

## 2. DOUTRINA NACIONAL

---

### A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO DEVE SER APLICADA A TODAS AS INFRAÇÕES PENAIAS PREVISTAS NA LEI 9.099/95

JOÃO JOSÉ LEAL

SUMÁRIO: 1. Apoio geral dos juristas à nova lei criminal; 1.1 Discurso entusiástico da doutrina; 1.2 Entusiasmo compreensível; 1.3 Abandono do princípio puro da obrigatoriedade da Ação Penal Pública; 1.4 A vítima como redutor pré-processual e informal do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública; 1.5 Prática policial da conveniência do inquérito para os crimes de bagatela; 1.6 O Ministério Público e a verdadeira prática do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal – 2. Laconismo da LJECC na disciplina da suspensão condicional da lei – 3. O MP e a proposta de suspensão condicional do processo – 4. Suspensão condicional do processo e a grave contradição da Lei 9.099/95 – 5. Não devemos ser mercadores de utopias.

#### 1. Apoio geral dos juristas à nova lei criminal

Passado o período de *vacatio legis* e já com alguns meses de vigência, é possível avançar algumas opiniões e impressões sobre a Lei 9.099, de 26.09.1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (LJECC).

A primeira impressão que gostaria de registrar é a de que a nova Lei foi recebida com um entusiasmo praticamente unânime, pelos operadores do Direito Penal.

Tamanha manifestação de simpatia e boa vontade, em relação a uma nova lei criminal, há muito tempo não se verificava em nosso país.

Basta lembrar que a Reforma Penal, introduzida pela Lei 7.209/84, embora tenha contribuído para o abrandamento geral do nosso sistema punitivo (arrependimento posterior e participação de menor importância, como causas gerais de redução da pena, diminuição do período de cumprimento da pena para concessão

de livramento condicional, *sursis* etário, penas de multa e restritivas de direitos substitutivas da pena privativa de liberdade) não mereceu a mesma compreensão e o mesmo tratamento da parte dos penalistas. Muitos destes levantaram suas vozes e se insurgiram contra as inovações mais liberais e amenizadoras da Reforma, por acreditarem que o sistema punitivo perderia sua completa eficácia de controle social e que o caos acabaria por prevalecer.

Mais recentemente, a Lei 8.072/90, que define os crimes hediondos e a Lei 9.034/95 (Lei do Crime Organizado), não escaparam à crítica severa dos penalistas que a estudaram.

Com relação à Lei dos Crimes Hediondos, a obra de Alberto Silva Franco representa a síntese muito bem formulada do pensamento crítico ao infeliz texto legal (*Crimes Hediondos*. São Paulo: Ed. RT, 1992). Eu mesmo já escrevi que, “tantas são as imperfeições e contradições da Lei 8.072/90, tantas são as afrontas aos princípios constitucionais penais e aos prin-

cípios básicos do Direito Penal contemporâneo, enfim, tamanha é a carga punitiva contida em seu texto, que a única alternativa aceitável seria a de sua abrogação pelo Congresso Nacional" (*Crimes Hediondos*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 150).

### 1.1 Discurso entusiástico da doutrina

Com a Lei 9.099/95 nada disto ocorreu. A reação dos magistrados, promotores de justiça, advogados, professores e penalistas foi francamente favorável ao seu texto e a sua nova proposta de justiça criminal para os crimes de menor e de médio potencial ofensivo (punidos com pena igual ou inferior a um ano), representada pela transação penal e pela suspensão do processo. Da doutrina até aqui produzida, pudemos compilar as seguintes posições a respeito da Lei 9.099/95, em sua parte criminal, todas publicadas no *Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95.

1. "O advento dos Juizados Especiais se configurará em um divisor de águas na história do Poder judiciário brasileiro, porque a tão aguardada lei é completamente diferente de todas as demais. Não se apresentará apenas como modernizadora da legislação existente, mas instituirá uma nova Justiça" (Fátima Nancy Andrighi, Desembargadora do Tribunal de Justiça do DF e diretora da Escola Superior da Magistratura do DF, p. 2).

2. "A Lei 9.099/95 (...) veio suprir a necessidade de modernização da legislação penal brasileira. Cumpre, pois, elogio ao espírito vanguardista do legislador" (Dani Rudnichi, Conselheiro do Movimento de Justiça e Direitos Humanos, RS, p. 3).

3. "A Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe renovadas esperanças no sentido de que, enfim, haverá no Brasil uma Justiça Criminal mais célere e aces-

sível" (Olavo Berriel Soares, Promotor de Justiça em SP, p. 5).

4. "A Lei 9.099/95 ocasionará, possivelmente, uma modificação de mentalidade do cidadão brasileiro, por suas notáveis e profundas inovações no universo jurídico criminal" (Vera Regina de Almeida Braga, advogada em SP, p. 6).

5. A Lei 9.099 representa "Um avanço há muito tempo acalentado pela maioria dos que operam o Direito Penal" (Renato Neves Tonini, advogado no Rio, p. 7).

6. "A Lei 9.099/95, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, constitui uma *revolução copérnica* nos usos e costumes forenses." (René Ariel Dotti, advogado e professor de Processo Penal da UFPR, p. 14).

7. "A Lei 9.099, de 26.09.1995, veio atender a velha e constante postulação do Poder Judiciário, preocupado com o julgamento rápido. O texto, sem dúvida merece aplausos." (Luiz Vicente Cernicchiaro, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, p. 4.)

8. "A Lei 9.099/95, de 26.09.1995, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. (...) É uma verdadeira *revolução* (jurídica e de mentalidade), porque quebra a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal." (Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito e Professor de Direito Processual, *Boletim do IBCCrim*, n. 34, p. 3.)

9. "O sistema adotado pela Lei 9.099, ao menos para o processo penal é, simultaneamente, novo e revolucionário. Para operacionalizá-lo exige-se do intérprete uma nova mentalidade, que seja mais atenta aos princípios de que às fórmulas, à teleologia do que aos vocábulos." (Maurício Antônio Ribeiro Lopes, "Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais", São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 253.)

10. "Em sua aparente simplicidade, a Lei 9.099/95 significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal

brasileiro. A lei cunhou um sistema próprio de justiça penal consensual que não encontra paralelo no direito comparado." (Grinover, Ada Pellegrini; Gomes Filho, Antônio Magalhães; Fernandes, Antônio Scarance e Gomes, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo, Ed. RT, 1996, p. 14.)

Não há qualquer dúvida: a nova Lei, criadora dos Juizados Especiais Criminais, teve uma acolhida plenamente favorável da parte de quase todos os processualistas e penalistas que a estudaram.

Opiniões críticas mesmo, apenas algumas manifestações de natureza tópica sobre certos aspectos do diploma legal, que instituiu a transação penal e a suspensão condicional do processo penal.

Embora não chegue a assumir uma posição de condenação ao texto legal em exame, vale citar a preocupação de Cezar Roberto Bittencourt quanto ao tratamento agora dispensado aos crimes de lesão corporal culposa. O autor, que não deixa de manifestar seu entusiasmo para com a nova lei, entende ser uma triste ironia, no momento em que se procura uma forma mais eficaz de se reprimir a grave criminalidade do trânsito, a exigência legal da via despenalizadora indireta da representação para se instaurar a ação penal, nos crimes de lesão corporal culposa (*Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95, p. 8).

Sem contestar também a validade e oportunidade da nova lei, Alberto Silva Franco, com a autoridade de sempre, afirma que é preciso "desmitizar a Lei 9.099/95". Para o penalista e desembargador aposentado do TJSP, "é falacioso o argumento de que a Justiça Penal, com ela, está salva. O diploma legal não cuida da criminalidade que tensiona o cidadão e a coletividade. É preciso que não se vendam ilusões", frisa o ilustre penalista em São Paulo (*Boletim do IBCCrim* n. 35, nov./95, p. 9).

## 1.2 Entusiasmo compreensível

É explicável a reação favorável da classe jurídica à Lei 9.099/95, pois veio ela embalada na esteira de idéias e princípios verdadeiramente inovadores. Afinal, qual o operador do direito que poderá se posicionar seriamente contra uma proposta de justiça que positiva um compromisso com a prática da informalidade, oralidade, simplicidade e celeridade na realização dos atos processuais, visando à solução dos conflitos sociais gerados pelo cometimento de uma infração penal? Informalizar, simplificar e acelerar as formas e o ritmo da distribuição da justiça criminal é reivindicação antiga e de todos, seja leigos ou profissionais da atividade jurídica. As novas bases fundamentais do Estado Democrático de Direito impõem uma radical transformação do sistema punitivo e das formas de organização e distribuição da justiça criminal. Justiça mais simples, mais rápida e informal, que caminha facilmente com as pernas da simplicidade procedimental e que dispensa a realização de atos processuais desnecessários à recomposição do conflito, é justiça que, em tese, merece a aprovação de todos os operadores do Direito. É justiça com cheiro de povo e a serviço do cidadão. É um verdadeiro ideal que todos nós perseguimos e todos nós sabemos o quanto é difícil a sua efetiva concretização.

Dai, parece-me, decorre o entusiasmo com que foi recebida a Lei 9.099/95.

## 1.3 Abandono do princípio puro da obrigatoriedade da Ação Penal Pública

Há, porém, uma outra importante inovação que também contribui para explicar as manifestações de simpatia e de fé na validade da nova proposta legal. Tal inovação consiste na ênfase atribuída à conciliação e à transação como forma processual-penal mais adequada à solução dos conflitos gerados pelas condutas

violadoras das normas penais de menor ou de média gravidade. Com a nova lei, abandona-se a velha e obsoleta concepção de que justiça é solucionar conflitos mediante a sucumbência ou a repressão de uma das partes, de que justiça é decidir necessariamente diante de posições antagonicas e irreconciliáveis.

Neste ponto, a Lei 9.099/95 rompeu com a velha tradição processual-penal brasileira, ancorada no princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública. Para viabilizar as novas medidas da transação penal e da suspensão condicional do processo, flexibilizou-se a regra da obrigatoriedade e, em seu lugar, nos casos das infrações penais de média ou de menor potencial ofensivo, ficou estabelecido o princípio da discricionariedade regrada. É essa a justificativa constante do item 3 da Exposição de Motivos, que acompanhou o Projeto de Lei 1.480/89, apresentado pelo deputado Michel Temer e que se transformou no Capítulo III (parte criminal) da Lei 9.099/95: “A norma constitucional que determina a criação de Juizados Especiais para as denominadas *infrações* penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico filão que advoga a manutenção, como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, abrindo, porém, espaço à denominada *discricionariedade regulada*, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional”.

“Com efeito, a idéia de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou, com toda evidência, sua falácia e hipo-

crisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais, e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição” (Grinover, Ada Pellegrini. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 26).

Por outro lado, conforme acentua novamente referida a Exposição de Motivos, a norma impositiva da obrigatoriedade absoluta da ação penal nunca deixou de revelar uma certa dose de hipocrisia, não passando, na prática, de uma indiscutível falácia. Isto é uma grande verdade. Todos sabemos que, apesar de vigorar formalmente entre nós o princípio da indisponibilidade da ação penal, nunca deixamos de praticar informalmente a regra da oportunidade ou disponibilidade da ação penal, principalmente no tocante à delinquência de bagatela, agora legalmente rotulada de *menor potencial ofensivo*.

#### *1.4 A vítima como redutor pré-processual e informal do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal Pública*

Podemos, por acaso, desconhecer que em grande número de infrações de menor ou de média gravidade a vítima, por motivos os mais diversos, não manifesta qualquer interesse na ação penal o que tornava o princípio da obrigatoriedade completamente inócuo ou inoperante. O fato típico ocorre, mas a vítima é quem decide efetivamente sobre a oportunidade ou conveniência de acionar os mecanismos formais de controle, que permanecem inertes por não tomarem conhecimento do fato, ou por considerarem inoportuna ou desnecessária.

Isto representa um significativo redutor pré-processual e informal do princípio da obrigatoriedade. Nos casos em

que as conseqüências da infração penal de menor gravidade se mantêm confinadas aos limites do microorganismo comunitário ou grupal onde foi praticada, é a vítima quem, na realidade, decide sobre a efetiva concretização do princípio da legalidade da ação penal.

### *1.5 Prática policial da conveniência do inquérito para os crimes de bagatela*

Da mesma forma, não podemos desconhecer a prática constante e freqüente das autoridades policiais, que sempre realizaram um intenso processo de triagem das ocorrências criminais e deixam de investigar, através do competente inquérito policial, boa parte das queixas sobre infrações de bagatela.

As justificativas ou pretextos são os de que o imenso número das pequenas infrações torna impossível transformá-las todas em inquérito policial. E isto é verdade. Através de procedimentos dissuasórios ou conciliatórios, contrariamente ao que dispõe a lei processual, as autoridades policiais filtram as queixas e somente os casos mais conflitantes são formalmente investigados. Por isso mesmo, podemos dizer, que, no âmbito pré-processual da investigação policial, há muito já convivíamos com a regra da oportunidade ou da conveniência ou da possibilidade de instauração do inquérito policial.

### *1.6 O Ministério Público e a verdadeira prática do princípio da obrigatoriedade da Ação Penal*

Também não é possível ignorar que, apesar da regra absoluta da obrigatoriedade da ação penal, sempre foram numerosos e freqüentes os pedidos de arquivamento, formulados pelo representante do Ministério Público e homologados judicialmente, em relação às infrações penais de menor gravidade, que formam a chamada delinquência de bagatela. Aqui, os

princípios da insignificância e da adequação social têm contribuído para fundamentar ou pavimentar juridicamente essa via alternativa despenalizadora *contra legem*, tornando completamente inócua a força imperativa da norma consagradora do princípio da indisponibilidade da ação penal em nosso sistema processual.

Em resumo: é fato público e notório que o desinteresse ou indiferença da vítima, a triagem efetuada pela autoridade policial e os arquivamentos dos inquéritos da delinquência de bagatela vêm funcionando como um verdadeiro filtro por onde passam os crimes de grande ou médio potencial ofensivo, mas que retém, pela via alternativa e informal da composição ou do princípio da oportunidade da ação penal *contra legem*, grande parte das infrações de menor potencial ofensivo.

Diante desta prática processual-penal não se pode deixar de reconhecer que a Lei 9.099/95 trouxe uma proposta de solução válida, corajosa e realista para que a justiça possa enfrentar, com instrumental legal adequado e eficaz, o problema da delinquência de bagatela. Enfim, a lei é boa, pois traz consigo uma proposta clara de simplificação e de agilização do processo penal brasileiro fundamentada na idéia central da conciliação ou da transação penal.

Entretanto, se a lei é boa, não estou a dizer que é ela perfeita e que não merece críticas. Ao contrário. A lei do Juizado Especial Criminal tem imperfeições e contradições que precisam ser devidamente identificadas, ressaltadas e discutidas para que a sua efetiva aplicação possa cumprir os verdadeiros e louváveis fins a que se propõe.

## **2. Laconismo da LJECC na disciplina da suspensão condicional da lei**

Minha primeira observação crítica refere-se à forma lacônica, sumária e insuficiente com que a LJECC disciplinou

um instituto inovador e de tamanha importância transformadora como é o caso da suspensão condicional do processo. Há uma contradição evidente entre a forma detalhista e minuciosa com que o legislador disciplinou o procedimento relativo aos institutos da composição e da transação penal, de competência do Juizado Especial Criminal e o laconismo ou lacunismo com que tratou a suspensão do processo. No primeiro caso, o diploma legal, em duas amplas seções, que são verdadeiros capítulos, desce às minúcias para disciplinar todas as questões e atos processuais tendentes à efetivação da composição civil, da transação e do procedimento sumaríssimo.

Ao contrário desta generalidade normativa, a suspensão condicional do processo, instituto processual-penal mais importante e de maior complexidade, por sua incidência a um maior e mais grave universo de infrações (além daquelas de menor potencial ofensivo!), foi disciplinado, de forma muito sumária, em apenas um dispositivo, o art. 89 e seus sete parágrafos.

Em consequência dessa sumariedade normativa, questões relativas ao exato conteúdo da proposta de suspensão; à concessão de um segundo benefício; à forma, ao quantum e, principalmente, ao momento de pagamento do ressarcimento do dano; à concessão do sursis simples ao beneficiário que tenha dado causa à revogação do benefício da suspensão condicional do processo; à possibilidade de proposta do benefício pelo juiz, em caso de recusa ou omissão do Promotor de Justiça, entre outras tantas, foram completamente negligenciadas pela lei. Isto, sem mencionar a figura da vítima, completa a inexplicavelmente esquecida pelo dispositivo legal em exame. Este lamentável vazio legislativo em torno do novo instituto da suspensão do processo criminal vem sendo objeto de sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Essa grave lacuna foi corretamente percebida pelo ilustre penalista Luiz Flávio Gomes, em sua obra, que considera imprescindível a presença da vítima na audiência conciliatória de proposição e aceitação do benefício da suspensão do processo. Para o autor, sem a participação da vítima no referido ato processual, a reparação do dano “aparecerá não como um compromisso individual do acusado, favorecedor de sua ressocialização, mas como uma imposição do juiz”. Em suma, será um acordo pela metade, que não significa uma verdadeira solução (*Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Ed: RT, 1996, p. 166).

A impressão que se tem é a de que, ao final do processo legislativo, a suspensão condicional foi inserida de forma improvisada e apressadamente no texto legal e que, por isso, faltou fôlego ao legislador para disciplinar, através de disposições expressas, objetivas e claras, as diversas situações fáticas abrangidas pelo novo instituto processual-penal.

Caberá à doutrina e à jurisprudência suprir as lacunas da lei, a partir da solução dos casos concretos.

### 3. O MP e a proposta de suspensão condicional do processo

Um segundo ponto que merece ser discutido é a questão relacionada com o poder conferido ao representante do Ministério Público para propor ou não a suspensão condicional do processo. É sabido que o sentido semântico do verbo *poder* passou a ter um significado próprio na linguagem jurídico-penal. Na prática judiciária e na doutrina, *poder* não tem mais o significado de pura autoridade ou faculdade para agir ou para decidir soberanamente; *poder* não significa liberdade absoluta para decidir sobre o caminho processual que o operador do direito entender mais adequado para a solução do caso concreto.

Na praxis judiciária brasileira, consagrou-se o entendimento de que o verbo poder, empregado em suas formas presente ou futura (arts. 21, *caput*, 2.<sup>a</sup> parte, 26, parágrafo único; 29, § 1.<sup>o</sup>, 71, parágrafo único e 77 *caput* do CP), tem o sentido de *poder-dever*, isto é, reunidas as condições ou pressupostos estabelecidos na lei positiva, a faculdade judicial se transforma em *dever*, cabendo ao juiz conceder necessariamente o benefício ao acusado ou condenado.

A redação do art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95, estabelecendo que "o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, *poderá* propor a suspensão do processo", permite a interpretação de que se trata, também aqui, de um *poder-dever*. Este é o entendimento do magistrado e professor Luiz Flávio Gomes, afirmando que, tal como já ocorre em tantas outras situações, em que verbo poder foi transformado em poder-dever, "preenchidos os requisitos eleitos pelo legislador para a suspensão do processo, o Ministério Público, como é defensor da ordem jurídica (art. 129 da CF), além de poder, se quer adstringir-se à legalidade, deve fomentar a proposta prevista no citado art. 89" (*Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 169).

Para o Promotor de Justiça e professor da UNESP, Maurício Antônio Ribeiro Lopes, "uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos, surge um direito subjetivo do arguido ao benefício legal", cuja concessão se torna obrigatória. Entende o autor em referência que, no caso de recusa ou omissão do representante do Ministério Público, poderá o juiz conceder de ofício o benefício da suspensão condicional do processo (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias e LOPES, Maurício Antônio Ribeiro, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Ed. RT, 1996, p. 390/391).

A suspensão do processo não pode ser entendida como um direito subjetivo do

acusado. Se o exercício da ação penal pública, nos termos do art. 129, inc. I, da CF, é atribuição privativa do Ministério Público, que somente dela pode dispor também nos termos da norma constitucional (art. 98, inc. I, da CF), agora disciplinada em lei ordinária, como contrapor-se a esse dever-agir constitucional um direito subjetivo individual? Se a suspensão processual é solução de consenso, e parece-nos que isto é verdadeiro, estamos diante de um quadro processual onde se torna inadmissível falar de direito subjetivo unilateralmente, ou seja, em relação a uma das partes apenas.

Também discordo da afirmação de que o juiz poderá conceder de ofício a suspensão condicional do processo. E assim penso porque é impossível tal procedimento sem que o magistrado realize um juízo antecipado da relação processual-penal, o que contraria frontalmente o sistema acusatório, que reserva ao juiz a função de efetuar a prestação jurisdicional em resposta a um pedido certo e nos limites regularmente manifestado pelos respectivos titulares da relação jurídica emergente do caso concreto.

Por isso, entendo que, ausente um ou mais dos pressupostos ou condições primárias, o representante do Ministério Público, não deverá propor a suspensão condicional do processo. Assim, por exemplo, se o acusado esteja respondendo a processo ou já tenha sido condenado por outro qualquer crime, é óbvio que a suspensão do processo fica legalmente proibida. Da mesma forma, se alguma das circunstâncias normativas e relativas ao agente ou ao crime descrito na denúncia for desfavorável ou negativa (como por exemplo, péssimos antecedentes, personalidade perversa, motivo torpe ou grave consequência do crime), o Promotor não deve propor o benefício da suspensão condicional. É claro que a avaliação de tais circunstâncias requer uma certa dose de normativismo forense, que não pode ser evitado. O que pretende a

lei é beneficiar, com certa segurança de acerto, o acusado que não voltará ao banco dos réus para responder a uma ação penal suspensa com base no juízo antecipado de que o modelo consensual da suspensão é o mais indicado para o caso, no momento da concessão.

É preciso pois, em nome do princípio da indisponibilidade mitigada ou, como quer boa parte da doutrina, da discricionariedade regrada da ação penal pública, assegurar ao representante do Ministério Público que, por força de norma constitucional, é o titular exclusivo da ação penal pública, certa margem de liberdade para avaliar o conjunto das circunstâncias que envolvem o fato criminoso e o agente e para se convencer de que este é merecedor ou não do benefício da Suspensão condicional.

É preciso garantir ao Ministério Público o direito de não propor a suspensão da ação penal em relação ao acusado que, pelas informações e provas constantes dos autos, apresente péssimos antecedentes ou uma personalidade perversa ou cujo crime tenha gerado consequências sociais muito graves. Somente assim a Lei 9.099/95 estará sendo aplicada de forma adequada e consentânea com o novo paradigma de justiça criminal verdadeiramente consensual, porque consenso implica necessariamente a interseção de vontades convergentes.

Entender o contrário, no sentido de que o poder-dever significa que o Ministério Público deve sempre propor a suspensão e, se não o fizer, que o juiz poderá concedê-la, é implantar na processualística brasileira o princípio da obrigatoriedade da ação penal às avessas, desvirtuando completamente a verdadeira *ratio legis* da nova lei processual-penal.

#### **4. Suspensão condicional do processo e a grave contradição da Lei 9.099/95**

O terceiro ponto que pretendo abordar, diz respeito a uma grave contradição

que, a meu ver, está a merecer séria reflexão por todos aqueles que trabalham a nova lei, seja no plano da teoria, seja no campo da atividade forense. Refiro-me ao fato de que a LJECC dispensa um tratamento mais rigoroso ao autor de um crime mais leve do que ao autor de um crime mais grave. Ou seja, a Lei do Juizado Especial trata de forma mais severa o infrator de menor potencial ofensivo do que o infrator de médio potencial ofensivo.

É a conclusão a que se chega e que emerge clara e evidente quando verificamos que, pela Lei do Juizado Especial, quem comete uma simples e banal contravenção ou uma lesão corporal levíssima (apenas para nos fixar em dois exemplos mais comuns), somente ficará livre do processo e, em consequência, de uma possível pena privativa de liberdade cominada em abstrato na lei positiva, se através do instituto da transação penal aceitar sua condenação antecipada e se sujeitar a uma pena de multa ou restritiva de direitos.

Sei que se trata de questão polêmica, em torno da qual a doutrina manifesta-se de forma divergente. Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly negam peremptoriamente a natureza condenatória da sentença que aplica a pena pecuniária ou restritiva de direitos, resultante do instituto da transação penal, previsto nos arts. 72 e 76 da Lei do Juizado Especial Criminal. Assim entendem porque estas sanções não podem ser encaradas como de natureza penal em sentido estrito. E concluem: "Tanto é verdade que não geram reincidência, não constarão das certidões de antecedentes criminais (salvo para obtenção de novo benefício no prazo de cinco anos), não repercutirão na esfera cível para efeito de reparação do delito (art. 75, §§ 4.º e 6.º) e tampouco se assentam no reconhecimento da culpabilidade" (*Boletim do IBCCrim*, n. 35, nov./95, p. 12).

Contrariamente a esse entendimento, Marino Pazzaglini Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo P. Smanio e Luiz Fernando Vaggione afirmam que “a sentença homologatória da transação penal é condenatória”, porque cria uma situação nova para as partes envolvidas e ainda impõe uma sanção penal ao autor do fato, que deve ser executada” (*Juizado Especial Criminal – Aspectos Práticos da Lei 9.099/95*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 53).

No mesmo sentido é a posição do penalista e magistrado Luiz Flávio Gomes, que escreveu ser “o ato jurisdicional que defere a transação no Juizado Especial uma verdadeira sentença”, e é “condenatória, porém, imprópria, porque não gera seus efeitos naturais (reincidência, rol dos culpados, antecedentes, execução civil etc.), embora seja suficiente para criar o *status* de *culpado*, nos termos do art. 5.º, inc. LVII, da CF”. (*Suspensão Condicional do Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1995, p. 141.)

Parece claro. No caso de infração penal de menor potencial ofensivo, a transação implica condenação do infrator, com aplicação de pena criminal (multa ou restritiva de direitos). É claro que se trata de condenação consentida e, em consequência, de sanção consentida, porque ambas dependem da concordância do autor da infração, mas é inegável o caráter condenatório da decisão proferida nos termos do art. 76, § 4.º da Lei 9.099/95, que aplica pena restritiva de direitos ou multa.

Tal entendimento, no entanto, não implica aceitar que o procedimento previsto no art. 76 em exame ofende ao princípio constitucional do devido processo legal. Na transação, observa-se o devido processo que estabelece um procedimento antecipado ou cortado, quanto aos atos processuais, mas que se justifica plenamente pela natureza de menor gravidade da infração e da pena aplicável e, principalmente, pela concordância do

autor da infração, devidamente assistido por seu defensor.

Portanto, o instituto processual da transação, previsto no art. 76 e seus parágrafos, encerra-se com uma sentença condenatória e conseqüente aplicação de pena criminal ao autor de uma infração penal de menor potencial ofensivo.

Contrariamente a esse relativo rigor, no caso de uma infração de gravidade média, como por exemplo o furto simples de um automóvel ou a lesão corporal com risco de vida ou, ainda, o homicídio culposo, a LJECC dispõe que o acusado, após responder a um inquérito policial regular e ser apresentada e recebida a denúncia, *pode* ser beneficiado com o instituto da suspensão condicional do processo. Neste caso, não haverá condenação e nem aplicação de pena, mesmo que consentidas pelo acusado, como ocorre na transação inserida no procedimento de competência do Juizado Especial Criminal, para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo.

Conforme dispõe o art. 89 e seus parágrafos, satisfeitos os pressupostos ou condições primárias de admissibilidade (não estar o acusado sendo processado, nem já ter sido condenado por outro crime e serem as circunstâncias descritas no art. 77 do CP favoráveis e indicadoras de que o acusado não voltará a delinquir), este poderá ser beneficiado com a suspensão do processo e não sofrerá qualquer sanção criminal em sentido restrito. O acusado será submetido apenas às condições previstas no art. 89, § 1.º, incs. I a IV, da Lei do Juizado Especial e outras que o juiz entender necessárias, “desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”. Isto significa que não é admissível o juiz fixar condição que constitua verdadeira pena restritiva, ou que represente obrigação humilhante ou indigna.

Ao final, cumpridas as condições durante o prazo de suspensão do processo (de dois a quatro anos), cabe ao juiz

declarar a extinção da punibilidade (art. 89, § 5.º).

Isto permite concluir que o beneficiário da suspensão do processo não será condenado e, em consequência, não sofrerá qualquer tipo de pena, por mais branda que seja e nem estará sujeito aos efeitos da condenação, salvo o de reparar o dano causado pelo delito. Continuará, portanto, em seu estado de primariedade penal, com a única ressalva de não poder gozar do mesmo benefício uma segunda vez, antes de decorrido o período de cinco anos, conforme entende a doutrina em face da omissão legal.

Diante dessa rápida análise comparativa, não tenho dúvida em afirmar que o instituto da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 e seus parágrafos da LJECC para os crimes de médio potencial ofensivo apesar da omissão legal, apresenta um procedimento tão simplificado e informal, tão objetivo e funcional e tão célere quanto o estabelecido para a solução das infrações de bagatela de competência do Juizado Especial Criminal.

Também não tenho dúvida em afirmar que a suspensão condicional é instituto processual-penal mais benéfico e mais favorável, sob todos os aspectos, do que a transação penal prevista nos arts. 72 e 76 e seus parágrafos da LJECC, pela simples mas essencial razão de que, no primeiro caso, não há aplicação de pena criminal e, no segundo caso, sim. Isto permite dizer que a LJECC trata mais severamente o autor do crime menos grave (de menor potencial ofensivo) do que o autor do crime mais grave (de médio potencial ofensivo). Estamos diante de uma situação jurídica verdadeiramente paradoxal!

Esta é uma grave contradição que emerge clara do texto legal e que, a meu ver, precisa ser objeto de séria reflexão. Estou convencido de que o equívoco legal é evidente e precisa ser evitado ou superado. E a alternativa que me parece

válida e viável consiste em aplicar o instituto da suspensão do processo, de forma generalizada, a todos crimes previstos na LJECC. Ou seja, no caso de infração penal em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, presentes as condições estabelecidas no art. 89 e seu § 1.º, o juiz concederá ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo.

Esta, aliás, penso eu, é a única alternativa procedimental correta, enquanto o Sistema dos Juizados Especiais Criminais, não for implantado após sua criação por lei estadual, que disponha sobre sua organização, composição e competência, conforme preceitua o art. 93 da Lei 9.099/95. Sem a necessária lei estadual, a meu ver, os Juizados Especiais Criminais não poderão ser criados e sua competência privativa, que poderá ser atribuída ou exercida pelo juiz criminal comum, revela-se totalmente dispensável, porque este já tem competência para conceder a suspensão condicional do processo que, por força da própria LJECC, abrange também as infrações de menor potencial ofensivo.

Entretanto, não é esta questão que considero fundamental, mas sim a que diz respeito à existência legal de dois institutos processuais de incidência superposta.

Se a suspensão do processo pode ser considerada instituto processual de procedimento tão simplificado, informal e célere quanto a transação penal e mais benéfico ao infrator do que esta última, como deixar de aplicá-lo aos outros autores de infração penal de menor potencial ofensivo sem invertermos o princípio geral de direito da equidade e da isonomia, que garante tratamento igual para situações jurídicas semelhantes?

Creio que, admitido esse entendimento, de que a suspensão condicional do processo é instituto mais benéfico, os operadores do direito acabarão por adotá-lo preferencialmente, como procedimen-

to mais indicado para a prática da transação penal e por ser instrumento mais adequado de solução consensual para os crimes de menor ou de médio potencial ofensivo.

Penso que, admitido esse entendimento, dificilmente o defensor do infrator de menor potencial ofensivo deve instruir o seu constituinte a consentir numa condenação e sujeição a uma pena criminal antecipadas. Esperar pela apresentação de uma denúncia que descreva o fato delituoso com todos os seus elementos e circunstâncias e avaliar, com maior segurança, as condições de exercício de uma ampla e efetiva defesa e as chances de chegar a uma decisão final absolutória, é direito que, no meu entender, não pode ser negado ao infrator menor, já que assegurado pela lei ao infrator maior.

Diante dessa evidente contradição, criada pela própria LJECC, parece-me não ser um despropósito indagar se não é razoável construir um sistema híbrido resultante da simbiose dos dois institutos para julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo (salvo é claro os de ação privada e os de ação pública condicionada, nesta hipótese quando ocorrer a composição extintiva da punibilidade). Observado o procedimento próprio, nos casos em que a transação penal seja possível, pelo consenso das partes, nos termos dos arts. 72, 76 e 79, por que não suspender sob condições a execução da pena aplicada de forma consensual? Se a suspensão é concedida ao autor de um furto simples ou de uma lesão grave, ou de um homicídio culposo, como não concedê-la ao autor de uma simples contravenção penal ou de um crime de menor potencial ofensivo? Por que este pequeno infrator, criminoso de bagatela, tem que deixar o fórum obrigatoriamente condenado e com uma pena a cumprir e o outro não?

Eis, a meu ver, uma grave contradição da LJECC que precisa ser eliminada através de um enfrentamento doutrinário e jurisprudencial ousado e correto. Tal

postura se faz absolutamente necessária para que o modelo de justiça criminal, fundado nos princípios da informalidade, da simplicidade, da oralidade e da celeridade, possa se consolidar como um verdadeiro instrumento de transformação do nosso sistema punitivo.

Apesar desta imperfeição, que necessita ser sanada, a LJECC é boa. Portanto, conscientes de nosso papel de autênticos juristas e agentes políticos de nossa própria história, não devemos perder a ocasião de marcar presença nesta longa, difícil, mas importante caminhada da esperança e da crença neste novo paradigma de justiça criminal.

## 5. Não devemos ser mercadores de utopias

A última observação deve ser feita a título de esclarecimento ou de alerta. Não devemos fazer, a respeito da nova lei, o discurso da panaceia para todos os males da criminalidade brasileira. Com seus novos institutos da conciliação, da transação penal e da suspensão condicional do processo, a Lei 9.099/95 não se destina a resolver o grave problema da delinquência violenta ou mesmo financeira. Seus tentáculos normativos, inspirados na salutar idéia da conciliação e da transação, não foram feitos para suturar a verdadeira chaga da delinquência de nosso país, a que nos preocupa e nos assusta a todos, por espalhar o pânico entre os cidadãos dos maiores aglomerados urbanos.

Na verdade, os assassinatos e a matança urbana das grandes cidades, prática hedionda que eu denomino de *genocídio da marginalidade urbana*, responsável pelo sinistro saldo de 7 mil mortes violentas, anualmente, tanto no Rio, quanto em São Paulo; o tráfico de drogas; os estupros selvagens; os seqüestros e os assaltos a mão armada; as grandiosas fraudes fiscais e econômica-financeiras, que constituem o cotidiano mais grave, mais terrível e mais perverso da crimino-

grafia brasileira, não serão atingidos pela nova proposta legislativa de justiça criminal, centrada na idéia da conciliação entre as partes envolvidas.

Por isso, não podemos criar uma falsa expectativa junto à opinião pública de que tudo vai ser resolvido. Não devemos

apregoar ilusões; não podemos ser meradores de utopias: o verdadeira problema criminal brasileiro ainda está à espera de uma solução correta e eficaz, que não poderá se limitar a medidas puramente legislativas e judiciais.