A vítima no Processo Penal: interferências da Lei 9.099/1995

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa
Mestre e doutora em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo. Procuradora Regional da República.

Resumo: O texto analisa a importância da vítima no sistema jurídico delineado pela Lei 9.099/95, concluindo que as soluções para os crimes de menor potencial ofensivo aproximam-se da descriminalização.

Palavras-chave: Lei 9.099/95; vítima; processo penal; transação; composição civil; descriminalização.

No atual contexto do direito processual penal brasileiro, os sujeitos que dele participam, ativa ou subsidiariamente, não encontram espaços ou tempos definidos e limitados.

A Constituição da República, em 1988, trouxe novos parâmetros e limites à intervenção do Estado na vida do indivíduo, especificando direitos e garantias individuais de caráter processual penal (art. 5.º). O Código de Processo Penal é de 1941, e, não obstante tenham sido projetadas, para o estatuto, muitas reformas, as alterações, no decorrer dos anos, foram específicas. Lei que cria a prisão temporária (Lei 7.960/1989), lei que regulamenta interceptação telefônica (Lei 9.296/1996), lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), lei para prevenção e repressão das organizações criminosas (Lei 9.034/1995), lei de proteção a vítimas e testemunhas (Lei 9.807/1999), lei que cria os juizados especiais criminais e, com eles, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do

processo (Lei 9.099/1995), lei que cria os juizados na Justiça Federal e oferece nova definição de infrações penais de menor potencial ofensivo (Lei 10.259/2001) deram novos contornos, elásticos, ao processo penal brasileiro.

Embora os diversos textos legislativos tenham deixado intacta a natureza pública do regramento básico da persecução penal no Brasil, ditada pela Constituição, o fato é que, hoje, a unidade sistemática do ordenamento já não existe. A inevitável conseqüência dessa desarmonia é a da diluição dos papéis representados pelos sujeitos processuais. Juiz, membro do Ministério Público e autoridade policial têm atribuições difusas na primeira fase da persecução penal, sendo comum que um deles realize atividades que estariam mais adequadas se praticadas por outro. O Ministério Público pratica atos de investigação, autorizado por leis específicas (LC 75/1993), e o próprio juiz assume posturas parciais quando interfere demasiadamente na realização de diligências antes do oferecimento da denúncia (Lei 9.034/1995). Não existe, hoje, instrumento específico para a investigação criminal.[1] Neste contexto difuso, em que posições políticas não são enfrentadas na elaboração legislativa, a vítima, ou o ofendido, também perde definição. Por vezes, é absolutamente valorizada no discurso jurídico e ideológico. Por outras, é ignorada.

Vítima e testemunha confundem-se, não há definições precisas sobre quem é uma ou outra. No que se refere à criminalidade organizada, a coletividade, ofendida, reivindica a ação do Estado, que, convocado à urgente repressão, ignora as individualidades do sujeito ativo e do sujeito passivo do crime. Ampla defesa e contraditório, garantias que privilegiam o sujeito, tornaram-se lugar-comum na argumentação jurídico-processual.

1. Vf. artigos publicados na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 19/171-178 ("Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988"), e 26/213-220 ("Sobre a posição da Polícia Judiciária na estrutura do direito processual brasileiro da atualidade"), ambos de nossa autoria, sobre a primeira fase da persecução penal.

Nem mesmo a Lei 9.099/1995, criada para privilegiar a vítima, alcança essa finalidade. Na verdade, ao invés de estimular consenso, valorizando a vítima, esta lei descriminaliza condutas, passando para a argumentação, desenvolvida na esfera administrativa da jurisdição, o papel de representar a repressão.

A assertiva a ser demonstrada neste estudo é a de que a vítima, no processo penal brasileiro, tem importância diminuta, especificamente no que se refere à propositura da ação penal. Isso não significa que o discurso jurídico despreze a necessidade de recomposição da paz social. Significa, simplesmente, que a estatalidade (oficialidade) da persecução penal, tradicional no Brasil, não cede lugar ao agir particular, nem mesmo quando a lei aplicada é a Lei 9.099/1995, cujo fundamento está, justamente, na revalorização do ofendido.

A Lei 9.099/1995 criou situação jurídica nova ao afirmar que a composição civil impede a ação penal de iniciativa privada e a ação penal condicionada à representação. A lei possibilita, também, aplicação imediata e consentida de penas restritivas de direito e multa, bem como suspensão condicional do processo.

Ainda no ano de 1995, um mês após a promulgação da lei, escrevia Luiz Flávio Gomes na nota que antecedeu seu *Suspensão condicional do processo penal*:

"Um novo modelo de Justiça Criminal será testado: a preocupação agora já não deve ser só a decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito. E a vítima, finalmente, começa a ser redescoberta, porque o novo sistema preocupou-se também com a reparação dos danos. A muitos propósitos deve servir a suspensão condicional do processo: despenalização, desburocratização, agilização da Justiça, reparação da vítima, reintegração social do acusado etc. Por isso, aguarda-se com grande expectativa o bom funcionamento do sistema. Que o 'dever-ser-normativo' encontre ressonância na realidade empírica!".[2]

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, em *Juizados especiais criminais*, afirmam:

2. Luiz Flávio Gomes. *Suspensão condicional do processo:* Lei 9.099/1995, de 26.09.1995. São Paulo: RT, 1995. Nota do autor.

"A Lei 9.099, de 26.09.1995, como se percebe, inovou profundamente nosso ordenamento jurídico-penal. Cumprindo-se uma determinação constitucional (CF, art. 98, I), foi posto em prática (se bem que ainda de modo precário, em razão da não criação formal de juizados) um novo modelo de Justiça criminal. É uma verdadeira revolução (jurídica e de mentalidade), porque se quebrou a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal. Abriu-se no campo penal um certo espaço para consenso. Ao lado do clássico princípio da verdade material, agora temos que admitir também a verdade consensuada".[3]

As inovações que a Lei 9.099/1995 produziu no sistema jurídico brasileiro extrapolam os limites do direito penal e do direito processual penal. A Lei 9.099/1995 descriminalizou condutas, oferecendo às infrações de menor potencial ofensivo respostas alternativas, de natureza administrativa e não estritamente penais.[4] A Constituição, ao estabelecer a criação de juizados especiais para infrações penais de menor potencial ofensivo, assumiu que o direito penal intervém na organização comunitária apenas quando absolutamente imprescindível.

A Lei 9.099/1995 conduziu à esfera administrativa, não jurisdicional, a atitude estatal para as infrações de ofensividade reduzida. Embora o discurso justificador da lei argumente com a necessidade de valorização da vítima no contexto penal, o que sé dá é, justamente, o contrário.

O art. 60 da Lei 9.099/1995 dispõe que o Juizado Especial será provido por juízes togados ou togados e leigos, com competência para conciliação, julgamento e execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Para a lei, são infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções e os crimes cominados com pena máxima não superior a um ano. Posteriormente, a Lei 10.259/2001, ao dispor sobre os Juizados Especiais na Justiça Federal, conside-

3. Ada Pellegrini Grinover et al. *Juizados especiais criminais*, cit., p. 38.

4. O raciocínio está em *Ação penal condenatória*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 107 et seq., de nossa autoria.

rou como de menor potencial ofensivo infrações penais cominadas com pena máxima não superior a dois anos, ou multa.

A Lei 9.099/1995 (art. 69) prevê que, em fase preliminar, conhecida a ocorrência pela autoridade (perceba-se que o texto da lei não se refere a crimes ou a infrações penais, utilizando o termo "ocorrência" para denominar o fato), não mais se instaurará inquérito para infrações de menor potencial ofensivo, devendo ser lavrado termo circunstanciado para envio ao Juizado Especial. Elimina-se a prisão em flagrante com o compromisso de comparecimento do autor do fato ao Juizado. Após, acontece a audiência preliminar, na qual poderá estar, também, responsável civil (art. 71). Na audiência, o juiz esclarecerá possibilidade de composição do dano e "aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade" (art. 72).

A composição civil produz eficácia de título executivo no juízo cível. Estando a infração penal entre aquelas para as quais a lei preveja, para a persecução, de ação de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, o acordo (composição civil) significará renúncia aos direitos de queixa ou representação.

Esta composição civil não é transação penal. Suprime do ofendido direito de iniciar ação penal ou de oferecer representação. A Lei 9.099/1995 eliminou a persecução penal por meio do acordo em matéria civil.

O direito processual penal tem se desenvolvido, na História, para aprimorar a oficialidade, o monopólio da persecução pelo Estado.[5] Os crimes perseguidos por ação do ofendido sempre tiveram importância reduzida na comunidade.

5. Gradualmente, na História, a repressão penal foi abandonando a iniciativa do ofendido para a persecução. A iniciativa de particulares para impulsionarem a jurisdição penal pode acarretar uso do Estado para proteção de interesses diversos dos da coletividade. O Ministério Público, com atribuição de promover, privativamente, a ação penal de iniciativa pública (Constituição, art. 129, I), existe para garantir e preservar igualdade e impessoalidade na repressão penal. As iniciativas privadas estão previstas para os casos em que, embora havendo interesse público, é importante valorizar o interesse privado atingido. O interesse punitivo, porém, permanece público. O ofendido, nas ações penais de iniciativa privada, age como substituto processual do Estado.

A composição civil extintiva da punibilidade penal não torna relevante o papel da vítima no processo penal. A Lei 9.099/1995, pelo contrário, descriminaliza infrações que ofendem o particular e que, por isso, tendem a se afastar da esfera de repressão penal.[6] O Estado perde interesse punitivo depois da composição civil. A lei suprime do ofendido direito de queixa e de representação[7] e impede a persecução penal, descriminalizando no momento específico, diante do caso concreto.[8] O conflito é solucionado no desvio da jurisdição, já que o Juizado Especial não é penal ou civil, especificamente, estando formado, inclusive, por conciliador leigo (art. 73, par. ún.). A mediação e a diversão são formas de descriminalização adotadas pela Lei 9.099/1995.

Os crimes perseguidos por ação penal de iniciativa privada condicionada à representação (transação é possível) estão, aos poucos, sendo transferidos à esfera civil de regulamentação. O juiz, no Juizado Criminal Especial ou em audiência preliminar no juízo comum, possibilita e apressa a reparação civil. O fato acontecido é penal e civil ao mesmo tempo. É penal porque tipificado em lei como crime, estando abstratamente na norma. E é civil porque enseja reparação. A Lei

6. É importante explicar os termos diversão e mediação. O primeiro é utilizado por José de Faria Costa, em "Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos?", Coimbra, Separata do vol. LXI (1985) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1986, p. 5, para designar "a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, em face daquele procedimento". Quanto ao segundo, afirma o autor português: "Por outro lado, frise-se que a mediação não diverge, no essencial, da diversão. Mas tem evidentemente uma especificidade. Esta se concretiza naquilo que podemos chamar de intervenção do mediador. Tal personagem, uma terceira pessoa que entra no conflito, portadora de um novo rosto, desempenhando um novo papel, vem surgir e estabelecer novas pontes de comunicação. O mediador quando resolve ou é chamado a entrar na relação locutiva (conflitual) tem a obrigação de desencadear fenômenos que devem ser de aproximação e de reconciliação. É esse o seu papel social. Por outras palavras e utilizando uma linguagem de enfoque utilitarista: deve maximizar o útil da situação mais favorável e minimizar a desvantagem da situação mais desfavorável" (op. cit., p. 6).

7. O ofendido perde o direito de queixa ou de representação no momento em que consente em ter seu dano recomposto. Não há, propriamente, renúncia.

8. Na medida em que a persecução penal não pode ser iniciada, porque esse início é vedado pela lei, não há crime.

9.099/1995 estimula a reparação. Com a composição, a conduta sai da esfera penal, em concreto. A homologação do acordo civil – único ato jurisdicional praticado – tem eficácia de título executivo civil. Por outro lado, ao processo penal é reservada a persecução exclusiva dos crimes propriamente ditos.

A vítima, com as inovações introduzidas no direito brasileiro pela Lei 9.099/1995, não obtém espaço no processo penal. O direito penal é que, voltando a uma situação repetida inúmeras vezes na História, deixa de abarcar condutas que lesam, preponderantemente, particulares.

O fato de o responsável civil dever ser convocado para comparecer à audiência preliminar (art. 72), situação nunca antes permitida em procedimento criminal, reforça a argumentação aqui desenvolvida, a de que as infrações penais de menor potencial ofensivo são descriminalizadas em concreto, no momento da audiência preliminar, com a composição civil ou com a aplicação imediata e consentida de pena (transação). O responsável civil, parte exclusivamente civil e que nenhuma interferência teria no processo penal ordinário, é admitido pela Lei 9.099/1995 como partícipe importante na conciliação.

O art. 76 da Lei 9.099/1995 estabelece, na fase preliminar e depois de regulamentar a composição civil, a propositura de imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, exclusivamente pelo Ministério Público e na hipótese de não ser devido o arquivamento. A lei não menciona o ofendido neste momento. Permitir-se ao ofendido a propositura de sanção penal – sobre a qual ele não tem direito algum – quando esvaídas as tentativas de recomposição do dano seria, além de inútil redundância, incentivo à vingança privada.[9]

9. Ada Pellegrini Grinover et al., em *Juizados especiais criminais*, cit., p. 128-129, discordam. Para os autores, a vítima pode propor aplicação imediata de pena: "A vítima, que viu frustrado o acordo civil do art. 74, quase certamente oferecerá a queixa, se nenhuma outra alternativa lhe for oferecida. Mas, se pode o mais, por que não poderia o menos? Talvez sua satisfação no âmbito penal se reduza à imposição imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, e não se vêem razões válidas para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este". Julio Fabbrini Mirabete, em *Juizados especiais criminais:* comentários, jurisprudência, legislação, cit,

A Lei 9.099/1995 possibilita à administração da Justiça brasileira a descriminalização em concreto, na medida em que não é possível forçar cumprimento de pena consentida, porém não cumprida. Em primeiro lugar, a pena aplicada sem anterior processo é inconstitucional. A Constituição, especialmente no art. 5.º, XXXIX, estabelece: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

A decisão que homologa transação não serve como título executivo penal. Não é condenatória e muito menos absolutória.[10] A restrição de direitos não pode ser convertida em privação da liberdade. A multa também não.[11]

p. 84, afirma: "Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mas somente do *jus persequendi in juditio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitindo à vítima transacionar sobre uma sanção penal". Damásio E. de Jesus, em *Lei dos juizados especiais anotada*, cit., p. 78, afirma, por sua vez, que a transação penal não se aplica quando a iniciativa da ação é do ofendido.

10. Explicam Ada Pellegrini Grinover et al., em *Juizados especiais criminais*, cit., p. 145: "A conclusão só pode ser esta: a sentença que aplica a pena, em face do consenso dos interessados, não é absolutória nem condenatória. Trata-se simplesmente de sentença homologatória de transação, que não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado), mas que compõe a controvérsia de acordo com a vontade dos partícipes, constituindo título executivo judicial. São os próprios envolvidos no conflito a ditar a solução para sua pendência, observados os parâmetros da lei". Ainda: "É exatamente o fenômeno que ocorre no campo processual civil: a sentença homologatória da transação – que ninguém classifica de condenatória ou declaratória negativa – constitui título executivo judicial (art. 584, III, CPC)". Observe-se que esse título judicial não é passível de execução forçada. Não poderá ser objeto de execução civil, até porque a Lei 9.099/1995, no art. 76, III, § 6.º, expressamente afirma que a imposição de sanção não terá efeitos civis. Nem mesmo a conversão da multa em restritiva de direitos pode acontecer. Em primeiro lugar, a conversão não encontraria guarida no consentimento. Em segundo lugar, não há parâmetros legais para a conversão.

11. Os autores de *Juizados especiais criminais*, cit., p. 32, concordam que a multa não paga pode ser exigida como dívida de valor. Por outro lado, não há como ser convertida a pena restritiva de direitos em privativa de liberdade: "De nossa parte, entendemos inaplicável ao sistema dos Juizados Especiais a previsão da conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa da liberdade. Isso porque, ainda que em tese a conversão seja possível, falta no caso previsão legal para sua realização. No sistema do Código Penal, a pena restritiva resulta de substituição da pena detentiva e, em caso de descumprimento, será convertida pelo tempo de pena privativa da liberdade aplicado na sentença. Mas no Juizado a pena restritiva é autônoma, não existindo quantidade de pena detentiva para a conversão. Embora exista quantidade de pena restritiva, não se pode estabelecer equivalência entre esta e a quantidade de pena privativa de liberdade" (p. 32, 33).

A decisão que aplica multa ou restrição de direitos não tem como ser executada no juízo penal, pois não é condenatória, e a Constituição proíbe execução de pena não aplicada após ação e processo, ambos indispensáveis ao devido processo legal (art. 5.º, LIII, LIV e LV). A decisão não será executada no juízo civil porque a Lei 9.099/1995 proíbe, expressamente, a coerção (art. 76, III, 6.º). Os arts. 84, 85 e 86 da Lei 9.099/1995 regulamentam a execução de sentença condenatória resultante de ação penal e processo, prolatada em procedimento sumaríssimo previsto para quando o acordo não tiver acontecido.

A prestação cumprida, ou não cumprida, mas resultante de acordo previsto na Lei 9.099/1995, denomina-se pena. Porém, o termo não está utilizado no seu exato sentido jurídico (conseqüência pelo ilícito praticado). A Lei 9.099/1995 denominou pena a prestação e eliminou, com isso, discussões sobre descriminalização de condutas de "menor potencial ofensivo".

A argumentação até aqui desenvolvida, demonstrando que a Lei 9.099/1995 desloca resolução dos conflitos decorrentes de infrações consideradas de potencial ofensivo para esfera civil-administrativa da realização de justiça estatal, afastando a vítima do sistema penal, é reforçada com recente introdução, no texto legal, de medida cautelar típica do direito de família. A Lei 10.455/2002 deu nova redação ao par. ún. do art. 69 da Lei 9.099/1995: "Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima". A nova medida cautelar não tem natureza processual penal, já que não se destina a garantir resultado da persecução penal ou prova produzida. A medida é estranha ao processo penal, tem natureza civil. O fato de ter sido inserida na Lei 9.099/1995 evidencia o afastamento da vítima do início e do impulso da persecução penal. Ou seja: quando se tratar de violência doméstica, a resposta estatal ainda será emitida segundo parâmetros da Lei 9.099/1995.