punição desse, fazendo-lhe saber que os motivos de ordem pessoal, familiar e social, que poderiam aconselhar o silêncio sobre o caso, não devem ser óbice à instauração da ação penal competente.” (Eduardo Espínola Filho, “Código de Processo Penal Brasileiro anotado”, Ed. Borsoi, 4ª edição, vol. I, pág. 411).

Apesar de não se exigir que a representação venha instruída com a prova do crime e da autoria, deve trazer informações suficientes para desencadear a persecução criminal, ou seja, de que há um crime a se apurar e um indivíduo a punir.

Da leitura do artigo 39 do Código de Processo Penal verifica-se que a representação pode ser feita através de declaração escrita ou formal, e mais, tal direito poderá ser exercido pessoalmente ou por procurador com poderes especiais.

Se feita por escrito à autoridade policial, esta iniciará o inquérito policial, e, caso seja feita oralmente, deverá ser reduzida a termo. Quando oferecida por escrito sem assinatura devidamente autenticada, do ofendido, de seu representante legal ou procurador, deverá ser reduzida a termo.

Os destinatários da representação são: autoridade policial, Ministério Público e Juiz.

Muito embora a legislação processual penal estabeleça diversos requisitos de ordem formal ao exercício do direito de representação, tal dispositivo legal deve ser interpretado de forma flexível e compatível com o princípio da inafastabilidade do controle judicial ou do direito de ação.

Ou seja, basta evidenciar a inequívoca manifestação de vontade por parte do ofendido, seu representante legal ou procurador, para que o órgão do Ministério Público esteja legitimado a promover a ação penal pública condicionada.

Caso esta não seja a interpretação, certamente o rigor formal no exercício deste direito importará em restrição ao preceito constitucional que assegura o direito de ação e o acesso ao Poder Judiciário.

Se ao Poder Judiciário não é permitido declinar a atividade jurisdicional quando regularmente invocado, forçoso é concluir que a manifestação positiva de vontade do ofendido, desde que indubitável, não importando a forma que se reveste, mostra-se perfeitamente hábil a dar cabo ao início da ação penal.

Ao Estado-Juiz compete solucionar os conflitos que lhe são submetidos, selando a paz social e restabelecendo o ordenamento jurídico violado. Muito embora a representação apresente-se como instituto que favorece o autor da infração penal, na medida em que condiciona o exercício da ação penal à vontade do ofendido, tal circunstância não justifica o formalismo previsto em lei.

Antes da representação ser considerada um instituto benéfico ao autor da infração penal, implica na realidade em instrumento através do qual o Estado toma conhecimento acerca da lesão a um direito. É o direito da vítima de postular o provimento jurisdicional através do Estado-Administração.

O abrandamento do rigor formal, já consagrado pela própria jurisprudência dominante, verifica-se, inclusive, quanto à iniciativa no oferecimento da representação, deferindo-a aos avós, aos tios, aos irmãos, aos pais de criação, aos guardiões, ou ainda à pessoa de quem tenha a menor dependência econômica (RTJ 57/90, RT 396/366, 392/391, 397/359).

E o mesmo deve ocorrer na hipótese das infrações penais de menor potencial ofensivo que dependam de representação, considerado o critério da informalidade a ser obedecido perante os Juizados Especiais Criminais, na forma do artigo 62 da Lei nº 9.099/95.

Assim, nos casos em que a vítima comparece à delegacia de polícia a fim de lavrar uma ocorrência, é inquestionável a sua livre manifestação de vontade, desde que obedecida a capacidade postulatória. Não importa o estado emocional da vítima ou representante legal, circunstância de evidente subjetividade e de difícil constatação.

V – Da renúncia do direito de representação

Nos termos do artigo 107, V, do Código Penal, a renúncia constitui causa extintiva da punibilidade, e, uma vez verificada, deve ser prontamente reconhecida, até porque a decisão judicial é de natureza meramente declaratória.

Muito embora o artigo 35 do Código de Processo Penal preveja a possibilidade de retratação, tal circunstância não possui o condão de prorrogar o reconhecimento da referida causa extintiva, obstativa do exercício do direito de punir.

No entanto, a possibilidade da retratação não está afastada no caso vertente, desde que se verifique no prazo previsto para a interposição do recur-

so cabível, ou seja, antes do trânsito em julgado da decisão judicial que reconheceu a renúncia, e, via de consequência, declarou extinta a punibilidade.

“A Lei nº 9.099/95 prevê, em seu artigo 91, a renúncia indireta, que se dá pelo decurso do prazo de 30 dias, sem manifestação do ofendido, e que implica a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, V, do CP, logo, com muito mais razão, é de se acolher a manifestação expressa da vítima, na fase do artigo 88 da citada lei, do seu desejo de não representar”. (TACRIMSP, Apel. 941.147/1, Rel. João Morengi).

Ocorre todavia, que a questão em apreço não é pacífica, tanto que parte da doutrina e da jurisprudência afirmam a necessidade de se aguardar o decurso do prazo decadencial, muito embora o ofendido ou seu representante legal tenham renunciado expressamente ao direito de representação. Sustentam que a causa extintiva da punibilidade não advém do ato de renúncia à representação, mas, sim, da decadência do exercício daquele direito. E a decadência implica na perda do direito de ação em razão do seu não exercício no prazo legal. Diferenciam a renúncia do direito de queixa da renúncia do direito de representação, enquanto a primeira constitui uma causa extintiva da punibilidade, a segunda importa em fator impeditivo do oferecimento da denúncia, admitindo, inclusive, retratação.

Esse posicionamento encontra abrigo em recente decisão da 13ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, no julgamento no RSE nº 1.172.751/2, Itu, Rel. Juiz Lopes da Silva, datado de 23.11.1999.

Reafirmando a posição inicialmente defendida, e contrariando os argumentos lançados, cumpre formular algumas ponderações.

Primeiramente o rol do artigo 107 do Código Penal não é exaustivo. Assim, muito embora o artigo 107, V, faça expressa menção ao direito de queixa, não deixa de se estender ao direito de representação. Tanto o direito de queixa como o direito de representação tem o seu exercício condicionado à vontade do ofendido ou do seu representante legal.

Com efeito ainda, as mesmas regras aplicáveis ao exercício do direito de queixa estendem-se ao direito de representação, como por exemplo a titularidade e o prazo. Ademais, tanto o direito de queixa como o direito de representação implicam no exercício do direito de ação, sendo certo que enquanto no primeiro o próprio ofendido promove a ação, no segundo é o Ministério Público que tem a sua atuação legitimada a partir do exercício daquele.

Não há, por outro lado, qualquer previsão quanto aos efeitos da renúncia expressa do direito de representação. A decadência conduz à perda do direito em razão da inércia, mas não resolve o problema quando o ofendido manifesta expressamente o desejo de não representar. Dadas as inúmeras se-

melhanças apontadas entre o direito de queixa e o direito de representação, não há como se afastar a aplicação dos efeitos decorrentes da renúncia expressa do direito de queixa à renúncia expressa do direito de representação, resolvendo-se o problema com base no artigo 3º do Código de Processo Penal, e declarando extinta a punibilidade de imediato.

VI – Desclassificação e aplicação extemporânea do artigo 89 da Lei nº 9.099/95

Na hipótese de alguém estar sendo processado pela prática de crime, cuja pena mínima é superior a um ano, caso venha a ocorrer a desclassificação para outra modalidade criminosa, sujeita aos efeitos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, como proceder?

Dispõe o artigo 89, que a proposta de suspensão do processo deve ser feita quando do oferecimento da denúncia, não fazendo qualquer alusão quanto a eventual desclassificação no curso do processo para crime, que pelo critério da pena, atende ao requisito objetivo do mencionado dispositivo legal.

Parece que a solução mais razoável é no sentido de que seria perfeitamente possível a aplicação do instituto, até porque o primeiro critério a ser analisado na verificação do benefício, é justamente a quantidade da pena.

Muito embora a lei não tenha feito qualquer menção a este respeito, o fato é que a interpretação acima referida ajusta-se ao espírito do legislador, de contemplar determinadas infrações penais, assim selecionadas em razão da quantidade da pena mínima.

Nesse sentido:

“Em se tratando da Lei nº 9.099/95, é possível a interrupção do julgamento e sua conversão em diligência em casos que, iniciado o julgamento, ocorra modificação na qualificação jurídica do delito imputado, de modo a verificar a possibilidade da suspensão condicional do processo” (TACrim, Apel. 1.003.235, Rel. Walter Swensson).

Na doutrina:

“Iniciada a ação penal perante o juízo comum, proferiu-se sentença condenatória, havendo sido interposto recurso próprio e tempestivo ao Tribunal de Justiça. No julgamento que se processou perante a Corte, houve-se por bem reconhecer a desclassificação da tipificação contida na sentença para uma capitulação mais branda, cuja pena mínima cominada em concreto é igual ou inferior a um ano, surgindo, via de consequência, ao curso do julgamento do recurso e a partir desta decisão a incidência da Lei nº 9.099/95, devendo ser julgado originalmente neste Tribunal” (Honildo Amaral de Mello Castro, RT 748, fevereiro de 98, pág. 519).

Seguindo a mesma orientação:

“É possível, no momento anterior à prolação da sentença, a correção da classificação constante da denúncia, aplicando os arts. 383 ou 384 do CPP conforme o caso, mesmo que para efeito exclusivo da análise do cabimento da suspensão condicional do processo. Isto decorre da liberdade que deve ter o juiz no exercício da jurisdição, em que se inclui a atividade intelectual de verificar se estão cumpridos os pressupostos legais da suspensão. Deve ele tomar o fato, muito mais que o fato como classificado na denúncia, para analisar o cabimento ou não da suspensão do processo, sob pena de ofender-se, ainda aqui, o princípio da proteção judiciária, além do princípio da igualdade” (Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, RT 746, fevereiro de 97, pág. 475).

Também o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“TJSP – por votação unânime em converter o julgamento em diligência, para que, em audiência no primeiro grau, seja feita ao apelante e seu defensor a proposta de suspensão do processo por dois anos, fixando-se, na hipótese de aceitação, as condições pertinentes e assinando-se o respectivo termo” (Ap. 165.239.3/6, DJE 1.3.1996, pág. 36).

Posicionamento majoritário na doutrina e também na jurisprudência estabelece que, no caso de desclassificação para delito que se enquadra na previsão da Lei nº 9.099/95, ainda que em grau de recurso, devem os autos ser devolvidos à primeira instância para o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público.

Trata-se de omissão legislativa involuntária, que deve ser suprida de acordo com os fins da própria Lei nº 9.099/95, e sem que o formalismo exacerbado seja posto como obstáculo à aplicação da Justiça Consensual.

VII – Réu revel e a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/99

O réu citado pessoalmente, que não comparece à audiência designada para o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo, que tem a sua revelia decretada, pode beneficiar-se do instituto em momento posterior?

Considerando que o réu teve expresso conhecimento da finalidade da audiência designada, e mesmo assim não compareceu ao ato, deve-se interpretar tal comportamento como manifesta recusa à proposta que seria oferecida.

Com efeito ainda, o exercício da atividade jurisdicional não pode ficar à mercê da vontade do réu, que num primeiro momento opta por ser processado, e, posteriormente, deseja beneficiar-se do instituto, apesar da revelia não constituir óbice legal ao benefício.

Verifica-se, todavia, nesta hipótese, que o réu, apesar da preclusão, não ostenta o mérito necessário ao deferimento do benefício.

Mas, em se tratando de réu revel, cujo processo venha a ficar suspenso por força do disposto no artigo 366 do Código de Processo Penal, uma vez retomada a marcha processual, perfeitamente possível a aplicação do artigo 89, até porque não teve ciência inequívoca da existência do processo, o que dirá com relação à proposta de suspensão.

Nesse sentido:

“Aplicação da Lei nº 9.099/95 aos processos em curso – Possibilidade – Réu revel – Irrelevância: Inexiste óbice à aplicação retroativa da Lei nº 9.099/95 aos processos em curso, em que o réu seja revel, uma vez que nada, no mencionado Texto Legal, indica tal circunstância como causa objetiva de não aplicação e, ademais, a revelia pode ser ato voluntário, com pleno conhecimento da imputação, não apenas decorrente da incidência do chamamento, supostamente afirmada em face da citação ficta.” (TACrim, Apel. 1.022.327/7, Rel. Abreu Machado).

E ainda:

“Em se tratando da Lei nº 9.099/95, a revelia do réu não impede, por si só, a incidência da transação penal e da suspensão condicional do processo, pois tais institutos têm lugar antes mesmo de eventual decreto de revelia do acusado, sendo certo que, o que obsta a aplicação do novo diploma é o não comparecimento do acusado à audiência em que é proposta uma daquelas medidas despenalizadoras, haja vista ser indispensável sua aceitação pessoal a qualquer delas” (TACrim, Apel. 992.159/0, Rel. Aroldo Viotti).

VIII – Aplicação da transação no curso do processo

Poderia o autor do fato, não encontrado quando da designação da audiência preliminar, beneficiar-se do instituto da transação no curso do processo já instaurado? Em caso afirmativo quais as conseqüências em relação à homologação e posterior cumprimento da transação?

A celeridade e a simplicidade consagradas enquanto princípios norteadores da informalidade do juizado, embora imprimam um procedimento diferenciado daquele observado no Juízo Comum, não inviabilizam o instituto da transação penal na hipótese do autor não ser encontrado para audiência preliminar.

Frise-se que nesta circunstância adota-se o procedimento comum e não o especial definido no artigo 77 e seguintes da Lei dos Juizados Especiais Criminais.

A justificativa acima apresentada, tem por fundamento evitar que a rigidez formal inviabilize institutos despenalizadores, que do ponto de vista finalístico, revelam resultado muito mais eficiente do que aquele verificado ao longo do procedimento comum.

Se todavia, o autor do fato, intimado da audiência preliminar, não comparecer, na mesma oportunidade deverá ser oferecida a denúncia, obedecendo-se ao procedimento do artigo 77 da Lei nº 9.099/95.

Tem-se entendido, contudo, que após o oferecimento da denúncia e a realização da audiência, porém, antes do recebimento da peça acusatória, a proposta de transação poderá ser efetuada, desde que presente o autor do fato.

IX – A aplicação dos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 e os processos iniciados anteriormente a sua entrega em vigor

Quando da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95, encontravam-se em andamento muitos processos relativos a crimes cujos requisitos dos artigos 76 e 89 achavam-se presentes.

Apesar da Lei nº 9.099/95 estabelecer que o momento do oferecimento da proposta de suspensão do processo coincide com o do oferecimento da denúncia, omitiu-se com relação aos processos em curso, assim como no que se refere à transação penal, cuja oportunidade para o oferecimento da proposta é a audiência preliminar, anterior ao oferecimento da denúncia.

Por se tratar de uma norma híbrida, de natureza penal e processual, muito se discutiu quanto a sua incidência ou não nos feitos em andamento.

Tendo em vista o disposto no artigo 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, que fixou um limite temporal para a possibilidade de oferecimento de proposta de transação penal e suspensão condicional do processo, sustentam alguns que a aplicação destes institutos aos processos iniciados anteriormente somente ocorrerá caso a mencionada restrição seja observada.

Nesse sentido:

“Se a instrução criminal teve início antes da vigência da Lei nº 9.099/95, não há que se falar da possibilidade de transação penal ou da suspensão do processo, previstos nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95” (TACrim, Apel. 1022.857/3, Rel. Xavier de Aquino).

Parte da doutrina e da jurisprudência, todavia, entende ser perfeitamente possível a aplicação retroativa dos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, pois, em se tratando de norma de direito material, favorável ao acusado, é aplicado o disposto no artigo 2º do Código Penal, que dispõe sobre a retroatividade da lei mais benéfica, ainda que iniciada a instrução criminal.

Assim tem-se:

“As normas do artigo 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, dispondo que a composição dos danos civis homologada pelo juiz, nos casos de ação penal pública condicionada e privada, imposta pela renúncia da representação

ou queixa; e a do artigo 76, que trata da transação penal e seus efeitos, sendo benéficas ao autor da infração penal de menor potencial ofensivo, têm, também, aplicação retroativa, alcançando todos os processos em curso na data da vigência da lei, inclusive os que estão na fase recursal” (“Juizado Especial Criminal”, Marino Pazzaglini Filho e outros, Ed. Atlas, 3ª edição, pág. 119).

Júlio Fabbrini Mirabete completa:

“A retroatividade não pode alcançar as hipóteses em que já foi proferida uma sentença condenatória, inadmissível que possa o Ministério Público se compor com o acusado quando já obteve uma prestação jurisdicional condenatória” (“Juizados Especiais Criminais”, Ed. Atlas, 3ª edição, pág. 185).

Decidiu o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

“Juizados Especiais Criminais. Transação Penal. Aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Lei penal no tempo. Princípio da retroatividade benéfica. Inteligência dos artigos 5º da CF, 76 e 89 da Lei nº 9.099/95. Tratando-se de lei nova que beneficia o réu, retroage sempre (art. 5º, XL), mesmo porque, se não fizesse, criaria uma distinção odiosa entre os réus processados, fazendo depender sua condenação do mero estudo aleatório do processo. Assim, enquanto não extinto o processo, tem o réu direito de receber as propostas previstas nos artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, já que na época que seria própria – a da denúncia –, não havia como apresentá-las porque ainda não vigente a nova legislação que o instituiu” (RT 728/458).

Na mesma esteira:

“Suspensão do Processo – Aplicação retroativa da norma do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 aos fatos cometidos antes de sua vigência – Admissibilidade – ainda que em fase recursal”.

“A suspensão do processo, prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, por ser norma de Direito Material, gerando situação mais favorável ao réu, deve ser aplicada retroativamente, ainda que o processo esteja em fase recursal” (AgRg 145.334/RS – j. 26.5.1998, Rel. Edson Vidigal).

Com efeito ainda, boa parte dos Tribunais entende que a retroatividade do artigo 89 da lei em estudo somente é aplicada quando ainda não houver sentença no processo, na medida em que a finalidade do instituto é evitar o processo e mesmo a prolação de eventual sentença condenatória.

Nesse sentido:

“Suspensão condicional do processo – Aplicação aos feitos já sentenciados – Inadmissibilidade – A aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 aos processos sentenciados é inadmissível, pois superada a fase do recebimento da denúncia, encerrada a instrução e proferida a sentença, cessa para o juízo mo-

nocrático a jurisdição, além de haver expressa proibição neste sentido, consagrada no artigo 90 da Lei nº 9.099/95” (TACrim – Ap. 999.235/2 – Rel. Ubiratan de Arruda).

E ainda o Superior Tribunal de Justiça:

“O instituto da suspensão do processo só não é aplicado de imediato nas hipóteses em que, no momento da entrada em vigor da lei nova, já fora prolatada sentença, ainda que pendente de recurso” (STJ, HC nº 74.305, Min. Moreira Alves).

Também decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei nº 9.099/95, torna-se inviável a incidência do artigo 89 da citada lei, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípua para o qual o instituto do ‘*sursis* processual’ foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição de pena privativa de liberdade” (HC nº 7.4305/SP, Rel. Celso de Mello, data 7.3.1997).

Tendo em vista as divergências acima enumeradas, passou-se a questionar a constitucionalidade do artigo 90 da Lei nº 9.099/99, que dispõe sobre a aplicação dos artigos 74, 76 e 89 da lei.

Sustenta-se que o legislador infraconstitucional, excetuadas as hipóteses expressas, não pode limitar o alcance de uma norma constitucional. Isso significa dizer, que se a Constituição Federal assegura a retroatividade da lei penal mais benéfica como garantia fundamental, prevista no rol do artigo 5º, a atividade do legislador ordinário está vinculada e ao mesmo tempo impossibilitada de restringir a eficácia desta norma, até porque não autorizado para tanto.

Poder-se-ia eventualmente argumentar que a mencionada autorização decorreria do artigo 98, I, do Texto Constitucional, que prevê a regulamentação dos Juizados Especiais Criminais pelo legislador ordinário. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada, cuja aplicabilidade depende da edição de lei ordinária.

Ocorre todavia, que embora ambos os dispositivos invocados ostentem o “*status*” constitucional, não guardam a mesma natureza.

O artigo 98, I, constitui uma regra de ordem constitucional, que prevê a possibilidade de serem criados e instalados os Juizados Especiais Criminais a partir de lei ordinária.

Já o disposto no artigo 5º, XL, constitui princípio constitucional, que norteia e orienta todo o ordenamento jurídico, como verdadeira matriz do sistema. Este princípio, aliás, é decorrente de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana, na forma do artigo 1º, II.

Assim sendo, ainda que houvesse um conflito entre o artigo 5º, XL, e o artigo 98, I, da Constituição Federal, prevaleceria a garantia da retroatividade da lei mais benéfica. Isto porque em matéria de hermenêutica constitucional, havendo conflito entre um princípio e uma regra constitucional, prevalecerá sempre o primeiro.

Esta a orientação do Prof. Antônio Magalhães Gomes filho e outros:

“O legislador infraconstitucional não pode restringir o alcance das normas constitucionais, sem estar autorizado para tanto. Seria invocável a eficácia direta e imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, bem como sua força vinculatória, que obriga seu acatamento por todos, isto é, poderes públicos e particulares”.

E conclui:

“Em suma, a lei ordinária não pode restringir o alcance e a eficácia de *novatio legis* benéfica. Não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos fundamentais” (“Juizados Especiais Criminais”, Ada Pellegrini Grinover e outros, 3ª edição, Ed. Saraiva, págs. 332 e 333).

Com a mesma orientação o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo:

“A suspensão condicional do processo é instituto que leva à extinção da punibilidade, portanto, conteúdo de direito material, ao lado da natureza processual, devendo ter aplicação imediata, retroagindo para beneficiar o réu e alcançando processos em andamento, inclusive, em grau de recurso” (TACrim, Apel. 996.305/4, Rel. Angélica de Almeida.).

“A Lei nº 9.099/95 aplica-se a processos que se encontram em grau de recurso no que tange à exigência de representação, prevista no artigo 91 da Lei nº 9.099/95, entretanto, as normas que tratam da Composição Civil, Transação Penal ou Suspensão do Processo, apesar da possibilidade de exercerem influência na situação fática do réu, não podem retroagir para que sejam praticados atos incompatíveis com os já realizados no processo, porque perfeitos e acabados, sob pena de criar-se, a título de beneficiar aquele, situações injustas para todos os condenados que, em razão do trânsito em julgado das sentenças condenatórias proferidas em casos idênticos, não mais poderão usufruir destes benefícios” (TACrim, Apel. 974.925/1, Rel. Mesquita de Paula).

“O artigo 90 da lei não impede a aplicação dos institutos de natureza material aos processos em andamento, pois sua interpretação deve ser feita à luz dos princípios constitucionais da isonomia, presunção de inocência e retroatividade da lei mais benéfica” (TACrim, Apel. 1017.968/1, Rel. Breno Guimarães).

X – Prazo para o exercício do direito de representação

O Código de Processo Penal estabelece que o prazo decadencial para o exercício de direito de representação é contado a partir da data em que o ofendido ou seu representante legal toma conhecimento da autoria da infração penal. Prescreve ainda, que este prazo é de seis meses.

Indaga-se, todavia, se o disposto no Código de Processo Penal aplica-se ou não aos crimes de lesão corporal dolosa de natureza leve e lesão corporal culposa, os quais, com o advento da Lei nº 9.099/95, passaram a exigir representação por parte do ofendido ou representante legal.

A Lei dos Juizados Especiais Criminais está para o Código de Processo Penal, assim como a norma especial está para a norma geral. Isso significa dizer, que as disposições do Código de Processo Penal somente serão aplicadas na hipótese de não existir previsão correlata na Lei nº 9.099/95.

O artigo 91 da Lei nº 9.099/95 reza que “nos casos em que esta lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”.

O artigo 92 por sua vez, estabelece a subsidiariedade das disposições do Código de Processo Penal.

O artigo 75, parágrafo único, por outro lado, afirma que “o não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei”.

A interpretação doutrinária e jurisprudencial que vem sendo desde a edição da Lei nº 9.099/95, é no sentido de que o mencionado artigo 91 somente se aplica aos fatos praticados antes da sua entrada em vigor, sendo que no tocante aos posteriores as regras a serem obedecidas são as do Código de Processo Penal.

Ocorre todavia, que este não parece o entendimento mais adequado ao espírito do legislador constitucional e ordinário. Primeiramente é necessário ressaltar que o processo nos Juizados Especiais orientar-se-á segundo os critérios da economia processual e celeridade (art. 2º).

Por outro lado, o citado artigo 91 não faz qualquer restrição quanto aos fatos praticados antes e depois da Lei nº 9.099/95. E mais, fixa o prazo decadencial em trinta dias, e a sua contagem a partir da intimação do ofendido ou representante legal.

Estas duas previsões contidas no artigo 91 ajustam-se aos referidos critérios da economia processual e celeridade, norteadores dos Juizados Especiais Criminais, e ao mesmo tempo incorporam o disposto no artigo 98, I, da

Constituição Federal, que estabelece o procedimento “sumariíssimo” para as infrações de menor potencial ofensivo.

Frise-se que o procedimento sumário, previsto no ordenamento jurídico vigente, diferencia-se do ordinário em razão da menor burocracia e maior celeridade. Já o sumariíssimo, introduzido pela norma constitucional acima aduzida, impõe uma rapidez ainda maior, sem mencionar a própria simplicidade e informalidade que o devem instruir.

E veja bem que o critério distintivo entre os procedimentos ordinário, sumário e sumariíssimo é a pena. O primeiro destina-se às infrações penais mais graves, punidas com pena de reclusão, o segundo aos crimes punidos com pena de detenção, e o terceiro às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Não fosse a intenção do legislador deferir um tratamento diferenciado às infrações penais de menor potencial ofensivo, tanto do ponto de vista do direito penal como do processual penal, não teria feito expressa previsão quanto ao prazo para o exercício do direito de representação e o termo inicial para a sua contagem.

Ainda que o artigo 75, parágrafo único, mencione a aplicação do prazo previsto em lei para o exercício do direito de representação, entenda-se por esta lei a Lei nº 9.099/95 e não o Código de Processo Penal.

É por tais razões que, em se tratando de crimes de lesão corporal dolosa de natureza leve e lesão corporal culposa, a representação deverá ser exercida no prazo de trinta dias, contado a partir da intimação da vítima ou do seu representante legal.

Resolve-se o impasse pelo princípio da especialidade, ou seja, na medida em que a Lei nº 9.099/95 tratou de forma expressa a questão referente ao prazo para o exercício de direito de representação, bem como do seu termo *a quo*, forçoso é concluir pela sua prevalência sobre as disposições do Código de Processo Penal.

Esta é mais uma demonstração da resistência por parte dos operadores do direito em aceitar as inovações introduzidas pela nova ordem constitucional, privilegiando as disposições infraconstitucionais, ao invés de adequá-las ao novo perfil, que reflete os anseios sociais em termos de Justiça Penal.

XI – Da competência recursal

A Lei nº 9.099/95 estabeleceu que os recursos interpostos contra a decisão de rejeição da denúncia ou queixa e contra a sentença, serão julgados por turma composta de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos da sede dos Juizados. (art. 82)

Diante da não instalação dos Juizados Especiais Criminais, igualmente as turmas recursais não foram criadas, razão pela qual tais recursos passaram a ser apreciados e julgados pelo Tribunal.

No Estado de São Paulo, antes da edição da Lei nº 9.099/95, a competência das denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo era do Tribunal de Alçada Criminal.

Ocorre todavia, que ao julgar os aludidos recursos o Tribunal tão somente executa a competência que originariamente seria das turmas recursais, que por definição legal é constituída por três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição.

Ou seja, esta competência emergencialmente exercida pelo Tribunal não se confunde com a competência decorrente da sua posição de órgão hierarquicamente superior ao juízo de primeira instância. A turma recursal constitui órgão jurisdicional de primeira instância, diferenciando-se pela competência tão somente.

Em razão disso é importante ressaltar que as decisões proferidas pelo Tribunal no julgamento dos recursos oriundos dos Juizados Especiais Criminais não são de segunda instância, mas de primeira, como exposto no parágrafo acima.

Como consequência dessa afirmação decorre a conclusão no sentido de que contra estas decisões do Tribunal não são cabíveis os recursos especial e extraordinário, já que não se tratam de decisões de segunda instância propriamente dita.

XII – Conclusão

A Justiça Consensual constituiu importante inovação introduzida pela Constituição Federal, atendendo aos fins da pena e do processo no Estado Democrático de Direito, menos burocrático e mais eficiente, modernizando o sistema vigente e abandonando as concepções conservadoras e burocráticas.

Mas a sua implementação efetiva depende do avanço hermenêutico, adequando a interpretação dos dispositivos legais à nova realidade social eleita. Não basta, pois, as inovações do ponto de vista legislativo se os operadores do direito não promoverem igualmente o redimensionamento dos conceitos em que se funda o ordenamento vigente, procedendo-se a uma nova e necessária leitura de todo o sistema a partir dos anseios que se aspiram.