

ALGUMAS QUESTÕES PROCESSUAIS DEBATIDAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

HUMBERTO DALLA

*PROMOTOR DE JUSTIÇA NO RIO DE JANEIRO. PROFESSOR
TITULAR NA ESTÁCIO E ASSOCIADO NA UERJ.*

JULLIANA JARCZUN

*ADVOGADA NO RIO DE JANEIRO. ASSESSORA JURÍDICA NO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO. PROFESSORA
DE DIREITO PENAL.*

Anualmente, grande parte dos Juízes que atuam em Juizados Especiais se reúnem para formular diretrizes que permitam uma uniformização na aplicação da Lei 9.099/95, tanto na esfera civil como na esfera criminal.

Assim, em novembro de 2014 ocorreu o XXXVI FONAJE, Fórum Nacional dos Juizados Especiais, encontro de juízes de Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública, bem como dos juízes de Turmas Recursais, com o intuito de debater as questões controversas e pacificar entendimentos.

Nesse prisma, no último FONAJE, especificamente na área criminal, algumas propostas surgiram. A primeira a ser destacada refere-se à transação penal¹.

Recentemente, o STF, tratando do tema, editou a Súmula Vinculante nº 35:

¹ Enunciados do FONAJE: ENUNCIADO 2 – O Ministério Público, oferecida à representação em Juízo, poderá propor diretamente a transação penal, independentemente do comparecimento da vítima à audiência preliminar (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ES). ENUNCIADO 20 – A proposta de transação de pena restritiva de direitos é cabível, mesmo quando o tipo em abstrato só comporta pena de multa. ENUNCIADO 68 – É cabível a substituição de uma modalidade de pena restritiva de direitos por outra, aplicada em sede de transação penal, pelo juízo do conhecimento, a requerimento do interessado, ouvido o Ministério Público (XV Encontro – Florianópolis/SC). ENUNCIADO 116 – Na Transação Penal deverão ser observados os princípios da justiça restaurativa, da proporcionalidade, da dignidade, visando a efetividade e adequação (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Contudo, existiam diversos enunciados em desarmonia com o instituto da transação penal. Aquela situação clássica em que o autor do fato aceitava a proposta de transação penal, mas não cumpria, ou aceitava e não cumpria integralmente; então qual seria a solução aplicável para aquele caso: simplesmente não haveria solução como alguns doutrinadores pensavam, ou seria cabível o oferecimento da denúncia, ou ainda a instauração da execução diretamente?

A Lei nº 9.099/95, em sua aparente simplicidade, significa uma verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro, introduzindo um modelo consensual de medidas despenalizadoras, no qual se destaca o instituto da transação penal³.

A transação, como resposta penal mais eficaz, é uma transformação de penas restritivas da liberdade em penas alternativas.

No entanto, foi objeto de discussão por renomados juristas, como por exemplo, Afrânio Silva Jardim⁴, que sustentava ser a transação penal uma forma de deflagração da ação penal; quer dizer, o *Parquet* receberia o

2 TRANSAÇÃO PENAL. DESCUMPRIMENTO. PROPOSITURA. AÇÃO PENAL. A Turma, prosseguindo o julgamento, por maioria, reconheceu ser possível a propositura de ação penal quando descumpridas as condições impostas em transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995). Destacou-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema, firmando o posicionamento de que não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal, uma vez que a decisão homologatória do acordo não faz coisa julgada material. Dessa forma, diante do descumprimento das cláusulas estabelecidas na transação penal, retorna-se *ao status quo ante*, viabilizando-se, assim, ao *Parquet* a continuidade da persecução penal. Precedentes citados do STF: RE 602.072-RS, DJe 26/2/2010; do STJ: HC 188.959-DF, DJe 9/11/2011. HC 217.659-MS, Rel. originária Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 1º/3/2012.

3 KUEHNE, Maurício; FISCHER, Félix; GUARAGNI, Fábio André; JUNG, André Luiz Medeiros. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Curitiba: Juruá Editora, 1996.

4 JARDIM, Afrânio Silva. Os Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade nos Juizados Especiais Criminais. In **Revista Doutrina**, v. 2, p. 496/499, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996.

termo circunstanciado, em seguida poderia: arquivar, remeter para a delegacia, oferecer a transação penal ou, até mesmo, oferecer denúncia.

No entanto, insta esclarecer que, se ele estivesse oferecendo a transação penal isso, seria uma forma de exercício da ação penal, de maneira que a proposta de transação penal deveria obedecer a todos os requisitos previstos no art. 41 do CPP, que se aplicam à queixa e à denúncia. Entretanto, essa corrente não prevaleceu nem em sede doutrinária, e nem mesmo em sede jurisprudencial.

A corrente majoritária⁵ sempre foi no sentido de que a transação penal seria um instituto despenalizador, e não uma espécie de deflagração de ação penal resultando em uma sentença, com características específicas, dada a natureza peculiar dos Juizados Especiais.

A doutrina e a jurisprudência evoluíram juntas na ideia de que a decisão do juiz que homologa a proposta de transação formulada pelo *Parquet*, e aceita pelo réu e pelo seu defensor, é uma sentença⁶.

Alguns autores⁷, esposando entendimento diverso, entendiam tratar-se de sentença imprópria, uma sentença homologatória *sui generis*, à falta de uma denominação mais específica, *ex vi* do artigo 82 da Lei 9.099/95⁸.

Esse assunto foi uniformizado pelo FONAJE conforme se observa do Enunciado nº 79⁹, com a pretensão maior de aperfeiçoar o sistema dos Juizados Especiais Criminais.

5 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FLHO, Antonio Magalhães; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 130.

6 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "Questões Atuais sobre a Transação Penal", in **Centenário do Imortal Roberto Lyra**, organizado por Sérgio De Andréa Ferreira e Fernando Galvão De Andréa Ferreira, Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2002, p. 207/218.

7 CARVALHO, Luiz Gustavo Castanho Grandinetti de; PRADO, Geraldo. **Lei dos juizados especiais criminais: comentários e anotações**, 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

8 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "A Natureza Jurídica da Decisão proferida em sede de Transação Penal", in **Revista dos Tribunais**, volume 773. São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 2000, p. 487.

9 Enunciado 79 do Fonaje "Enunciado 79" (Substitui o Enunciado 14) - É incabível o oferecimento de denúncia após a sentença homologatória de transação penal em que não haja cláusula resolutive expressa, podendo constar da proposta que a sua homologação fica condicionada ao prévio cumprimento do avençado. O descumprimento, no caso de não homologação, poderá ensejar o prosseguimento do feito (Aprovado no XIX Encontro – Aracaju/SE).

Outra questão apresentada nesse momento é a proposta do cancelamento do Enunciado 120 do FONAJE¹⁰, segundo o qual “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos” (aprovado no XXIX FONAJE, MS, 25 a 27 de maio de 2011).

Isso é realmente uma questão delicada, uma vez que a sistemática do Juizado Criminal no aspecto da fixação de competência funciona diferentemente do cível.

Como se sabe, o CPC determina que a competência seja fixada no momento da propositura da demanda, sendo as alterações supervenientes irrelevantes, salvo as expressamente previstas na parte final do art. 87 do CPC/73, ao qual corresponde o art. 43 do CPC/2015.

No âmbito do Juizado Criminal, contudo, temos alguns complicadores, pois trabalhamos com dois tipos de ações: ação de iniciativa privada e de iniciativa pública. Na primeira, a peça exordial é apresentada diretamente pelo lesado, sendo, apenas posteriormente, examinada pelo M.P. e pelo Magistrado.

Ademais, não é incomum nos depararmos com iniciais de ação penal privada ajuizada sem termo circunstanciado ou sem registro de ocorrência, ou até mesmo sem estarem acompanhadas do TRO emitido pela Polícia Militar, o que muitas vezes acaba levando à sua inépcia, nos exatos termos do art. 41 do CPP.

Não fosse o bastante, às vezes recebemos a queixa acompanhada apenas da impressão das páginas do *facebook*, ou até mesmo de ata notarial, já usada na prática e que estará expressamente prevista no art. 384 do novo NCPC¹¹.

10 Enunciado 120 do Fonaje: “O concurso de infrações de menor potencial ofensivo não afasta a competência do Juizado Especial Criminal, ainda que o somatório das penas, em abstrato, ultrapasse dois anos.”

11 Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”.

Imagine, por exemplo, que o sujeito está em casa e recebe pelo *whatsapp* uma ofensa à sua honra; ele salva a tela do celular, vai ao cartório de títulos e documentos e diz que quer fazer ata notarial, certifica seu comparecimento exibindo a tela de seu celular para que seu conteúdo seja registrado, e instrui a ação penal privada, fazendo uma prova bastante robusta com relação àquele fato.

Portanto, no momento da propositura da ação privada, vamos enfrentar essa questão, porque inúmeras vezes no calor das emoções, o querelante coloca em concurso de infrações, a calúnia prevista no art. 138, a injúria do art. 140, e a difamação do art. 139, ambos do Código Penal.

Por vezes, tipifica, ainda na difamação qualificada, como a hipótese clássica do sujeito ofendido pelo o “*whatsapp*” e que acaba sendo exposto no grupo do qual fazem parte, por exemplo, todos os colegas de faculdade, ou os companheiros de trabalho. Assim é gerado um prejuízo maior para aquela pessoa.

E aí o juiz começa a enfrentar essa questão: qual é a alçada do Juizado Especial Criminal? Levando em consideração a tipificação feita pelo querelante, no sentido de ser uma calúnia combinada com injúria, somando-se as penas, ainda que mínimas de cada tipo, teríamos a superação do limite de dois anos.

Em outros casos, discute-se a incidência do art. 140 parágrafo 3º, nas hipóteses em que a injúria racial não é expressa, mas implícita: muitas vezes o indivíduo não xinga o outro em razão da sua raça mas age de forma a deixar implícita sua postura, por meios de expressões de duplo sentido ou mesmo gestos que, dentro de um contexto, revelam o preconceito.

Surge, então, a dúvida: a capitulação deve ser feita no *caput* ou no parágrafo 3º do art. 140?

São algumas situações que trazem bastante desconforto para nós. Isso porque, primeiro, se a competência não for do Juizado, o magistrado terá que, automaticamente remeter o procedimento ao juízo natural, no caso à Vara Criminal competente por distribuição, dando a respectiva baixa, e ao fazer isso retira-se do autor do fato uma série de benefícios que

seriam aplicáveis no Juizado Especial Criminal, tornando sua situação bem mais complicada.

A despeito desse entendimento, caso o somatório das penas ultrapasse os dois anos, entende o STF que os Juizados criminais não são competentes para julgar o fato, deixando de se tratar de infração de menor potencial ofensivo.¹²

Ademais a Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, traz em seu art. 2º, parágrafo único, que devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei nº 9.099/95, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.

Assim, não é demais reafirmar que, para fins de competência em sede de Juizado Especial Criminal, devemos analisar a capitulação de acordo com circunstâncias fáticas apresentadas no caso concreto.

Entretanto, no âmbito do cível, se analisarmos a questão à luz da teoria dos planos de asserção, o Juiz deve examinar as questões em três dimensões distintas, que jamais devem se misturar.

Assim temos o plano das questões preliminares, prejudiciais e da questão principal. Daí conclui-se que a competência é uma questão preliminar, por conseguinte um pressuposto processual, e sua natureza jurídica não se altera no processo penal, embora possa se revestir de maior relevância se estiver prevista, também na Constituição Federal.

De toda sorte, como pressuposto processual que é, deve ser definida desde o primeiro momento, não obstante as consequências que podem daí advir.

Ocorre que, como vimos acima, na prática, a adoção desse entendimento em termos absolutos pode levar a um evidente prejuízo ao autor do

¹² “Habeas Corpus. Incompetência do Juizado Especial Criminal. Havendo concurso de infrações penais, que isoladamente sejam consideradas de menor potencial ofensivo, deixam de sê-lo, levando em consideração, em abstrato, a soma das penas ou o acréscimo, em virtude desse concurso. Habeas Corpus deferido, para declarar a incompetência do Juizado Especial Criminal, e determinar que os autos sejam encaminhados à Justiça Estadual comum”. (HC 80811/PR, Rel. Min Moreira Alves, j. 8.5.2001, 1ª Turma).

fato, pois, justamente, do exame da incidência ou não daquela agravante ou da qualificadora, daquela majorante, ou ainda da causa de aumento de pena, vai depender, em última análise, a fixação da competência do JECRIM.

Com efeito, todos os que operam na justiça especializada sabem que somente na Audiência de Instrução e Julgamento é que aquele juiz vai efetivamente conseguir colher as provas necessárias para avaliar a ocorrência, ou não, das causas que podem levar a uma tal majoração da pena, a ponto de afastar a competência do JECRIM.

Outro bom exemplo são os constantes conflitos envolvendo guardas municipais e camelôs. Muitas vezes na tipificação inicialmente indicada pela autoridade policial, vemos menção aos crimes de desacato, desobediência e resistências muitas vezes em cúmulo material (arts. 329, 330 e 331, n/f do art. 69, todos do CP).

Se formos aplicar a teoria da asserção, isso seria suficiente para, desde o primeiro momento, motivar a remessa dos autos à justiça comum.

Contudo, logo na audiência preliminar, e em alguns casos, com a juntada de prova documental suplementar e declarações de testemunhas, verifica-se que uma ou duas das figuras inicialmente indicadas não se verificaram.

Em outros casos, a prova revela que houve, também, abuso de autoridade, o que vai gerar novo procedimento a ser apensado ao primeiro, com inversão de polos, ou seja, aquele que é “vítima” no primeiro se transforma em autor do fato no segundo.

Não custa lembrar que, apesar da gravidade e da potencialidade lesiva, ao menos em tese, algumas figuras do abuso de autoridade são da competência do JECRIM, na forma do art. 3º da Lei nº 4.898/68.

Em outros casos, temos o fenômeno da absorção, segundo o qual a conduta mais grave absorve a mais leve. É bastante comum, na realidade dos Juizados, observarmos que a resistência absorve a desobediência ou mesmo o desacato.

Então, afirmamos que a ideia do Enunciado 120, não obstante críticas e discussões e que nós tenhamos hoje, é bastante salutar, porque se naquele primeiro momento existe ainda uma dúvida razoável sobre a incidência ou não daquela qualificadora ou agravante, somos da opinião de que é mais seguro e efetivo deixar o processo no Juizado Especial, até mesmo em razão da competência constitucional dos Juizados, prevista no art. 98 da Carta de 1988.

Contudo, podem subsistir efeitos colaterais. Desse modo, forçoso concluir que, ou o magistrado ao remeter o procedimento para a Justiça comum, retira do autor do fato uma série de garantias, uma série de benesses que a Lei 9.099/95 lhe concede, ou mantém o procedimento no Juizado Especial e corre o risco de, após a instrução, verificar que a pena mínima aplicável é superior a dois anos, em razão dos aumentos legalmente previstos para aquela hipótese.

Nessa seara, digamos que todos os benefícios foram recusados e o juiz se vê forçado a enfrentar o mérito, proferindo sentença. Poderia o magistrado proferir uma sentença condenando aquele autor do fato a uma pena superior a 2 anos?

Se utilizarmos, por empréstimo, o entendimento dos Juizados cíveis, no que concerne às astreintes¹³, poderíamos responder afirmativamente. Assim, se houve alteração superveniente na alçada, isso não retira a competência do JEC, firmada no momento da propositura da demanda.

Contudo, na seara criminal, surge um fator complicador: como já afirmado, os Juizados têm sede constitucional, e a lei definidora das infrações de menor potencial ofensivo é a Lei nº 9.099/95. O art. 61 dessa Lei foi alterado pela Lei nº 10.259/01, a fim de cristalizar o conceito de menor potencial ofensivo, devendo a norma ser interpretada, sempre, em favor do autor do fato, não sendo possível a analogia contra o réu.

13 Enunciado Cível - 144 do Fonaje “ENUNCIADO 144 (Substitui o Enunciado 132) – A multa cominatória não fica limitada ao valor de 40 salários mínimos, embora deva ser razoavelmente fixada pelo Juiz, obedecendo ao valor da obrigação principal, mais perdas e danos, atendidas as condições econômicas do devedor (XXVIII Encontro – Salvador/BA).

Por fim, acrescentamos que o FONAJE possui papel fundamental para aperfeiçoar o sistema de Juizados Especiais e promover a atualização de seus Membros pelo intercâmbio de conhecimentos e de experiências, a fim de uniformizar métodos de trabalhos, resolver dúvidas quanto aos procedimentos, editar enunciados, e manter intercâmbio, dentro dos limites de sua finalidade, uma vez que não existem, na seara estadual, os órgãos de uniformização que existem nos Juizados Federais.

Por vezes, há questões que merecem tratamento diferenciado no sistema especializado. Vejamos a questão da prescrição pela pena em concreto. Como se sabe, há súmula de jurisprudência predominante no STJ no sentido de restringir a hipótese.

Já o FONAJE tem mantido íntegro o Enunciado nº 75¹⁴, em sentido contrário ao do STJ; valendo ressaltar, ainda, que das decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais não cabe recurso especial para o STJ, mas apenas recurso extraordinário para o egrégio STF, o que acaba, na prática, por deixar o sistema especializado “imune” ao entendimento do Tribunal da Cidadania.

E, a bem da verdade, com as devidas vênias, quer me parecer que na realidade dos Juizados, a Súmula do STJ deve merecer temperamentos, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da celeridade.

Mais uma questão interessante e de grande aplicação prática na realidade dos Juizados diz respeito à extensão do princípio da consensualidade.

Não estamos, aqui nos referindo àquelas infrações nas quais pode a vítima exercer papel de destaque na continuidade ou não do feito, como no caso das ações penais públicas condicionadas à representação, ou das ações de iniciativa privada.

É frequente nos depararmos com infrações que devem ser processadas por meio de ação penal pública incondicionada, mas que revelam

14 ENUNCIADO 75 – É possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado pela projeção da pena a ser aplicada ao caso concreto (XVII Encontro – Curitiba/PR).

espaço para um acordo. Muitas vezes, os próprios interessados (autor do fato e vítima), na audiência preliminar, manifestam desejo, perante o conciliador, de celebrar acordo.

Em outros casos, percebemos que o conflito surgiu de forma inerente a um vínculo duradouro que envolve os interessados (membros da mesma família, ex-companheiros, vizinhos, colegas de trabalho, etc.). Nesses casos, em regra, sugerimos o encaminhamento daquelas pessoas à mediação, na forma preconizada pelas Resoluções nº 125/2010 do CNJ, e 118/2014 do CNMP.

Vale a pena ressaltar que há importante referência ao tema no Projeto do Código de Processo Penal.

Com efeito, o Projeto de Lei do Senado nº 156/09 trata do procedimento sumaríssimo nos artigos 273 a 301.

Tal procedimento vai abranger as atividades realizadas hoje pelos Juizados Especiais Criminais, criados pela Lei nº 9.099/95.

Na exposição de motivos, a Comissão assim se manifesta sobre a matéria:

“O procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais é incorporado à legislação codificada, facilitando a sua compreensão e interpretação no sistema, mantendo-se as suas linhas gerais, com ligeiras adaptações às novas formas de conciliação e de recomposição civil dos danos.”

Nessa linha de raciocínio, não custa lembrar que a Carta de 1988, no art. 98, inciso I, menciona que compete aos Juizados Especiais a conciliação, o julgamento e a execução das causas de menor complexidade e das infrações de menor potencial ofensivo.

E, frise-se, o termo “conciliação” é empregado antes de “julgamento”, dando a nítida impressão que a missão maior dos juizados é a pacificação e não, a imposição de uma decisão.

Fixada essa premissa, importante destacar o real significado do termo conciliar.

Como define, precisamente, Eligio Resta¹⁵:

“a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente.”

A real conciliação traz ínsita a noção de pacificação. É algo bem diverso da simples atividade de compor monetariamente a disputa, chegando a um valor que, se não agrada plenamente os interessados, mostra-se uma solução atrativa, diante da perspectiva de um processo longo, complexo e cheio de incertezas.

A atual sistemática dos Juizados Especiais não traz um mecanismo apto a propiciar essa verdadeira conciliação. Isso só deve ocorrer quando estiver estruturada uma justiça restaurativa, como mencionaremos a seguir.

Quer nos parecer que o momento atual representa uma transição. A chamada “justiça consensual” não é ainda o ponto final. É, em verdade, o meio do caminho entre a “justiça tradicional” e a “justiça restaurativa”.

E também não se afirme que cada uma dessas etapas evolutórias exclui a precedente. Elas devem coexistir e, por vezes, ser aplicadas concomitantemente¹⁶.

Nesse sentido, de se elogiar a iniciativa constante no artigo 46, parágrafo 2º do Projeto.

Por esse dispositivo, em se tratando de crime contra o patrimônio, praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, dirigido contra bens

15 RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). **O Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p. 119.

16 Nesse sentido o excepcional texto produzido por Cláudia Cruz Santos, Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, fruto de sua exposição no Seminário Internacional do IBCCRIM, realizado em São Paulo, no dia 28 de agosto de 2009, e gentilmente encaminhado pela autora por intermédio do Dr. Cláudio Bidino, mestrando junto àquela Universidade.

jurídicos do particular, e não havendo maior expressão econômica na infração, é possível a conciliação entre autor do fato e lesado, desde que comprovada em juízo a recomposição civil do dano, o que acarretará a extinção da punibilidade.

Talvez seja uma alternativa interessante ao simples reconhecimento indiscriminado das teorias que justificam o chamado “delito-bagatela”, e que, embora prestigiadas inclusive pelo Egrégio Pretório Excelso¹⁷, não geram a pacificação do conflito.

Especificamente quanto à composição civil, dispõe o artigo 289 do Projeto do CPP:

“Art. 289. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

§1º Tratando-se de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de representação.

§2º Nas condições do parágrafo anterior, no caso de acordo no curso do processo, o juiz julgará extinta a punibilidade, desde que comprovada a efetiva recomposição dos danos.”

Apesar da clareza do dispositivo, algumas situações que usualmente ocorrem nos Juizados restaram não contempladas.

¹⁷ “Princípio da Insignificância e Concessão de Ofício de HC. Princípio da insignificância, como fator de descaracterização material da própria atipicidade penal, constitui, por si só, motivo bastante para a concessão de ofício da ordem de habeas corpus. Com base nesse entendimento, a Turma deferiu, de ofício, habeas corpus para determinar a extinção definitiva do procedimento penal instaurado contra o paciente, invalidando-se todos os atos processuais, desde a denúncia, inclusive, até a condenação eventualmente já imposta. Registrou-se que, embora o tema relativo ao princípio da insignificância não tivesse sido examinado pelo STJ, no caso, cuidar-se-ia de furto de uma folha de cheque (CP, art. 157, caput) na quantia de R\$ 80,00, valor esse que se ajustaria ao critério de aplicabilidade desse princípio — assentado por esta Corte em vários precedentes —, o que descaracterizaria, no plano material, a própria tipicidade penal”. HC 97836/RS, rel. Min. Celso de Mello, 19.5.2009. (Informativo nº 547, disponível no sítio <http://www.stf.jus.br>, acesso em 28.10.09).

Por exemplo: o que fazer se o lesado deseja fazer um acordo tão somente para encerrar o procedimento criminal, mas deixa claro que quer resguardar uma eventual e futura pretensão de índole exclusivamente cível?

Pode parecer uma contradição, num primeiro momento.

Mas basta pensar no caso do sujeito que foi atropelado e ainda está em processo de recuperação. Nesse momento, ele não tem ainda condições de definir, com precisão, a extensão de seu dano, por quanto tempo ainda perdurará seu tratamento, quantas sessões de fisioterapia ainda lhe restam, etc.

Poderia ele fazer um acordo cível relativo aos seus custos até aquele momento, em sede de JECRIM e, futuramente, se for o caso, ingressar em um Juizado Cível ou numa Vara Cível, dependendo do valor, visando a ressarcimento pelas despesas posteriores?

Em outras palavras, é cabível o acordo cível com quitação parcial?

Outra hipótese que não fica clara: é possível retirar a representação ou não ofertar a representação e ainda assim exercer pretensão no juízo cível?

Isso é razoavelmente comum na realidade dos Juizados.

Figure-se como exemplo o caso da mãe de família que vai ao mercado fazer compras e é “atropelada” por um funcionário que conduzia o carrinho com as mercadorias. Ela não deseja que o funcionário venha a responder um processo criminal, (e sabe que ele não tem como ressarcir-la) apesar de seu atuar culposos. Contudo, quer pleitear uma indenização do mercado capaz de cobrir suas despesas médicas e hospitalares.

Em ambas as situações formuladas, na prática, temos nos manifestado pela possibilidade jurídica das pretensões formuladas. Se há acordo entre os envolvidos, parece-me que não há óbice nem à quitação parcial e nem à retirada da representação com resguardo de futura pretensão cível indenizatória.

Contudo, repita-se, é preciso que fique claro na audiência preliminar essa pretensão e que haja consenso. Caso contrário, a hipótese é de se prosseguir, mantendo-se a representação.

De qualquer sorte, seria interessante que o texto do Projeto fizesse expressamente essas ressalvas.

Outras questões já verificadas na prática e que foram objeto de intensos debates até que se alcançasse a pacificação na jurisprudência, também poderiam ser contempladas no projeto.

Isso não só esparcaria qualquer dúvida ou eventual “virada” na jurisprudência, mas também serviria para prestigiar o esforço dos juízes que vêm se reunindo anualmente no intuito de eliminar os pontos de tensão na Lei dos Juizados.

Entre essas questões, podemos citar a não limitação dos termos do acordo cível. Imagine-se, por exemplo, que na audiência preliminar, a vítima solicite, a título de composição de danos, valor superior a 60 vezes o salário mínimo.

Ou ainda que, numa questão de família, em que o marido se viu agredido pela esposa, eles resolvam se separar e queiram, na conciliação, dispor sobre algumas cláusulas que deverão ser apreciadas no juízo de família.

Ou ainda, num exemplo mais radical. Pense-se na prescrição da pretensão punitiva, já consumada, mas ainda assim os envolvidos resolvem acordar como forma de pôr fim não só àquele litígio mas, principalmente, no afã de prevenir e evitar futuros confrontos.

Nessas três hipóteses¹⁸, a jurisprudência vem se inclinando no sentido de se prestigiar o Princípio da Consensualidade, em detrimento da aplica-

18 Enunciado 37 - O acordo civil de que trata o art. 74 da Lei nº 9.099/1995 poderá versar sobre qualquer valor ou matéria (Nova Redação aprovada no XXI Encontro – Vitória/ES). Enunciado 74 (substitui o Enunciado 69) - A prescrição e a decadência não impedem a homologação da composição civil (Aprovado no XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ). Enunciado 89 (Substitui o Enunciado 36) - Havendo possibilidade de solução de litígio de qualquer valor ou matéria subjacente à questão penal, o acordo poderá ser reduzido a termo no Juizado Especial Criminal e encaminhado ao juízo competente (Aprovado no XXI Encontro - Vitória/ES). Fonte: <http://www.fonaje.org.br>. Acesso em 18 de outubro de 2009.

ção do Princípio da Legalidade estrita, atendendo-se aos princípios do artigo 98, inciso I do Texto Maior.

Queremos registrar, contudo, nossa discordância quanto a esta última hipótese. Temos sustentado que o esforço para a composição cível no âmbito dos Juizados Criminais é uma expressão dos Princípios da Efetividade, do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo.

Contudo, incomoda-nos bastante que essa conciliação possa ser feita em hipóteses nas quais a ação penal não poderia ser deflagrada.

Se já está consumada a prescrição, se o fato é atípico, se não está configurada a justa causa ou mesmo se já há causa de extinção da punibilidade, não me parece adequado estender os limites do juízo criminal para atender aos fins puramente patrimoniais. Ainda que a conciliação não envolva pecúnia, estamos em que não deve haver o agigantamento do juizado, ainda que sob nobres pretextos.

Vistas essas questões, gostaria, agora de chamar a atenção para uma outra dimensão da composição civil. Refiro-me à limitação temporal.

Dispõem os artigos 290 e 292 do Projeto.

“Art. 290. Não havendo conciliação a respeito dos danos civis, será dada imediatamente a vítima a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não-oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei. (...)

Art. 292. Quando não houver composição dos danos civis ou transação penal, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.”

Aqui dois pontos merecem ser ressaltados.

Primeiramente, não me parece razoável aguardar o término do prazo para representação após a audiência preliminar, salvo se essa for a vontade expressa da vítima.

É muito comum, no dia a dia, que o termo circunstanciado seja lavrado na Delegacia e enviado rapidamente ao Juizado, muitas vezes em 30 ou 40 dias. Dependendo do fluxo de processos e da disponibilidade, é factível que essa audiência seja realizada em mais 15 ou trinta dias.

Em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, há interligação entre o sistema do JECRIM e o das chamadas “Delegacias Legais”, de forma que quando o fato é registrado, já é gerada a data da audiência preliminar e os envolvidos já deixam a unidade policial cientes dessa data, o que evita uma delonga desnecessária ou mais uma diligência intimatória.

Então temos diversos casos nos quais, encerrada a audiência preliminar, restam ainda três ou quatro meses para se esgotar o prazo decadencial para a oferta da representação e a vítima não compareceu ou não se disse certa de querer representar na audiência preliminar.

Por vezes já representou em sede policial, mas não compareceu à preliminar, ou mesmo compareceu e disse estar propensa a pensar num acordo, embora não tenha manifestado desistência da representação.

Nesse sentido, em homenagem ao Princípio da Duração Razoável do Processo, fazemos as seguintes sugestões.

a) Em sede de JECRIM a representação deve ser necessariamente ratificada na audiência preliminar; não deve bastar a simples comunicação do fato delituoso à autoridade policial ou mesmo a representação em sede distrital; deve ser manifestada, formalmente, a vontade de representar na audiência preliminar e isto só deve ocorrer após as tentativas de composição cível.

b) A ausência injustificada da vítima à preliminar deve levar ao arquivamento. No entanto, esse arquivamento não deve ser imediato, pois é comum a hipótese em que a vítima não comparece e, duas semanas de-

pois, vai ao JECRIM, dizendo que se confundiu quanto à data, mas que está certa de que deseja representar.

c) O Projeto, a nosso sentir, deve fixar um prazo decadencial contado a partir da audiência preliminar para que a vítima ou justifique sua ausência, ou represente ou faça ao juízo o requerimento que entender pertinente.

Nesse sentido, deve-se observar a interessante inovação que consta do artigo 46, parágrafo 3º do Projeto no sentido de que, concluídas as investigações, nas hipóteses de ação penal pública condicionada à representação da vítima, esta deverá ser intimada para ratificar a representação, sob pena de decadência.

Ultrapassada essa questão, chegamos ao segundo ponto. E se o desejo de acordo só se concretiza após o encerramento da fase preliminar? E se o Ministério Público já ofereceu a Denúncia ou mesmo se a Denúncia já foi recebida na AIJ? Poderia a vítima desistir ou retirar a representação? Poderia ela aceitar a oferta de acordo cível proposto pelo autor do fato?

O entendimento majoritário¹⁹ tem sido no sentido de que o momento do recebimento da denúncia encerra a possibilidade conciliatória.

Nessa mesma linha, se a vítima não comparece à AIJ, os autos são arquivados por desinteresse ou retratação tácita da representação.

Contudo, o legislador deve se posicionar mais especificamente sobre a questão.

Tendo em vista o Princípio da Consensualidade que permeia toda a sistemática dos Juizados, não me parece absurdo, por exemplo, que, até mesmo após a sentença, possam os envolvidos chegar a um acordo no sentido de pacificar o conflito e este acordo retira a justa causa para o prosseguimento do feito na instância recursal.

De se referir, novamente, o artigo 46, parágrafo 2º do Projeto, que admite a conciliação, *“ainda que já proposta a ação”*.

19 FONAJE: Enunciado 35 - Até o recebimento da denúncia é possível declarar a extinção da punibilidade do autor do fato pela renúncia expressa da vítima ao direito de representação.

É preciso lembrar, a todo momento, que a finalidade máxima do Juizado é pacificar e não julgar, o que pode ser claramente expressado na opção prioritária pelo acordo, feita pelo Texto Maior, no artigo 98, inciso I.

Nesse sentido, louvável também a inserção do parágrafo 3º ao art. 296.

§3º Nas infrações penais em que as consequências do fato sejam de menor repercussão social, o juiz, à vista da efetiva recomposição do dano e conciliação entre autor e vítima, poderá julgar extinta a punibilidade, quando a continuação do processo e a imposição da sanção penal puderem causar mais transtornos àqueles diretamente envolvidos no conflito.

Trata-se, na verdade, de acolher no texto uma tendência já consolidada²⁰ pela maioria dos Juizados.

É comum enfrentar questões nos Juizados em que a potencialidade lesiva é mínima ou imperceptível aos olhos da sociedade. Não obstante, o texto da lei considera tal infração como passível de ação pública incondicionada. Nesses casos, a manifestação de vontade da vítima passa a ser irrelevante.

Pense-se, por exemplo, nos casos dos crimes de violação de correspondência (art. 151 do CP) e de invasão de domicílio (art. 150 do CP); ou nas contravenções penais de perturbação do sossego (arts 42 e 65 da LCP) e importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da LCP).

Se em todos esses casos houver consenso entre lesado e autor do fato no sentido de pôr termo ao conflito, não parece razoável o prosseguimento. Necessário aqui trabalhar com um conceito mais amplo, de base constitucional, da justa causa, como propõe Luis Gustavo Grandinetti²¹.

20 FONAJE: Enunciado 99 - Nas infrações penais em que haja vítima determinada, em caso de desinteresse desta ou de composição civil, deixa de existir justa causa para ação penal (Nova redação, aprovada no XXIII Encontro – Boa Vista/RR).

21 CARVALHO, Luis Gustavo Castanho Grandinetti de (org.) **Justa Causa Penal Constitucional**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

É preciso, no entanto, definir se tal hipótese será genérica, de aplicação ampla, ou se haverá limites. Cito como exemplo os casos de desacato e desobediência (arts. 330 e 331 do CP).

Em muitos juizados, não havendo maior potencialidade lesiva, ou mesmo se houve um pequeno entrevero sem maiores consequências, permite-se a composição cível mediante pedido de desculpas em audiência preliminar.

É preciso que o promotor e o juiz sejam cautelosos nessas hipóteses a fim de não abrir uma brecha e fomentar a corrupção dentro do juizado. É preciso prudência para distinguir aquela hipótese em que os dois envolvidos se excederam, mas dentro de certos limites, da outra em que realmente houve um abuso e a não continuação do prosseguimento pode dar azo ao pagamento de propina indireta e, o que é pior, chancelada por um ato judicial, no caso de uma indenização descabida.

Nesse contexto, consideramos mais apropriado impedir qualquer tentativa de acordo em infrações que envolvem, de uma outra maneira, funcionários públicos no exercício de sua função. Se o promotor estiver convencido de que a questão está resolvida, de que houve a pacificação do conflito, e de que é desnecessário ou inútil deflagrar a ação penal, deve promover o arquivamento por ausência de justa causa (art. 37 c/c 255, inciso II do Projeto).

Feitos todos esses registros da amplitude da composição civil no âmbito dos juizados, é preciso focar a hipótese na qual o consenso é forçado, direta ou indiretamente.

Inicialmente, faço referência à forte doutrina²² no sentido da inadequação da utilização do espaço da justiça criminal para fins puramente civis.

22 Entre outros: LOPES JR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 01/150. PRADO, Geraldo. **Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 173/221. CARVALHO, Salo de. "Considerações sobre as incongruências da Justiça Penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista". In: **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 129-160.

Não obstante o brilhantismo desses autores, estamos em que é necessário identificar uma solução mediana, capaz de atender aos anseios dos envolvidos, mas respeitando os limites de um juízo criminal.

Nesse sentido, já há tempos temos manifestado opinião no sentido de que deveria haver no Projeto dispositivo capaz de permitir ao Juiz, em casos excepcionais, de forma fundamentada, mediante provocação do Ministério Público, recusar a homologação do acordo civil ou mesmo desconsiderar a manifestação de vontade da vítima no sentido de não querer o prosseguimento do feito, mediante a retirada da representação.

Já presenciamos alguns casos em que a vítima, na audiência preliminar, diz que deseja “desistir” e posteriormente retorna ao Juizado afirmando que só manifestou tal vontade por se sentir temerosa, mas que não deseja oficializar aquela opinião.

Com frequência somos procurados por conciliadores cômicos de seus deveres que nos dizem, após a audiência preliminar, que perceberam, com sua sensibilidade, que a vítima estava com medo de seu agressor, embora em nenhum momento tenha verbalizado isso.

Em outros, a vítima desiste, mas afirma que está tomando tal atitude por não crer numa punição ou por saber que o procedimento redundará em “uma cesta básica”.

São casos típicos de uma conciliação “mascarada”. Em outros casos, percebe-se que a supremacia do poder econômico é capaz de viabilizar a impunidade.

Lembro-me do caso de um jovem, com diversas passagens pelo Juizado, inclusive com uma condenação que, já na AIJ, antes do recebimento da denúncia por mais um caso de agressão, ofertou à vítima, uma pessoa mais humilde, uma indenização civil da ordem de 60 salários mínimos, o que foi prontamente aceito e levou à extinção do feito.

Estava claro que a vítima queria o prosseguimento, mas por necessitar muito daquele dinheiro e por saber que um processo no âmbito cível demoraria anos até que a execução se ultimasse, preferiu colocar um preço na humilhação sofrida.

Deve ser amadurecida a redação de um dispositivo permitindo ao juiz certa dose de discricionariedade há homologação ou não do acordo.

Em outras palavras, o Princípio da Consensualidade é amplo, mas encontra limites, como qualquer outro. É possível e plenamente factível a hipótese na qual deva ser ponderado com os demais.

Bem, já é hora de encerrar. Essas foram algumas das muitas questões que a prática nos Juizados revela. Esperamos ter contribuído, de alguma forma, para o debate e nos colocamos à disposição para as dúvidas e questionamentos que possam surgir.

Muito obrigado a todos pela atenção. ◆