

**O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA E A LEI 9.099/95
(JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS)**

Ednilson Andrade Arraes de Melo*

1 Introdução

O princípio constitucional da eficiência na administração pública, previsto no *caput* do art. 37 da CF, é aplicável a todos os poderes e atividades exercidas pela administração pública, não somente aos serviços prestados pelo poder executivo, incluindo-se, portanto, a prestação jurisdicional.

A inclusão do princípio da eficiência na administração pública por intermédio da EC 19/98 pretendeu garantir maior qualidade e presteza na atividade pública e na prestação dos serviços públicos (Moraes, 2000, p. 302).

Consoante explica Moraes (Idem, *ibidem*), "dentre as características do princípio da eficiência destacam-se a busca do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, acesso à população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade".

O estudo do tema ganha relevância na medida em que é notória a crise (Watanabe, 1985, p. 3) por que passa o Poder Judiciário.¹ Como advertiu Barbosa Moreira (1982, p. 207), em artigo publicado há vários anos:

A excessiva demora do processo e seus resultados frustrantes são conseqüências de uma série de fatores: falhas da organização judiciária, deficiência na formação profissional dos juizes e advogados, precariedade das condições de trabalho, uso arraigado de métodos obsoletos e irracionais e o escasso aproveitamento de recursos tecnológicos.

* Aluno do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

¹ Na Constituinte de 1988 por pouco não foi instituído um controle externo para o Poder Judiciário, sendo que já tramitou no senado uma CPI do judiciário.

Comentando a crise do Poder Judiciário, Grinover (1996, p. 21) chega a dizer que “a justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A justiça é a denegação de justiça. A justiça é injusta. Não existe justiça”.

Segundo dados do IBGE de 1988, citados por Sadek (2001, p. 7), apenas 30% das pessoas que se envolvem em disputas procuram a Justiça Estatal. Esta pesquisadora diz que as razões são inúmeras, indo desde a descrença na lei e nas instituições judiciais até a banalização da violência.

Em recente artigo, Gilberto Dimenstein observou que:

O Brasil é uma nação democrática, onde a população ainda não vê uma relação entre crime e castigo. Coloca-se, assim, em descrédito o princípio elementar do Estado de Direito. [...] Uma empresa de publicidade (Grottera) perguntou aos entrevistados “quem ajuda a fazer mais justiça no Brasil”. Só míseros “10% apontaram o Poder Judiciário”. A imensa maioria (84%) apontou a mídia, sintoma de uma deturpação porque seu papel é, a rigor, informar e formar, não processar ou indiciar. Indagados “para que serve a Justiça”, 26% disseram que para nada; 28% não souberam responder. Para, enfim, 86% da população, somos marcados pela impunidade (aspas nossas). (*Folha de S. Paulo* de 27.12.1998, p. 3.8.)

Além destes fatores referentes ao próprio Poder Judiciário, não pode deixar de ser reconhecido que, a partir da segunda metade do século XX, verificou-se considerável aumento dos índices de criminalidade, em decorrência da crise social e da modernidade da vida em sociedade, sobrecarregando o trabalho da Justiça Criminal (Silva, 2000, p. 11).

Segundo informa Sadek (1999, p. 7),

Enquanto em 1940 a população urbana representava 31%, em 1970 atingiu a casa dos 68%, e em 1990 passou a 79%. Entre os anos 40 e 80 surgiram no país mais de 400 novas cidades (em 1950 o Brasil contava com 96 cidades com mais de 20 mil habitantes; em 1985 já eram 500). Ou seja, em um intervalo de menos de 30 anos, a população brasileira transformou-se de predominantemente rural em urbana. O ritmo e a forma como este processo se verificou provocaram desenraizamento, desagregações de famílias, perda de laços primários e a conseqüente atomização de indivíduos em cidades grandes, inchadas, desordenadas, com cinturões de miséria e gritantes deficiências na prestação de serviços.

Logicamente, esta desestruturação social decorrente da rápida transformação de nossa sociedade, de rural para urbana, formou um terreno propício para o aumento do número de conflitos, conseqüentemente aumentando a criminalidade e o número de litígios encaminhados à Justiça.

Esse excesso de feitos em curso, especialmente nas infrações penais de pouca monta, dava ensejo a ocorrência de prescrição e a dificuldade de produção de provas (decorrente da morosidade), fatores que acabavam dando causa a extinções da punibilidade e a absolvições injustas.

Com esta sobrecarga de trabalho, não era possível aos operadores do direito envolvidos ter uma atenção maior aos crimes graves, violentos e à criminalidade organizada.

Diante deste contexto, era comum muitos casos levados ao conhecimento da polícia não terem o devido encaminhamento, seja por boa ou má-fé.

Também era comum promotores de justiça promoverem arquivamentos de inquérito policial, ora alegando o caráter insignificante da infração, ou nas brigas familiares invocar-se razões de política criminal, "prescrição retroativa" em perspectiva etc., bem como os próprios juízes também tentavam "eliminar" parte do acervo através de absolvições dos réus por razões de política criminal, com base no chamado princípio da insignificância ou nos termos do art. 5.º da LICC ("Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum").

Assim sendo, a impunidade dos delitos, mesmo os de pequena lesividade, acaba acarretando o que se chama de "litigiosidade contida" (Watanabe, 1985, p. 2) qual seja, muitos conflitos ou não eram encaminhados ao Poder Judiciário ou, quando eram, não tinham a solução devida, fato este gerador de situações de mais violência e de instabilidade social, tal como a atuação de "justiceiros", a prevalência da lei do mais forte, pessoas tentando fazer justiça com as próprias mãos, violência no trânsito etc.

Preocupado com a morosidade e com a falta de eficiência e efetividade do processo penal, especialmente nos delitos menos graves, vários estudiosos já pesquisavam sobre a possibilidade de alteração da legislação, a fim de introduzir-se em nosso ordenamento jurídico acordos e conciliações entre Ministério Público e réu, principalmente nas infrações menores, além de procedimentos mais abreviados, tendência esta que se vinha manifestando principalmente em países da Europa e da América do Sul da família românica, em recentes reformas legislativas (Fernandes, 1999, p. 20-21).

Como lembram Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (1997, p. 23),

Há muito tempo o jurista brasileiro preocupa-se com um processo penal de melhor qualidade, propondo alterações ao vetusto Código de Processo Penal de 1940, com o intuito de alcançar um "processo de resultados", ou seja, um processo que disponha de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, com o objetivo de assegurar praticamente a utilidade das decisões. Trata-se do tema da efetividade do processo, em que se põe em destaque a instrumentalidade do sistema processual em relação ao direito material e aos valores sociais e políticos da Nação.

Neste contexto o legislador constituinte de 1988 possibilitou a criação de juizados especiais para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo e estabeleceu a possibilidade de transação, que seria regulada por lei própria.

A criação dos Juizados Especiais acompanhava um movimento de acesso à Justiça, proposto por Mauro Cappelletti, visando a incorporar uma forma diferente de solução de conflitos pelo Estado.²

Foi através desse permissivo constitucional que foi promulgada a Lei 9.099/95, que dentre outros avanços criou alguns institutos que revolucionaram o direito criminal em nosso país, tal como a transação penal, a possibilidade de acordos civis na esfera processual penal, a suspensão condicional do processo, o procedimento sumaríssimo etc.

2 A ação penal e o princípio da eficiência

Sendo o crime um fato que lesa direitos do indivíduo e da sociedade, cabe ao Estado reprimi-lo com o exercício do *jus puniendi*.

Para exercer o direito de punir do Estado é necessário que haja processo e julgamento (*nulla poena sine iudicio*), sendo que o Estado é investido no direito de ação que possibilita a instauração do devido processo legal.

Tendo em vista que o direito penal tutela os interesses maiores da sociedade e entendendo-se a ação penal como o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo (Marques, 1998, p. 287), fica evidente que a implantação do sistema dos Juizados Especiais possibilitou um maior acesso da população à Justiça Criminal, aumentando-se, também, a eficiência do sistema e a possibilidade de maior rapidez, simplicidade e informalidade, com maior atenção à vítima do crime etc., qual seja, houve uma melhora da qualidade e na presteza do serviço público, “prestação jurisdicional”, acabando por auferir maior eficiência a este essencial serviço público.

Como a prática de um delito, mesmo os de menor expressão, acarreta a lesão a direitos individuais ou coletivos, a possibilidade de ampliar o encaminhamento de tais casos ao judiciário possibilitou a pacificação destas situações que antes não tinham a devida atenção, como acima mencionado, seja porque prescreviam, seja porque os próprios operadores do sistema “davam um jeito” de não encaminhar estes casos (conforme item 1 *supra*).

Entendemos que, mesmo no inovador instituto da transação penal, o Ministério Público faz um juízo de valor sobre os fatos narrados no termo circunstanciado, fazendo uma imputação e um juízo de tipicidade e culpabilidade, até mesmo para que se verifique se o caso é de menor potencial ofensivo, sendo, a nosso ver, a proposta de transação penal um exercício do direito de ação que será apreciado pelo Estado-juiz (Jardim, 1999, p. 351).

² Sadek (2001, p. 68-69), Cappelletti e Garth (1998, p. 75 et seq.).

Por isso não entendemos correta a posição que diz que a transação penal não é imposta com o “devido processo legal”, não podendo portanto ser executada nos termos do Código Penal e da Lei de Execuções Penais.

Antes da Lei 9.099/95, para a solução de um caso, por exemplo, de lesão corporal dolosa de natureza leve (briga entre marido e mulher, por exemplo), levava-se até mais de dois anos para a solução definitiva, muitas vezes com a ocorrência da prescrição retroativa, isto é, sem nenhum resultado prático da condenação. Lembre-se o procedimento do art. 539 do CPP (sumário): inquérito policial, denúncia, recebimento, citação, interrogatório, despacho saneador, defesa prévia, instrução (testemunhas de acusação e defesa), debates orais e sentença, que podia ser dada em até cinco dias, aplicando-se, por fim, uma pena de multa mínima de cerca de R\$ 50,00 (sem contar os recursos cabíveis).

Hoje, em que pesem as deficiências da Lei 9.099/95 e as distorções da aplicação incorreta pelos operadores do direito, esse mesmo caso pode ser resolvido no mesmo dia do fato, com o mesmo resultado, aplicação de pena de multa ou restritiva de direitos. Aliás, o resultado pode ser até melhor porque a vítima é chamada e pode ter seus danos civis reparados na audiência preliminar ou com o recebimento de pena de prestação pecuniária (em prol da própria vítima).

3 Aplicação do princípio da eficiência nos Juizados Especiais Criminais

Em que pese a Lei 9.099/95 ter representado um grande avanço no sentido da melhoria do rendimento e da presteza da prestação jurisdicional, tentaremos, com fundamento no princípio da eficiência, fazer algumas poucas considerações e sugestões visando a aperfeiçoar a aplicação prática deste moderno diploma, enfatizando o princípio constitucional em estudo.

Logo no art. 62 da Lei 9.099/95, que trata dos critérios orientadores do processo perante o juizado, verifica-se uma preocupação direta com a eficiência, na medida em que estes Juizados têm por orientação a oralidade, informalidade, a economia processual e a celeridade.

Nestes critérios já se verificam presentes caracteres do princípio da eficiência, qual seja a desburocratização, a facilidade de acesso, a busca da qualidade, dentre outros.

Também nas finalidades do Juizado contidas no art. 62 da Lei 9.099/95, verificamos uma especial preocupação com a vítima, tendência atual do direito penal e processual, considerando que sempre deve ser objetivo do Juizado a reparação dos danos sofridos pela vítima, que de certa forma é um verdadeiro “cliente” da prestação jurisdicional (que antes era praticamente esquecida pelo direito penal e processual) (Fernandes, 1999, p. 25).

3.1 Conceito de infração de menor potencial ofensivo

O art. 61 da Lei 9.099/95 estabelece quais são as infrações consideradas de menor potencial ofensivo, para fins de competência do Juizado: "As contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

Com o advento da Lei 10.259, de 12.07.2001, que instituiu o Juizado Especial Criminal da Justiça Federal, surgiram comentários acerca de eventual modificação no conceito de infração de menor potencial ofensivo, eis que referida lei, em seu art. 2.º, par. ún., conceituou as infrações de menor potencial ofensivo com diferentes critérios do previsto no art. 61 da Lei 9.099/95, qual seja: [...] "os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa".

Duas posições antagônicas e contraditórias surgiram a respeito:

- a) a Lei 10.259/2001 ampliou o conceito da infração de menor potencial ofensivo e essa nova definição deve estender-se à Justiça Estadual, em respeito ao princípio da isonomia (Alberto Silva Franco, Damásio E. de Jesus, Fernando Capez, Luiz Flávio Gomes, Márcio Thomaz Bastos, dentre outros, conforme artigos publicados no *site* <www.direitocriminal.com.br>, de 27.07.2001); e
- b) a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, prevista no art. 61 da Lei 9.099/95, continua em vigor no âmbito da Justiça Estadual (Jorge Assaf Maluly e Pedro Henrique Demercian, artigo disponível no *site* do Ministério Público do Estado de São Paulo, página do CAOCrim).

Em que pesem os respeitáveis argumentos trazidos pelos ilustres autores Demercian e Maluly, entendemos que doravante (a partir da vigência da nova lei, 14.01.2002) deve-se aplicar o novo conceito de infração de menor potencial ofensivo, visando a garantir a prevalência do princípio constitucional da isonomia.

Observando a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Federal, acreditamos que a idéia principal foi desafogar a Justiça Federal, mencionando a bem-sucedida experiência da Lei 9.099/95 no âmbito das Justiças dos Estados.

Mesmo constatando que não foi intenção do legislador ampliar o conceito de infração de menor potencial ofensivo para a Justiça comum Estadual, em face da própria redação do art. 2.º, par. ún. e art. 20 da Lei 10.259/2001, resta evidente que foi criada uma situação discriminatória *díspar*, pois a distinção acabou sendo arbitrária, não se verificando uma justificativa razoável e objetiva, que justificasse um tratamento diferenciado para um mesmo delito na Justiça Federal e Estadual.

Digamos que uma pessoa venha a desacatar um policial civil e outra venha a praticar o mesmo crime contra um policial federal; se adotarmos o entendimento restritivo acima exposto, o primeiro será denunciado e, se for o caso, poderá ser

beneficiado com a suspensão condicional do processo, enquanto o segundo poderá (se fizer jus) ser beneficiado com uma transação penal de multa.

Portanto, entendemos que o legislador não poderia dar tratamento mais benigno à pessoa que comete um mesmo crime apenas por ser o caso de competência da Justiça Federal, considerando que ofenderam ao mesmo bem jurídico tutelado pela norma penal.

Ora, como poderiam para situações fáticas idênticas ser adotadas soluções discriminatórias, por causa de uma regra simples de competência (isto é, uma regra que apenas visa a dividir melhor o serviço da prestação jurisdicional)?

A Justiça Federal nem mesmo é considerada Justiça Especial na Constituição Federal, possuindo competência para julgar todas as causas em que haja interesse da União, das entidades autárquicas ou empresas públicas e crimes praticados em detrimento de seus bens e serviços (art. 109 da CF), seguindo seus procedimentos os ditames dos Códigos Processuais comuns (Penal e Civil).

Desta forma, os delitos apreciados por ambas as justiças tutelam o mesmo bem jurídico protegido pela norma penal, diferenciando a competência apenas em virtude da *causa petendi*, não havendo nenhuma diferença de cunho objetivo quando apreciam determinado delito previsto na lei penal (crime de resistência, por exemplo).

De outro lado, uma das principais tendências do Direito Processual Penal é o rompimento com o dogma da obrigatoriedade da ação penal, seja por paulatina e gradual abertura ao princípio da oportunidade ou mediante novas alternativas procedimentais para evitar o processo, estimulando-se acordo entre Ministério Público e o réu, com a finalidade de se dar maior atenção à criminalidade grave e organizada, consoante magistério de Fernandes (1999, p. 20-21).

Portanto, apesar de ser uma questão que ainda dependerá de interpretação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal, entendemos que deve ser dado como derogado o art. 61 da Lei 9.099/95, no que tange à definição de infrações de menor potencial ofensivo, pois a Lei 10.259/2001, que também é uma lei federal e de igual hierarquia, que é posterior, sendo aplicável o art. 2.º, § 1.º, da LICC, quando estabelece que a norma posterior derroga a anterior quando trata da mesma matéria que a lei anterior, bem como por entendermos inconstitucional a aplicação do art. 61 da Lei 9.099/95, após a vigência da Lei 10.259/2001, com fundamento no princípio constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF).

Entendemos que esta interpretação que amplia o conceito de crime de menor potencial ofensivo pode propiciar uma resolução ainda mais célere e eficaz das infrações punidas no máximo até dois anos, proporcionando um maior tempo e atenção aos casos mais graves e à criminalidade organizada, conseqüentemente aprimorando a prestação jurisdicional penal.

A crítica de que este conceito ampliativo "afrouxa" e aumenta a impunidade do sistema repressivo penal, justamente em uma época em que a sociedade clama por mais punição, deve-se mais por um descrédito em relação ao instituto

da transação penal do que propriamente a possibilidade de ampliação do princípio da oportunidade.

É que até hoje a jurisprudência é titubeante quanto à natureza jurídica da sentença que homologa a transação penal, conforme veremos.

3.2 Termo circunstanciado

Entendemos que a possibilidade de lavratura do termo circunstanciado por policiais militares, não somente pela Polícia Civil, na forma como foi autorizado pelo Provimento 758/2001, de 23.08.2001, do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, sem aprofundar a divergência doutrinária sobre o tema, facilita sobremaneira o acesso da população à Justiça Criminal.

É que no âmbito criminal os casos são encaminhados por intermédio das delegacias de polícia, as quais, como sabemos, estão abarrotadas de pessoas para ser atendidas e casos para ser investigados, além de outros problemas correlatos (guarda de presos etc.).

Do ponto de vista prático, o policial militar tem até melhores condições de descrever os fatos, uma vez que ele comparece ao local, ouve as partes envolvidas e testemunhas e pode reproduzir o ocorrido de forma mais precisa. O que é importante é a descrição dos fatos, porque no Juizado o Ministério Público poderá juridicamente adequá-lo de forma mais correta.

Algumas vantagens são facilmente observadas: redução de ocorrências levadas aos abarrotados distritos policiais, que podem dedicar maior tempo à investigação de infrações mais graves, diminuição de tempo desperdiçado pelos policiais militares nos distritos policiais (fazendo com que voltem rapidamente ao patrulhamento ostensivo), maior rapidez na solução dos conflitos e contenção de gastos da administração pública etc.

Esta medida está sendo aplicada de forma experimental em algumas regiões do Estado³ e na prática, conforme observamos junto ao Juizado Especial Criminal de Itaquera/Guaianazes, os policiais militares, supervisionados pelos Oficiais, estão lavrando os termos de forma correta e não está havendo qualquer contratempo na aplicação desta medida.

Também propomos a possibilidade, de forma supletiva, do registro de ocorrência de menor potencial ofensivo diretamente nos cartórios criminais dos Juizados, com a subsequente designação de audiência, se possível, fato que já ocorre no Juizado Especial Criminal de Itaquera/Guaianazes, além de ser possível também a vítima dirigir-se diretamente à Promotoria de Justiça Criminal, que também registrará os fatos e tomará providências legais.

³ Na Zona Leste da Capital, junto ao Juizado Especial Criminal de Itaquera.

Entendemos que com o avanço do sistema e a paulatina implantação do princípio da eficiência na administração da justiça, os casos mais simples poderão ser notificados diretamente ao Juizado via Internet.⁴

Um aspecto importante em relação ao termo circunstanciado, a fim de que ele possa ser útil na audiência preliminar, é que ele não deve apenas noticiar o delito ao Juizado, como muitas vezes ocorre, mas ser uma apuração sumária do ocorrido, com a versão da vítima, testemunhas, autor do fato, e do próprio policial que atendeu a ocorrência, além de requisitarem-se as perícias necessárias, caso contrário não será possível a composição civil, ou a formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal, impossibilitando a transação penal e a denúncia ou a queixa.

Caso o policial verifique que a complexidade e a circunstância do caso (não identificação do autor, ou versões conflitantes, grande número de vítimas ou autores, por exemplo) não recomendam a simples confecção do termo, deverá encaminhar o caso à delegacia para instauração de inquérito policial, nos termos do art. 77, § 2.º, da Lei 9.099/95.

3.3 Comunicação e registro dos atos processuais

O art. 65, § 2.º, da Lei 9.099/95 estabelece que a prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por *qualquer meio hábil de comunicação*.

Tendo em vista que a própria lei deixa em aberto a utilização de *qualquer meio de comunicação* para a prática de atos processuais e considerando o espírito do Juizado, propomos que as cartas precatórias sejam expedidas por *fax* (que existe praticamente em todos os fóruns do Estado), ou pela Internet (quando implantada nos Juízos Estaduais).

Sugerimos que determinados atos para outras comarcas possam ser feitos até mesmo por telefone (uma simples intimação de um advogado ou parte para uma audiência, por exemplo), sendo que o funcionário que receber a mensagem certificará o recebimento do pedido, retornando a ligação para confirmar, e após submeterá ao juiz para a determinação do cumprimento. O que interessa é a rapidez e execução do ato e não a formalidade (art. 65, § 1.º) (Grinover, 1997, p. 74).

Art. 66. *A citação será pessoal e far-se-á no próprio juizado, sempre que possível, ou por mandado* (art. 66 da Lei 9.099/95).

Tendo em vista que normalmente o autor do fato é encaminhado diretamente ao Juizado ou ele assina o termo de compromisso para comparecimento, com a sua presença na audiência preliminar, na própria audiência ele já sai citado, se for oferecida a denúncia ou a queixa.

O importante é evitar o mandado. Caso seja necessária a citação em outra comarca, nada impede que seja por *qualquer meio hábil de comunicação*, qual seja

⁴ Soubemos recentemente que o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo já está conhecendo *habeas corpus* pela Internet.

por *fax*, Internet e até telefone. Poder-se-ia questionar se a citação exige formalidade, mas neste caso, com o comparecimento do réu em juízo “citado” por telefone, a citação será convalidada com a ciência do réu dos termos da acusação pela serventia, conforme art. 570 do CPP, não havendo que se falar em nulidade (art. 65, § 1.º).

O art. 65, § 3.º, da Lei 9.099/95 permite o registro da audiência de instrução em fita magnética.

Propomos que a audiência preliminar também seja gravada, registrando-se por escrito apenas os atos essenciais (a homologação de um acordo civil ou da transação penal, a denúncia, a sentença etc.), e se houver necessidade poderá ser feita a transcrição dos atos gravados.

Mesmo os atos essenciais deverão ser registrados resumidamente, de preferência através de taquigrafia ou estenotipia, nos termos do art. 13, § 2.º, da Lei 9.099/95, que se refere aos Juizados Cíveis, mas aplicável aos Juizados Criminais.

O art. 67 permite que a intimação seja feita por correspondência, com aviso de recebimento, ou por mandado, ou por *qualquer meio idôneo de comunicação*; nos atos praticados em audiência as partes já saem intimadas.

Vale aqui o que acima foi dito em relação ao art. 65, § 2.º, qual seja a intimação ou notificação deve ser feita de preferência por telefone, *fax*, Internet, certificando-se nos autos a prática da realização do ato e tomando-se a cautela de que seja intimada a pessoa certa, bem como para que tenha conhecimento inequívoco da finalidade de sua intimação.

Válida também a notificação feita na delegacia para que o autor do fato e a vítima compareçam à audiência preliminar, quando não é possível o encaminhamento direto ao Juizado, como costumeiramente ocorre.

3.4 Composição civil

A conciliação civil entre o autor do fato e a vítima somente acarreta a extinção da punibilidade nos casos de ação penal privada e pública incondicionada (art. 74, par. ún.), sendo uma das modernas tendências da vitimologia, que tendem a substituir a sanção penal pela reparação dos danos causados ao ofendido (Grinover, 1997, p. 124).

O acordo civil entre autor do fato e a vítima, homologado pelo juiz, é um título executivo e pode ser executado no juízo cível (art. 74).

Entendemos que a composição civil pode ser parcial, caso não seja possível a total, por exemplo somente os danos materiais, deixando-se os danos morais para o juízo cível. De qualquer forma, a composição de danos parcial acarretará a extinção da punibilidade do autor do fato, dando-se uma satisfação à vítima e evitando-se a pena criminal (Idem, p. 121).

Propomos que seja tentada a composição civil mesmo nos delitos de ação penal pública incondicionada, em que não haverá a consequência de extinguir-se a punibilidade, com o objetivo de ser dada uma satisfação à vítima e evitando-se a

propositura de uma ação civil posterior (com sobrecarga do juízo cível), além de ser proferida uma solução universal ao conflito (aspecto civil e penal).

Deve ser alertado ao autor do fato que embora este acordo civil com a vítima não evite a pena criminal (em crime de ação penal pública incondicionada), poderá abrandá-la e servir de atenuante nos termos do art. 65, III, *b*, do CP e art. 59 do CP (circunstâncias judiciais: conduta social e personalidade do agente e conseqüências do crime).

Para a realização da conciliação cível conciliadores podem ser recrutados segundo a lei local de organização judiciária. A escolha e treinamento destes conciliadores são fundamentais para que se consiga a composição dos danos, evitando-se a imposição de pena criminal.

4.4 A transação penal e os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública

No Brasil vigora o princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade) da ação penal pública, consistente na obrigação do Ministério Público em exercer a ação penal caso tenha elementos para tal ato. Tal princípio abrange também as atividades persecutórias da polícia judiciária, isto é, também é vedado à autoridade policial deixar de investigar delitos de ação penal pública incondicionada que tomar conhecimento.

Existe também, quanto à propositura da ação, o sistema da oportunidade, que confere a quem cabe promovê-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo.

O juiz fiscaliza a aplicação do princípio da obrigatoriedade, exercendo uma função anormal, porquanto se não concordar com as razões do promotor pode encaminhar os autos ao Procurador-Geral que dará a palavra final (art. 28 do CPP).

Já o princípio da indisponibilidade da ação penal consiste na impossibilidade do Ministério Público desistir da ação penal proposta (art. 42 do CPP), bem como do recurso que haja interposto.

Ambos princípios foram mitigados com a Lei 9.099/95, já que presentes os requisitos legais nas infrações de menor potencial ofensivo, e pode o Ministério Público propor a transação penal, nos termos do art. 76 da Lei 9.099/95 (já previsto na CF no art. 98, I).

Quanto à indisponibilidade, pode agora o Ministério Público também dispor da ação penal e propor a suspensão condicional do processo, se preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95.

A doutrina tem chamado este novo sistema quanto a não obrigatoriedade de ação penal, em algumas situações legalmente previstas, de princípio da oportunidade regrada ou discricionariedade regrada (ou regulada).⁵

⁵ Grinover et al (1997, p. 85-86); Silva (2000).

A lei brasileira não adotou o princípio puro da oportunidade, como o sistema norte-americano (*plea bargaining*) ou o alemão. Foram mantidas como regra a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal, abrindo-se espaço para uma disponibilidade regrada, submetida a controle jurisdicional.

O legislador foi realista ao mitigar estes princípios, pois é cediço que o Estado não consegue perseguir todas as infrações penais, sendo que, na prática, consoante vimos no item 1 *supra*, já havia uma seleção caótica e informal dos casos a ser submetidos à Justiça Penal (Grinover, 1997, p. 86).

Desta forma, a discricionariedade regrada pretendeu substituir os mecanismos informais de seleção de casos já operantes na sociedade, introduzindo em seu lugar critérios legais transparentes e racionais, que também levem à pacificação social (Idem, *ibidem*).

4.4.1 Execução das penas impostas na transação penal

Logo no início da vigência da Lei 9.099/95, muitas dúvidas surgiram a respeito da natureza jurídica da sanção aplicada na transação penal.

Alguns sustentaram ser de caráter administrativo, pois caso contrário poderia ser considerada uma pena inconstitucional, já que aplicada sem o devido processo legal (art. 5.º, LV, da CF).

Outros entenderam tratar-se de pena criminal, sendo que não há inconstitucionalidade da sua aplicação, tendo em vista que o mesmo poder constituinte originário que possibilitou a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, I, da CF) foi o que instituiu a cláusula do art. 5.º, LV, da CF.

Entendemos que a aceitação da transação penal é uma técnica de defesa, podendo logicamente ser recusada e o procedimento avançar, devendo o autor do fato estar acompanhado de defensor que deverá orientá-lo sobre a conveniência da aceitação da proposta do Ministério Público. Não há admissão de culpa, sendo que a decisão não gera efeitos civis, nem tampouco reincidência, apenas impedindo a aplicação do benefício no prazo de cinco anos (Idem, p. 88-89).

Também não entendemos inconstitucional a transação penal, porquanto acompanhamos o entendimento de Afranio Silva Jardim, no sentido de que ao propor a transação penal o Ministério Público está exercitando um tipo de ação diferente, isto é, ao fazer a proposta ele tem de fazer uma imputação (caso contrário deveria pedir o arquivamento do TC), propondo a aplicação de uma pena que deve ser aceita pelo autor do fato, defensor (consensualmente) e convalidada pelo juiz. O Ministério Público está indo ao Poder Judiciário manifestando determinada pretensão e propondo a aplicação de uma pena não privativa de liberdade (1999, p. 351). Este é o procedimento, esse é o devido processo legal.

A dúvida que surge é se essa sentença homologatória de transação penal deve ser considerada como uma sentença condenatória e executada nos termos do Código Penal e Lei de Execuções Penais, ou se é necessário desconsiderar o

acordo e ser oferecida denúncia, como entende a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo.⁶

Entendemos que o juiz, ao homologar a transação penal, não está prolatando uma sentença condenatória no sentido tradicional que conhecemos, pois como dito não gera reincidência nem efeitos civis.

Todavia, considerando que a sanção aplicada tem caráter penal e foi imposta em obediência ao devido processo legal (art. 98, I, da CF e art. 76 da Lei 9.099/95), bem como considerando os princípios informadores do sistema do juizado (informalidade, economia processual e celeridade), não haveria sentido em ser desconsiderado o acordo, recomeçando novamente o procedimento com a denúncia do Ministério Público e a instauração do processo.

Dois posições principais firmaram-se na jurisprudência. O STJ em algumas decisões entendeu que a sentença homologatória da transação penal tem natureza jurídica de condenação criminal:

Recurso Especial – Processual penal – Lei 9.099/95, art. 76 – Transação penal. Prestação de serviços à comunidade – Descumprimento do acordo pelo autor do fato – Oferecimento de denúncia pelo Ministério Público – Inadmissibilidade – Sentença homologatória – Natureza jurídica condenatória – Eficácia de coisa julgada formal e material. A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal. Não se apresentando o infrator para prestar serviços à comunidade, como pactuado na transação (art. 76 da Lei 9.099/95), a execução da pena imposta deve prosseguir perante o juízo competente, nos termos do art. 86 do diploma despenalizador. Recurso conhecido, mas desprovido (STJ – 5.ª Turma, Recurso Especial, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 20.04.1999).

Outra posição foi recentemente acolhida por alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, entendendo que, não cumprida a transação penal, deve ser desconsiderado o acordo e o Ministério Público deverá oferecer a denúncia ou tomar providências para tal desiderato. Nesse sentido:

Habeas Corpus – Legitimidade – Ministério Público. A legitimidade para impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual é investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. Transação – Juizados Especiais – Penas restritivas de direito – Conversão – Pena privativa do exercício de liberdade – Descabimento. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa de liberdade do exercício discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo da transação, a declaração de insubsistência deste último,

⁶ Protocolado 15.460/97 – Conflito de Atribuições TC 185/95 – 2.ª Vara Criminal da Capital, DOE 01.04.1997, p. 52.

retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito policial ou propor a ação penal, ofertando denúncia (STF – 2.^a Turma, HC 79.572-GO, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.02.2000).

Em que pese a questão ainda não ser pacífica na doutrina e jurisprudência, entendemos que até para prevalecer o princípio da eficiência, bem como considerando o que ocorre no direito comparado, de onde veio o instituto, as decisões homologatórias de transação penal devem ser consideradas como sentenças condenatórias, com as modificações explicitadas na própria Lei 9.099/95 (não gera reincidência, não gera presunção de culpabilidade, não gera efeitos civis), sendo possível a execução de tais decisões nos termos do Código Penal e Lei de Execuções Penais.

Quanto ao controle do poder do Ministério Público de propor ou não a transação penal, por ser um poder discricionário regrado da instituição, não podendo o juiz substituir-se à parte para propor de ofício, entendemos que deve o magistrado, se não concordar com a recusa ou com a proposta do Ministério Público, encaminhar os autos ao Procurador-Geral, em analogia ao art. 28 do CPP, consoante vem entendendo a majoritária jurisprudência.

4.4.2 Aplicação da pena na transação penal

Um aspecto que tem sido deixado de lado muitas vezes na aplicação da transação penal, tornando-a inócua, é que o instituto não pode ser visto apenas como uma forma de “limpar a mesa”, ou com automatismo e indiferença.

Tem sido observado que muitos aplicadores da lei acabam banalizando esta importante medida de simplificação da Justiça Penal, impondo sempre as mesmas penas para casos totalmente diferentes, sem analisar a particularidade dos casos.⁷

Tais atitudes acabam desacreditando ainda mais a Justiça e conseqüentemente tornando-a mais ineficiente, já que ela não alcança seus objetivos de resolução dos conflitos e aplicação de penas proporcionais e justas aos infratores.

Por exemplo, não pode ser aplicada uma pena mínima de multa ou de entrega de uma cesta básica a uma pessoa que acidentalmente deixa uma vítima paraplégica (art. 126, § 6.^o do CP ou art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro), apesar deste delito ser de menor potencial ofensivo.

Entendemos que o Promotor de Justiça deve analisar caso a caso, verificando as circunstâncias judiciais do autor do fato, conversando com a vítima informalmente na audiência preliminar, até para que tenha uma perfeita noção do fato e de suas conseqüências, e não cair no atual vício do Poder Judiciário, de sempre aplicar a pena no mínimo legal, desconsiderando a regra constitucional de individualização da pena (art. 5.^o, XLVI, da CF) e as regras do art. 59 do CP.

⁷ Soubemos que em determinada comarca do interior de São Paulo o juiz reunia centenas de autores no auditório do Júri, para que fossem realizadas propostas coletivas de transação penal.

Também deve ser avaliada a possibilidade de aplicação de penas que sejam revertidas em prol da comunidade local e das vítimas, tais como prestação de serviços comunitários, multas reparatórias e de pena de prestação pecuniária à vítima e entidades assistenciais da região do Juizado, bem como penas que possam ser úteis aos próprios autores do fato, por exemplo tratamento especializado para viciados em álcool e drogas etc.

4.5 Procedimento sumaríssimo

Não tendo sido possível a composição civil e a transação penal, o Ministério Público oferecerá a denúncia oral (ou queixa oral pelo querelante) desde logo, saindo o réu citado da audiência. Caso não seja possível a denúncia desde logo, seja pela complexidade do fato ou necessidade de diligências, deverá o caso ser encaminhado ao juízo comum (para instauração de inquérito policial).

O art. 79 da Lei 9.099/95 fala de uma nova tentativa de conciliação civil e penal, mas entendemos que ela somente deve existir se não foi possível pela ausência *justificada* do réu ou da vítima, não podendo ocorrer sempre, sob pena de ser ferido o instituto da preclusão e retroceder-se a fases iniciais do procedimento, sem razão lógica para tanto.

Um outro aspecto importante diz respeito ao critério orientador da oralidade, previsto no art. 62 da Lei 9.099/95.

A oralidade deve ser entendida com o predomínio da palavra falada sobre a escrita (Demercian e Maluly, 1996, p. 17).

O procedimento oral impõe como conseqüência a imediação dos atos procedimentais, isto é, em contato direto do juiz com as partes, testemunhas e peritos, concentrando-se os atos se possível em uma única audiência.

O que não pode ocorrer é a burocratização do procedimento, como muitas vezes ocorre, com a desnecessária escrituração de alguns atos, como por exemplo a transcrição *ipsis litteris* dos debates, quando na verdade a parte deveria debater com o juiz e este resumir as alegações no termo, ou até gravar na fita magnética um resumo da acusação e da defesa.

Deve-se portanto evitar o que ocorre freqüentemente na prática, quando nos debates orais a parte dita à escrevente sua manifestação final e ela transcreve literalmente no termo, enquanto o juiz, na maioria das vezes, até saiu da sala de audiências (e também o costume de converter os debates em memoriais).

4.5.1 Suspensão condicional do processo

Mesmo que não tenha sido possível a composição civil e a transação penal, se for cabível, o Ministério Público deverá, ao oferecer a denúncia, realizar a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei

9.099/95, instituto este, como vimos, que mitiga o princípio da indisponibilidade da ação penal.

Portanto, esta proposta deverá ser feita na própria audiência preliminar ao ser feita a denúncia oral, evitando-se marcar uma nova audiência.

É uma espécie de transação penal, uma vez que o acusado abre mão do prosseguimento do processo, visando a ter uma expectativa de ver extinta a punibilidade após o cumprimento de algumas obrigações legais durante certo período (de dois a quatro anos).

Também é um poder discricionário regrado do Ministério Público, contra o qual se o juiz não concordar com a não aplicação, deve encaminhar o caso nos termos do art. 28 do CPP.

Um aspecto em que o princípio da eficiência deve ser ressaltado é quanto à obrigação de reparar os danos imposta ao réu na aplicação do benefício, pois tem sido comum esta reparação dos danos não ser realizada e mesmo assim ser declarada extinta a punibilidade do réu.

Quando o acusado aceita o benefício, ele assume o compromisso de reparar os danos à vítima, durante o período de suspensão, salvo se impossibilitado de fazê-lo.

O réu tem todo o período de suspensão para realizar algum tipo de reparação à vítima ou familiares, não podendo alegar ignorância quanto a esta obrigação, uma vez que ele é alertado quando recebe o benefício.

Caso o réu não cumpra a obrigação de reparar os danos após o término do período de suspensão, o benefício deverá ser revogado, consoante dispõe o art. 89, § 3.º, da Lei 9.099/95.

Assim, para tornar mais efetiva esta medida em prol da vítima e de acordo com uma das novas tendências do direito processual penal, que apesar de não ser prevista em lei pode ser realizada em benefício da vítima, é a realização de uma audiência de tentativa de conciliação entre acusado e vítima (ou familiares), quando proposta a suspensão condicional do processo pelo Ministério Público, visando a dar efetividade à obrigação do art. 89, § 1.º, I, da Lei 9.099/95.

5 Conclusão

Muitas críticas têm sido lançadas contra a Lei 9.099/95, algumas delas procedentes, tais como o entendimento de alguns de que a lei tem a finalidade exclusiva de "limpar a mesa" (Dotti, p. 35), a banalização da justiça criminal e da pena alternativa (entrega de "cestas básicas"), tratamento do caso criminal com automatismo e indiferença (Pitombo, 1997, p. 9), falta de fiscalização das penas restritivas de direitos, falta de eficácia e efetividade das transações penais etc.

Apesar de muitas destas críticas serem procedentes, entendemos que as principais falhas ocorridas referem-se principalmente à falta de preparo dos aplicadores

da lei e à necessidade de mudança de mentalidade por parte dos operadores do direito (com enfoque para o princípio da eficiência), já que a Lei 9.099/95 objetivou simplificar o direito penal e o processo penal, sem prejuízo da qualidade das decisões.

No dizer de Dinamarco (1999, p. 318), sempre se deve buscar no processo a pacificação social de forma mais rápida possível sem prejuízo da qualidade das decisões.

Entendemos que a aplicação do princípio da eficiência na administração da Justiça, no sentido de tornar a prestação jurisdicional mais acessível à população, mais eficaz, mais desburocratizada e com maior qualidade na prestação de seus serviços, deve ser perseguida por todos os envolvidos no sistema de Justiça, especialmente os juízes e funcionários do Poder Judiciário, sendo que, nos Juizados Especiais Criminais, as possibilidades de aplicação do princípio como vimos são elevadas.

Poderíamos resumir que ao lado da visão instrumentalista do processo (consoante Dinamarco, 1999, p. 320), do enfoque de acesso à Justiça (no dizer de Cappelletti e Garth, 1988, p. 75), e com a aplicação do princípio da eficiência na administração da Justiça, será possível dentro de algum tempo melhorar de forma significativa a qualidade da prestação jurisdicional em nosso país.

Para finalizar, sugerimos às Varas Criminais e Juizados Especiais algumas providências visando a viabilizar a adoção de novas rotinas em prol da eficiência:

1. treinamento de pessoal (incluindo juízes e funcionários), pois nos programas de qualidade total deve haver o comprometimento total dos recursos humanos para a qualidade e para que haja uma verdadeira mudança de mentalidade dos funcionários. Dentro destes programas de treinamento deve ser priorizado o atendimento ao "cliente" do serviço jurisdicional, quais sejam, as partes, advogados, pessoas do público que são atendidas em cartório e audiências, já que qualquer conceituação de qualidade total parte da satisfação do cliente, consoante lição de Pinheiro (1997, p. 30-31), que escreveu uma excelente obra sobre a Qualidade Total no Poder Judiciário;

2. como quem deve decidir se o serviço tem ou não qualidade é o usuário (Idem, p. 31), é importante ser colhida a sua opinião através de caixa de sugestões ou reclamações, implantando-se uma central de atendimento ao usuário do serviço público, que poderá atender por telefone, Internet ou correspondência; e

3. o juiz titular da Vara deve baixar portarias e normas visando a regular as novas rotinas implantadas (por exemplo, intimação por telefone, precatórias por fax, audiências gravadas etc.), e deixar com o cartório modelos de despachos e decisões padronizados, referentes às novas rotinas adotadas.

Referências

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais: comentários*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DOTTI, René Ariel. *Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica*.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- . *et alii. Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998. vol. 1.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa *et alii. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- PINHEIRO, José Rodrigues. *A qualidade total no poder judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1997.
- PITOMBO, Antonio Sérgio Altieri de Moraes (Org.). *Juizados Especiais Criminais: interpretação crítica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- . *O sistema de Justiça*. São Paulo: Sumare, 1999.
- SILVA, Eduardo Araujo da. *Ação penal pública: Princípio da oportunidade regrada: Aplicação nos Juizados Especiais Criminais: Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei 7.244, de 7.11.1984)*. São Paulo: Ed. RT, 1985.