

2. DOUTRINA NACIONAL

ALGUMAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL*

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

SUMÁRIO: 1. Cesta básica: abolição do princípio da reserva legal (!). 1.1. Legitimidade da "cesta básica" como condição judicial da suspensão do processo. 2. Justa causa, abuso de poder e arquivamento do Termo Circunstanciado. 3. Presunção de inocência e constitucionalidade da transação penal. 4. Autoridade policial competente. 4.1. Polícia judiciária onde não há polícia civil. 5. Conteúdo do termo circunstanciado.

1. Cesta básica: abolição do princípio da reserva legal (!)

A implantação dos Juizados Especiais Criminais, particularmente, a previsão dos seus novos institutos, tais como, *composição cível, transação penal e suspensão do processo*, parece que liberou completamente a *imaginação* de alguns operadores do direito que, de um modo geral, lançaram-se em uma corrida interminável, onde vencerá quem *ousar* mais. Como a criatividade humana, a fantasia e a imaginação, não conhecem limites, correm o risco de envolverem-se em uma moderna *Torre de Babel*. Com efeito, é preciso ter cautela, para não iniciarem uma viagem sem retorno, ao ignorarem os princípios *fundamentais de garantias* do Direito Penal, tão caros à História da Humanidade, que somente conseguiram solidificar-se a partir da Revolução Francesa.

O *princípio da reserva legal*, por exemplo, não admite exceções, sendo um *im-*

perativo categórico sob o qual deve estruturar-se todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Com efeito, o velho adágio latino, cunhado por Feuerbach, *nullum crimen nulla poena sine lege*, continua mais atual do que nunca, quer para *tipificação de crimes*, quer para a *cominação de penas*. O deslumbramento com as *penas alternativas*, utilizadas com grande sucesso na Europa, há algumas décadas, conforme demonstramos em nossa Tese de Doutorado¹, não autoriza a cada aplicador da lei, escolher aquela *alternativa* (pena) que lhe pareça mais eficaz, mais "comunitária", de *caráter social* mais relevante, menos dessocializadora, etc. Na verdade, as *penas alternativas* à privativa de liberdade, no ordenamento jurídico brasileiro, até agora, são: limitação de fim de semana, prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e multa. A aplicação de qualquer outra pena, por *mais interessante* ou *simpática* que possa parecer, padece dos vícios de *ilegalidade* e de *inconstitucionalidade* (art.5.º,

(*) Texto correspondente a um novo capítulo incluído na 3.ª Edição de nosso livro "Juizados Especiais Criminais e Alternativas à Pena de Prisão".

(1) Cezar Roberto Bitencourt. *Falência da Pena de Prisão*, São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 265 *et seq.*

XXXIX, CF), além de representar um autêntico *abuso de poder*.

O entusiasmo com que se tem divulgado a aplicação aqui e acolá da indigitada “Cesta básica”, como *pena alternativa*, tem cegado um grande segmento de aplicadores do direito que, provavelmente, não se deram conta da ilegitimidade de tal modalidade de “pena”. Hoje, se viola o princípio secular da reserva legal por um motivo nobre, amanhã, talvez, por um motivo nem tão nobre, depois...bem, depois, quem sabe, pode-se começar a defender que o *princípio da reserva legal* não é absoluto, que os fins justificam os meios, etc. etc. Por isso, nos incluímos naqueles que foram rotulados de “reacionários do Direito Penal”², e não admitimos a dita *pena da “cesta básica”*, simplesmente pela ausência de contemplação legal. A competência exclusiva da União para legislar em matéria penal impede, por sua vez, que legislações estaduais “criem” referida “pena”.

Pelas mesmas razões, que acabamos de expor, não se pode admitir, como tem ocorrido em algumas comarcas, na *transação penal*, a imposição de *outras espécies de penas* não previstas em lei. Conhecemos exemplos concretos, como, por exemplo, na comarca de Guaíba, onde um empresário, interceptado em excesso de velocidade, na audiência preliminar, recebeu, como sanção, a obrigação de frequentar, por alguns dias, um *curso de aprendizagem de direção*, por infração ao art. 34 da Lei das Contravenções Penais. Isso é uma violência abominável ao *princípio da reserva legal*, que não pode

receber a chancela de nossos pretórios. No entanto, como referiremos no próximo item, essa providência poderá, eventualmente, ser aplicada como condição judicial da suspensão do processo. Tudo nos seus devidos termos.

1.1. Legitimidade da “cesta básica” como condição judicial da suspensão do processo

As *condições*, sob as quais se pode conceder a *suspensão condicional do processo*, não sofrem a mesma limitação da sanções penais, na medida em que não são penas. Essa circunstância permite que o texto legal preveja a possibilidade de *condições legais* – expressamente definidas na lei – e *condições judiciais* – que podem ser estabelecidas pelo juiz, “desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado” (art. 89, § 2.º).

Pois bem, a festejada “cesta básica”, que parece ser um verdadeiro *ovo de Colombo*, pode, em tese, ser estabelecida, como *condição judicial* da suspensão condicional do processo. Mas, mesmo aqui, como condição da suspensão do processo, é preciso ter cautela para não se deixar levar pelo entusiasmo e imaginar-se que se descobriu uma solução mágica para resolver a questão da pobreza no Brasil. Em primeiro lugar, não se pode perder de vista, o enunciado legal, o qual exige que *as condições sejam adequadas ao fato* e, especialmente, “à situação pessoal do acusado”. Aqueles denunciados, por exemplo, que enfrentarem visíveis dificuldades financeiras, para satisfazerem tal condição, com prejuízo para o seu sustento e o de sua família, à evidência, não podem receber esse tipo de condição. Aliás, aqui se deve aplicar, por analogia, a previsão do Código Penal, quando disciplina o desconto da pena de multa nos vencimentos ou salários do condenado, que determina: “O desconto não deve incidir sobre os re-

(2) José Carlos de Oliveira Robaldo. *Juizado Especial Criminal como forma despenalizadora do Direito Penal. Penas Alternativas: cestas básicas – Experiência Pioneira*, Boletim do IBCCrim n. 51, p.10.

curso indispensáveis ao sustento do condenado e de sua família" (art. 50, § 2.º, do CP). Em segundo lugar, não se pode querer transformar o Direito Penal em panacea de todos os males, querendo resolver todos os problemas sociais, típicos de um país em desenvolvimento, fazendo o que os governantes, com todo o orçamento público, não fazem. Esse excesso, além de caracterizar uma autêntica arbitrariedade, olvida que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, e que somente deve intervir quando os demais meios de controle social falharem.

Enfim, a *criatividade* pode ser exercitada no estabelecimento das condições judiciais, tanto do *sursis* quanto da *suspensão do processo*, mas jamais na aplicação de penas não previstas em lei.

2. Justa causa, abuso de poder e arquivamento do Termo Circunstanciado

Talvez a pequena *vacatio legis* – 60 dias – seja uma das causas responsáveis pela grande desarmonia que reina no país em torno da interpretação e aplicação dos novos institutos acolhidos pela Lei 9.099/95, sem se falar na, indispensável, mas ainda não implementada, criação dos Juizados Especiais, através de lei, em muitos Estados da Federação.

Destacamos, desde a primeira edição deste livro, a importância *político-criminal* de coibir as pequenas infrações, capaz de despertar *uma nova cultura* no brasileiro que aprende, desde logo, a respeitar todo e qualquer direito alheio, por mais *insignificante* que possa parecer. Essa *política*, aparentemente desinteressante, tem a função de combater o *pequeno infrator*, que aliás, é como começam todos os criminosos, posto que, como em todas as *carreiras*, ninguém nasce "um grande delinqüente". Os piores criminosos, de um modo geral, somente atingem esse estágio pela nossa contri-

buição, pela contribuição de todos os operadores do direito, Judiciário, Ministério Público, Universidades, professores, doutrinadores e da própria sociedade que, com posturas equivocadas, sempre buscaram argumentos os mais variados para não punir as pequenas infrações. Na verdade, não se percebia que, assim, estaríamos estimulando, no futuro, o surgimento de um grande delinqüente, incentivado pela impunidade.

No entanto, essa nova política criminal não autoriza arbitrariedades; não dispensa a análise preliminar da existência de justa causa, não admite responsabilidade objetiva. Mas, lamentavelmente, o cotidiano forense está apresentando uma praxis odiosa: o Ministério Público recebe o "Termo Circunstanciado", de regra, mal elaborado, na medida em que não fornece os subsídios mínimos necessários para formar a opinião *delicti*; nessas circunstâncias, tem sido comum ver o Ministério Público insistir na transação penal, no início da ação penal, na punição daquele que aparece como sendo o "autor do fato", configurando, muitas vezes, uma autêntica responsabilidade objetiva. Quem garante que aquele que aparece como autor do fato não é a verdadeira vítima, que apenas não se interessou em comunicar a ocorrência à polícia? Quem garante que a suposta vítima, não é o verdadeiro autor do fato que, vivamente, adiantou-se apresentando-se como se fosse o ofendido? Ademais, é preciso ter presente que o próprio autor do fato pode ser *inocente*, quer pela presença de excludentes de criminalidade quer pela presença de eximentes de culpabilidade. Contudo, embora graves, são compreensíveis, num período experimental, algumas dessas dificuldades operacionais-interpretativas que, com o tempo, certamente, serão superadas.

Na realidade, deve-se considerar que a *simplificação do procedimento* não afastou a necessidade dos requisitos

exigidos pelo art. 41, ainda que informalmente, e, principalmente, a análise do que preceitua o art. 43, ambos do CPP. A evidência, antes de “*propor a transação penal*” – que já faz parte da ação penal – é indispensável o exame da presença dos requisitos do art. 43 supra referido. A ausência de qualquer dos requisitos enunciados neste dispositivo, caracteriza *falta de justa causa* que impede não só o oferecimento da denúncia, mas também a *transação penal*. Nessa hipótese, deve o Ministério Público pedir o *arquivamento* do “Termo Circunstanciado”, como deixa implícito o art. 76, *caput*, da Lei 9.099/95. Não concordando o juiz, com o pedido de arquivamento, deve-se proceder nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal, com encaminhamento dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Evidentemente que a análise da existência de *justa causa* passa pelo exame do *Termo Circunstanciado*, cujo conteúdo necessário examinamos em outro tópico.

A possibilidade de *arquivamento* recebe referência expressa no art. 76 da lei em exame. Aliás, referido dispositivo só admite a proposta, pelo Ministério Público, de penas alternativas à prisão, “não sendo caso de arquivamento”. Essa locução deixa muito claro que, antes de propor a transação penal, Ministério Público e Judiciário devem examinar se estão presentes as condições da ação penal (art. 43), isto é, em outros termos, se há *justa causa* para a ação penal.

Comungamos do entendimento de Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior que, ao analisar a necessidade de exame da *justa causa*, para a denúncia, sustentou: “O papel primordial do juiz, no estado de Direito e em nosso sistema de aplicação da lei penal, é o de fiscalizar a estrita legalidade do exercício da atividade repressiva do Estado. Assim, é-lhe dado analisar a definição típica do fato em face da presença das condições legais

para a suspensão do processo, para declarar se o MP pode prosseguir pleiteando o provimento de mérito ou não (...) A objeção no sentido de que, fazendo-o, estaria o juiz antecipando análise meritória, não tem consistência. Adotar tal entendimento significaria afirmar que a realização da Justiça está adstrita à formal classificação do fato na denúncia, com todas as implicações que disso decorram, inclusive o uso arbitrário daquela classificação. Ora, há necessidade de analisar o *fato com todas as suas circunstâncias* para qualquer decisão”³.

A importância da *definição jurídica do fato*, também denominada de classificação da infração, que já era fundamental, assume transcendental importância diante da Lei 9.099/95. Pois dessa definição inicial decorrerão inúmeras consequências imediatas, dentre as quais, se pode destacar as seguintes: definição da competência, se dos Juizados Especiais Criminais ou da Justiça “comum” (art.61), admissibilidade de *transação* (76), viabilidade de *suspensão do processo* (art.89), prescrição, decadência, etc. Diante dessa nova realidade, aquela orientação jurisprudencial, segundo a qual, no momento inicial do processo o juiz não pode alterar ou corrigir a classificação da infração penal, devendo aguardar a oportunidade para aplicar o disposto no art. 384 do CPP, não pode ter aplicação irrestrita, a partir da vigência da atual política criminal consensual. Ninguém ignora que ao *receber* a peça inicial da ação penal – denúncia ou queixa – o magistrado faz uma *análise preliminar de mérito* – pelo menos, sobre a admissibilidade e sobre os limites da acusação – que é o fundamento de sua decisão de acatar ou não o início da ação penal (arts 41 e 43 do CPP), sem, contudo, constituir pré-julgamento. E

(3) Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior. Boletim do IBCCrim n. 45, p.12.

nessa análise, exatamente, se deve verificar a presença, ou ausência, de *justa causa*. Por outro lado, a extensão da *justa causa* não se limita ao exame de eventuais *qualificadoras* ou *causas de aumento* incluídas na exordial, mas estende-se também e, principalmente, à própria definição do fato jurídico, isto é, na classificação mesma da infração penal, atribuída pelo titular da ação penal, seja pública ou privada. A omissão dessa análise pode implicar em *constrangimento ilegal*, passível de *habeas corpus*, para trancamento da ação penal, por falta de justa causa.

Por outro lado, também é assente na doutrina e na jurisprudência que, no momento de elaboração da denúncia, é dado ao Ministério Público, na dúvida, optar pela figura mais grave, na medida em que, sustenta-se, nesta fase pré-processual, a dúvida é *pro societatis*. Aliás, as próprias dificuldades processuais e procedimentais justificam a filosofia ministerial de postular o *mais* para conseguir o *menos*. Com efeito, em sentido semelhante, manifestou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo *habeas corpus*, por unanimidade, nos seguintes termos: “Se é justificável que o órgão acusatório opte pela figura mais grave na dúvida quanto à destinação da substância entorpecente apreendida com o acusado (se para uso próprio ou para tráfico), no concernente à situação em que aquele deve responder ao processo (se em liberdade ou preso), entretanto, a dúvida favorece o réu, sem que tal signifique exame prévio do mérito da acusação”⁴.

Enfim, como se percebe, o exame preliminar da existência de justa causa, é indispensável para que o Estado tenha legitimidade para sujeitar alguém a um processo criminal, quer no juizado espe-

cial quer no juizado comum. De todos os institutos trazidos pela Lei 9.099/95, o único que dispensa o exame de justa causa, para sua aplicação na audiência preliminar, é a *composição cível*, por que os danos, com ou sem responsabilidade penal, com ou sem responsabilidade objetiva, podem ser *compostos*, seja na esfera privada, seja, hoje, na esfera criminal.

3. Presunção de inocência e constitucionalidade da transação penal

Para se evitar conclusões equivocadas sobre a *política criminal consensual* adotada pela Lei 9.099/95, deve-se realizar uma avaliação sistemática, global, evitando-se interpretações literais, isoladas, casuísticas, de um ou outro dispositivo, de um ou outro instituto ou efeito secundário ou colateral. Recomenda-se que se abandone os preconceitos e pruridos adquiridos através das décadas com o uso do velho Código de Processo Penal. Não se trata apenas de uma nova terminologia, mas ao contrário, com o Juizado Especial mudou toda a sistemática, exigindo-se uma releitura, somente nos limites da competência do Juizado, dos conceitos de *devido processo legal*, *presunção de inocência*, *ampla defesa*, *culpa*, *sanção penal* etc.

A lei 9.099/95 não está *presumindo* culpa (embora haja culpa jurídica, que fundamenta a aplicação de pena criminal, posto que não se trata de responsabilidade objetiva), não está suprimindo o direito de defesa, o direito ao contraditório ou simplesmente ignorando a *presunção de inocência*. Este diploma legal está, apenas, cumprindo mandamento constitucional, possibilitando ao autor do fato subtrair-se do processo tradicional, conservador, oneroso e desgastante, além de evitar uma eventual condenação com suas consequências naturais. A *transação penal* decorre da *autonomia de*

⁽⁴⁾ HC 63.008-3 – Câmara de Férias – Rel. Dínio Garcia, j. 21.1.88, RT, 627/309.

vontade, e é produto do exercício da ampla defesa que, estrategicamente, pode preferir transigir ao invés de assumir o risco e o desgaste de um processo alongado, com resultado imprevisível após a instrução probatória. A aquiescência do autor do fato, livre e assistida por seu defensor, na solenidade da audiência (devido processo legal), é suficiente para destruir a *presunção de inocência*. Com efeito, a *transação penal* e a *suspensão do processo* representam somente novos paradigmas na busca da *solução dialética* de parte dos conflitos sociais, através do consenso, assegurando-se sempre a primariedade do autor do fato, sem aplicar-lhe uma condenação. Ademais, a Constituição Federal, além de instituir a transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, delegou à lei ordinária a missão de prever as hipóteses em que sua aplicação seria possível (art. 98, I, CF).

Aquele que entender que é *inocente* e pretender demonstrá-la, através da instrução criminal, não aceitará a transação penal, e disporá da próxima audiência – de instrução e julgamento – onde as partes produzirão todas as provas. Convém destacar, que o autor do fato somente poderá fazer *transação*, na solenidade da audiência, e se estiver acompanhado de seu advogado. Havendo discordância entre ambos, tal fato deve ser registrado em ata, para assegurar eventual direito.

4. Autoridade policial competente

A análise da expressão *autoridade policial* – utilizada no art. 69 desta lei – não pode ser procedida isoladamente, fora do contexto jurídico-nacional, na medida em que, pela relevância de seu significado, a própria *Constituição Federal*, além do Código de Processo Penal, preocupou-se em definir as atribuições policiais em dois campos distintos: *preventivo* e *repressivo*. A *atividade*

repressiva – compreendida aí as funções de *polícia judiciária* e *investigatória* – atribuiu-a à polícia civil. Enquanto que, a *atividade preventiva* – compreendido aí o *policamento ostensivo* e a *preservação da ordem pública* – atribuiu-a à polícia militar. Aliás, nesse sentido, a Constituição Federal ao definir a *segurança pública*, no art. 144, tomou a cautela de elencar os órgãos responsáveis por ela, além de disciplinar as atribuições de cada órgão. O constituinte brasileiro agiu com extremo zelo na regulação dessa matéria, tendo o cuidado de definir as atribuições dos respectivos órgãos em parágrafos distintos, nos seguintes termos:

“Art. 144. (...)”

4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

5.º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

Algumas constituições estaduais procuraram explicitar essas atribuições, sem, contudo, alterar-lhes a essência, como, por exemplo, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que definiu da seguinte forma:

O art. 4.º do Código de Processo Penal, por sua vez, exatamente para adaptar-se aos mandamentos constitucionais, recebeu nova redação, determinada pela Lei 9.043/95, passando a estabelecer o seguinte:

“A *polícia judiciária* será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Ora, o texto constitucional (art.144, § 4.º e 5.º) é de uma clareza meridiana, não demandando nenhum esforço interpretativo. A *polícia militar* deve empenhar-se na execução de sua atividade constitucionalmente definida – a prevenção – através de *policciamento ostensivo*, visando *preservar a ordem pública*.

O princípio da hierarquia das leis, no nosso ordenamento jurídico, impede que normas infra-constitucionais – sejam de âmbito federal, estadual ou municipal – disciplinem de forma diversa qualquer matéria constante do bojo da Constituição. Quando for o caso, ao disciplinarem matérias reguladas pela constituição, devem fazê-lo, nos limites da constituição, sem contrariá-la, sob pena de revestirem-se de inconstitucionalidade. Pois é sob essa ótica que se deve analisar a expressão “autoridade policial” utilizada no art. 69 da Lei 90.99/95. Nesses termos, é indiferente o *sentido, alcance ou definição* que o legislador ordinário tenha pretendido dar-lhe, posto que não tem competência nem legitimidade para alterar as atribuições das polícias civis e militares definidas no texto constitucional. Aliás, a *legislação processual comum*, no seu conjunto, refere-se somente a duas autoridades: a *autoridade policial*, que é o Delegado de Polícia, e a *autoridade judiciária*, que é o magistrado. Somente o Delegado de Polícia pode dispensar a autuação em flagrante delito, quando tal providência for recomendável, ou determinar sua autuação, quando o autor da *infração penal de menor potencial ofensivo*, não se comprometer a comparecer ao Juizado Especial Criminal, arrendando fiança, quando cabível. Somente esta autoridade pode determinar a realização de diligências, necessárias à instauração da ação penal, quando tais provas, por exemplo, não tiverem sido colhidas no momento do fato. Logo, da mesma forma, somente o Delegado de Polícia pode determinar a lavratura do *Termo Circunstanciado*, referido no

art. 69. Ademais, não se pode ignorar, a Constituição Federal somente exclui das atribuições da polícia civil a investigação das infrações da competência da Justiça Federal, atribuindo-as à Polícia Federal, e as infrações militares, praticadas por agentes militares.

Em socorro a nossa tese, trazemos o magistério de Vicente Greco Filho, que a pós concluir que a lavratura do *Termo Circunstanciado* é privativo da polícia civil, graficamente, afirma: “E vejo também aí não um problema prático mas também um problema jurídico, que é constitucional: a polícia judiciária é privativa da autoridade policial civil e me parece que esse termo circunstanciado não é um inquérito policial, mas já é um ato de polícia judiciária no sentido de encaminhar para o juízo aplicar uma pena criminal, porque não se pode esquecer que se trata de uma pena no âmbito criminal”⁵.

Qualquer atividade *investigatório-criminal*, seja ou não “discreta”, PM2, etc., realizada por policiais militares, reveste-se de inconstitucionalidade, podendo, inclusive, constituir *crime de abuso de autoridade* (Lei 4898/65). Nesses casos, deverão responder penalmente, como *autores mediatos*, as autoridades responsáveis pelo comando. E ainda, em casos excepcionais, os próprios agentes policiais poderão responder criminalmente por crime de *usurpação de função pública*. Ademais, a “*insegurança*” e a *falta de policiamento ostensivo*, em todas as grandes cidades do país, estão a exigir mais empenho das corporações militares e, particularmente, vontade política dos governantes para dotarem referidas corporações dos meios materiais e humanos indispensáveis para bem exercerem sua missão constitucional.

(5) Vicente Greco Filho. *Os novos juizados especiais criminais* (livro coletivo), São Paulo: Ed. WVC, 1996, p.111.

Por outro lado, o injustificável deslocamento de agentes policiais militares para realizarem atividades policiais, que a constituição não lhes atribui, além de invadirem a atribuição das “polícias civis”, como define a constituição, abre um *claro* na corporação militar que, tradicionalmente, já tem efetivo inferior à sua necessidade. A prática censurável, de algumas corporações militares, criando – com remanejamento de policiais – uma espécie de “cartório” ou “centrais de registro de ocorrências”, para expedir o *Termo Circunstanciado*, o popular “TC”, precisa ser urgentemente revista e coibida. Todo esse efetivo *remanejado* pode e deve ser utilizado nas suas verdadeiras funções constitucionais para, quem sabe, minimizar a violência que está nas ruas, cuja maior causa, inegavelmente, é a falta de *policimento ostensivo*. Com efeito, não adianta adotar uma *política criminal do terror*, como se tem feito, especialmente nesta década de noventa, criminalizando condutas, exasperando penas, endurecendo regimes ou suprimindo a sua progressão, se os marginais circularem e assaltarem, livremente, sem risco de serem interceptados pelo policiamento ostensivo.

Na verdade, o policiamento ostensivo tem sido o meio mais eficaz na diminuição da criminalidade violenta nas grandes cidades, como ocorreu em Nova Iorque, onde todo os quarteirões receberam a presença ostensiva da polícia. Primeiro, identificou-se as áreas de maior risco, e a seguir o contingente policial foi usado de maneira mais eficiente, e os resultados positivos não se fizeram esperar. É essa *eficiência* que dignificará ainda mais as corporações militares, conquistando e solidificando o respeito da comunidade, sendo diligente e eficiente no desempenho de suas funções constitucionais, e não “travando uma guerra” com outras corporações na tentativa de usurpar atribuições que não lhes são próprias.

Finalmente, não bastasse o argumento jurídico-constitucional, para efeitos de reflexão da matéria, convém lembrar um aspecto político-pragmático. Na esfera policial, a realidade diária apresenta os mais variados fatos que demandam, de imediato, avaliações e valorações e, conseqüentemente, decisões sobre as medidas a adotar. Conhecendo-se a formação intelectual que, em geral, as corporações policiais militares exigem para aqueles que desejam incorporar-se às suas fileiras, especialmente para o patrulheiro, o homem de frente, enfim, para o conhecido *soldado PM*, impõe-se alguns questionamentos, como, por exemplo:

a) quais são as condições de um soldado PM – patrulheiro – para dar a definição jurídica de uma infração penal que lhe é apresentada, fazer a classificação legal, verificar a sanção correspondente, etc.?

b) teria as condições necessárias para, de plano, constatar se se trata de infração de *rito comum* ou *especial*, se é da competência do *Juizado Comum* ou do *Juizado Criminal Especial*, isto é, se se trata de *infração de menor potencial ofensivo*, ou não?

c) estaria preparado para fazer a requisição, de próprio punho, dos *exames necessários* (art. 69), formulando, inclusive, quesitos a serem respondidos pelos peritos?

d) teria o soldado PM condições de examinar a eventual existência de crimes conexos, modificadores da competência? Ou simplesmente de constatar se é caso de crime doloso ou culposos, lesões corporais ou tentativa de homicídio?

e) estaria em condições de avaliar se é caso de prisão em flagrante ou de sua dispensa, em razão desta *nova política criminal*?

Pois todas essas questões, exemplificativamente enunciadas, além de muitas outras, que o cotidiano policial pode

oferecer, influirão na competência de juízo e, à evidência, dependendo da *competência*, restarão alteradas as providências policiais preliminares a serem adotadas. Consequentemente, o Termo Circunstanciado e o encaminhamento direto ao Juizado Especial não podem ser realizados pela polícia militar.

4.1. *Polícia judiciária onde não há polícia civil*

Não se pode ignorar que em determinados Estados da Federação a *polícia judiciária* é exercida por integrantes de corporações militares, ante a inexistência da Instituição Polícia Civil. Em muitas cidades do interior, a *função de Delegado de Polícia* é exercida por integrantes da *polícia militar*, seja cabo, sargento ou oficial. Nessa hipótese, porém, se deve destacar que esse policial está investido nas funções de Delegado de Polícia, cuja atribuição é exercer a *polícia judiciária*. Essa *anormalidade excepcional* – inexistência de autoridade policial civil – que autoriza a investidura de um policial militar no exercício da função de um Delegado de Polícia, justifica, igualmente, que realize todas as atividades de polícia judiciária, inclusive, claro, aquelas próprias reguladas pela Lei 9.099/95.

Por outro lado, as *polícias rodoviárias* – federal e estadual – cuja função constitucional é exercer o “patrulhamento ostensivo das rodovias”, eventualmente poderão deparar-se com infrações penais. Ora, nessas hipóteses, quando se tratar de *infrações de menor potencial ofensivo*, os próprios patrulheiros rodoviários poderão e deverão lavrar o *Termo Circunstanciado*, liberando os motoristas, que assumirem o compromisso de comparecer ao *juizado especial*, quando chamados. Igualmente aqui a justificativa encontra-se na *excepcionalidade* da situação. Constituiria *constrangimento ilegal* a “*retenção*” (que é uma modali-

dade de prisão, definida de forma eufemística) dos usuários, infratores ou não, à espera da autoridade civil para lavrar o Termo Circunstanciado. Pior ainda, por mais constrangedor, seria a *condução dessas pessoas*, como em alguns casos tem acontecido, à Delegacia mais próxima, para a lavratura do *Termo Circunstanciado*.

Esse paradoxal absurdo, tem ocorrido nas rodovias do Estado do Rio Grande do Sul, por “*Ordem de Serviço*” do Secretário de Segurança Pública (prisão determinada por ordem de serviço), que determina a *condução* dos motoristas – que excederem a velocidade permitida – à delegacia mais próxima que, às vezes, dista dezenas ou até centenas de quilômetros do local do fato. Esse procedimento tem criado situações constrangedoras, às vezes enriquecidas pela violência policial, *retendo* (mantendo preso, entenda-se) cidadãos, por horas e horas, até serem levados a uma “Delegacia mais próxima”, contrariando a política criminal consagrada pela Lei 9.099/95, que deseja evitar a prisão, nessas infrações menores. Na verdade, os próprios patrulheiros rodoviários, que registram as infrações de trânsito, podem lavrar o *Termo circunstanciado*, e liberar imediatamente o infrator, que assumir o compromisso de comparecer ao *Juizado Especial*, quando for chamado (art. 69, parágrafo único).

Preocupa-nos as *distorções eufemísticas* que, por vezes, se procura dar à restrição ilegal da liberdade do cidadão, com a utilização de expressões, tais como, *detenção, condução, apresentação*, etc., querendo-se distingui-las de *prisão*, como se somente esta, e não aquelas outras formas de restrição da liberdade, fossem proibidas, nos termos da Constituição Federal (art. 5.º, LXI e LIV). En sentido semelhante, Vicente Greco Filho, inconformado com a determinação legal de *encaminhar imediatamente* ao juizado,

afirmou que: “É aí que me parece que está o grande problema da lei e isso a lei estadual corrige, porque pela lei não tem mais a tal de apresentação imediata, inclusive porque eu acho que essa apresentação imediata é inconstitucional. Por quê? Porque é prisão da vítima. E a vítima vai sangrando? Lesão leve é lesão culposa, a vítima vai sangrando? Sabemos muito bem que, hoje, *condução coercitiva* só a autoridade judicial é que pode determinar. Como é que a autoridade policial, ainda que com todo o interesse da solução imediata do caso, vai reter uma pessoa para apresentá-la em juízo, quando ela, autoridade, quiser? Isso para mim é prisão”⁶. E, mais adiante, conclui Greco Filho, com o que estamos de pleno acordo: “a dificuldade maior da lei federal que é esta tal de apresentação imediata que, além de inviável nos centros, no meu entender, é inconstitucional por que apresenta nada mais nada menos do que prisão de vítimas e testemunhas ou prisão do agente que, se não é preso em flagrante, é “preso” até ser levado à presença do magistrado”⁷.

Enfim, qualquer restrição à liberdade individual – receba a denominação que receber – tem que obedecer as formalidades constitucionais (art. 5.º, LXI).

5. Conteúdo do termo circunstanciado

A Lei 9.099/95 não eliminou a atividade da polícia judiciária, apenas circunscreveu-a, em limites mais estreitos, quantitativa e qualitativamente. Ao substituir o tradicional inquérito policial pelo “progressista” *Termo Circunstanciado* não dispensou aquela autoridade da obrigação funcional de ser diligente e eficiente na coleta e confecção dos elementos indiciários, que devem subsidiar a

propositura de uma futura ação penal. Ao contrário, ao simplificar o *procedimento investigatório-policial* passou a exigir-lhe mais qualidade na elaboração do substitutivo do inquérito policial. A autoridade policial tem que ter consciência que referido *termo* deverá reunir dados suficientes para possibilitar ao titular da ação penal postular a aplicação da lei penal, isto é, tem que configurar a existência de *justa causa* para a proposta de aplicação de penas alternativas à prisão que, em outros termos, não deixa de ser o *início* e, quando aceita, *fim* da ação penal. Com isso queremos dizer que a *ação penal* – ao contrário do sistema antigo – não mais se inicia somente com o oferecimento da denúncia ou queixa, mas também com a proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público.

Por tudo isso, o Termo Circunstanciado não pode assemelhar a velha *certidão de ocorrência* de antigamente que, além de uma declaração, de regra, unilateral, era absolutamente insuficiente, por não apresentar o mínimo necessário para o início de uma demanda penal. Será indispensável, no mínimo, a versão dos dois polos envolvidos no conflito social, além do rol de testemunhas, com as respectivas qualificações e endereços, bem como da requisição dos exames necessários.

Preocupada com as deficientes ocorrências policiais, que continuaram chegando aos Juizados Especiais Criminais, a Confederação Nacional do Ministério Público – CONAMP – apresentou sugestão da inclusão dos requisitos mínimos do *Termo Circunstanciado*. Foram as seguintes *Conclusões* – “2. Do termo circunstanciado deverá constar: a) a qualificação e endereços completos das partes (residencial e do trabalho, inclusive com telefone); b) data, hora e local dos fatos; c) as versões do autor do fato e da vítima; d) o rol de testemunhas, com

⁽⁶⁾ Idem, idem, p.107.

⁽⁷⁾ Idem, Idem, p. 108.

qualificação e endereços completos (residencial e do trabalho, inclusive com telefone), bem como a súmula do que tiverem elas presenciado; e) a especificação dos exames periciais que foram requisitados; do croqui, se possível; g) descrição dos objetos (apreendidos ou não) ; h) assinatura das partes envolvidas; i) nos casos de previsão legal, a representação do ofendido (quando possível); j) outros dados relevantes para esclarecimento dos fatos. 3. A folha de antecedentes do acusado deverá acompanhar o termo circunstanciado, quando possível”.

Dos requisitos sugeridos pela CONAMP, discordamos frontalmente da sugestão de colhimento da *representação do ofendido*, pela polícia. A Lei 9.099/95, mudou toda essa sistemática, na medida em que prevê a formulação da representação, após a inviabilidade da composição cível (art. 75). Essa orientação justifica-se diante dos efeitos penais que eventual composição cível acarreta na ação pública condicionada à represen-

tação: extinção da punibilidade, via renúncia do direito de representar. Nada impede, contudo, que o ofendido, voluntariamente, ofereça, desde logo, a representação, se o desejar. E esta faculdade, diga-se de passagem, somente é admissível para evitar o perecimento do direito, ante a morosidade que os Juizados Especiais já começaram a apresentar, com designação da *audiência preliminar* para dez (10) ou doze (12) meses, além da data do fato. Como o marco inicial do prazo decadencial não mudou, continua o mesmo (art. 103 CP), quando da realização da audiência preliminar, o ofendido já teria decaído do direito de representar.

No entanto, convém destacar que o prazo decadencial é, em tese, de seis meses para exercer o direito de queixa ou de representação (arts. 38 do CPP e 103 do CP), com exceção dos crimes de lesões leves ou culposas ocorridos antes do início da vigência da Lei 9.099/95, cujo prazo será de 30 dias, e vigorará a partir da intimação específica da vítima.