

**A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO NOS
JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS**

AUTOR: VICTOR CORRÊA DE OLIVEIRA
Promotor de Justiça

11º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

GOIÁS - SETEMBRO DE 1996

SUMÁRIO

I - INTRODUÇÃO.....	fl.
II - AÇÃO PENAL, PROCESSO E PROCEDIMENTO.....	fl.
III - AÇÃO PENAL, PROCESSO E PROCEDIMENTO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	fl.
IV - MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO PENAL.....	fl.
V - MINISTÉRIO PÚBLICO E JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS.....	fl.
VI - CONCLUSÕES.....	fl.
VII - BIBLIOGRAFIA.....	fl.

I - INTRODUÇÃO

Pretende-se neste trabalho discutir a intervenção do Ministério Público por via de seu órgão de execução de primeiro grau no Juiz do Especial Criminal criado e regulado pela Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, que após a "*vacatio legis*" de sessenta dias entrou em vigor, se encontrando hoje em aplicação e objeto de inúmeros e mais variados debates.

Aqui, buscar-se-á a análise não em sentido amplo e abrangente de todo o exercício da função e papel ministerial, sob todos os aspectos, no deslinde das ações penais cujos procedimentos foram modificados pela referida lei em virtude da natureza ofensiva das infrações penais mas se restringir-se-á ao seu nascedouro, ao seu início, à instauração do procedimento inovador legalmente previsto que será instaurado frente a ocorrência concreta do fato jurídico de ordem penal.

Como essa Lei dos Juizados Especiais quando trata dos Juizados Especiais criminais, no Capítulo III, a partir do art. 60, estabelece que tais juizados tem competência para conciliar, julgar e promover a execução das infrações penais de menor poder ofensivo e o será promovido por via de um processo que deverá se orientar por determinados critérios, o que significa dizer mediante a instauração de um processo penal, é fundamental que à luz da atribuição constitucional do Ministério Público e de sua regulamentação infra-constitucional se perquirir a constitucionalidade de suas disposições, especialmente nos seus artigos 69 e 76, ou que se lhe dê uma interpretação que não fira os preceitos constitucionais pertinentes bem como se harmonize com todo o ordenamento jurídico de caráter processual penal.

A Lei n. 9.099/95 é indubitavelmente de natureza processual mas a obstinada busca da celeridade à aplicação da Justiça trouxe em seu seio preceitos de ordem penal, material, que representam sensíveis mudanças na forma de encarar e reprimir diversas condutas previstas como infrações penais; seria, no dizer de Afrânio Silva Jardim, a "*descriminalização*", a despenalização, dessas condutas por meio do processo e não do Direito Penal. No entanto, eu diria mais; uma vez que o Estado brasileiro evidentemente não se interessa e não busca meios de administrativamente fornecer condições para que a justiça possa funcionar operacionalmente em sua plenitude e responda com a prestação jurisdicional que dela se espera, estabelecendo prioridades outras do que o efetivo, eficaz e correto funcionamento da justiça, busca soluções em ordenamentos jurídicos alienígenas muitas vezes totalmente dissociados do nosso ou com realidades sociais e culturais completamente divorciadas da nossa.

Entretanto, se esse é o caminho, talvez o único em face da realidade social e política de nosso país, sendo utopia uma Justiça digna, moderna e suficiente aparelhada à semelhança do mundo privado ou, no mínimo, de alguns setores públicos que merecem

maiores atenções do Estado, há que se trabalhar com os meios que se tem que são a compreensão, adaptação e interpretação doutrinárias e jurisprudenciais da nova lei, havendo que harmonizá-la com as demais leis e superar-se os aparentes conflitos que surjam e estão surgindo.

Porém, uma coisa é integrá-la a todo o sistema jurídico infra-constitucional e outra colocá-la sob a égide das disposições constitucionais. Nesse sentido, o primeiro passo é se detectar essas eventuais dicotomias entre a lei e a Constituição para depois expurgá-las, ou por meio de modificação em seu texto, que seria recurso mais complexo por depender inexoravelmente do processo legislativo que além de moroso e intrincado é na sua essência político, ou por via de uma exegese estritamente legal-constitucional que indique a forma com que deve na prática ser aplicada, principalmente por essencialmente tratar-se de norma de natureza processual, o que facilitaria sobremaneira como conduzi-la e agir na sua aplicação.

Portanto, se pretende discorrer no sentido de apontar uma dessas inconstitucionalidades, apenas uma pois que dizem os mais abalisados doutrinadores, vide J.J. Calmon de Passos, são inúmeras, e as que basicamente interessam aos órgãos do "Parquet" são as que se referem à sua atuação funcional direta, e a que se refere à forma em que é chamado a intervir nos Juizados Especiais Criminais o Ministério Público, a qual contraria a primeira de suas funções constitucionais que é em caráter de exclusividade promover a ação penal, é a que será objeto de análise e discussão e, afinal, proposta de possível solução.

II - AÇÃO PENAL, PROCESSO E PROCEDIMENTO

Na precisa lição de ROBERTO LYRA, "A toda infração penal enquanto não se extinguir a punibilidade, corresponde ação penal. É ela uma consequência necessária do crime, cumprindo-lhe, na expressão de LUCCHINI, "coordenar a lei abstrata e o fato concreto; a lei repressora, incriminando o fato, estabelece a relação ideal entre o crime e a pena; a ação penal, dirigida pela lei de processo, estabelece a relação real entre a incriminação legal e a punição do culpado".

No dizer de WALTER P. ACOSTA, "proceder em juízo contra o autor de uma infração, para puni-lo é, em regra, um atributo do Estado, mas a energia propulsora desse procedimento constitui um direito de que não é titular sempre a mesma entidade. É a preponderância do bem jurídico protegido pelas leis penais que aponta o "titular" da ação penal, isto é, aquele a quem compete a iniciativa do procedimento para apurar a infração e punir o infrator".

Assim sendo, ocorrendo o fenômeno jurídico de natureza penal, o fato delituoso, surge a necessidade de que seu causador, o autor, seja punido fruto de um direito

autônomo independente da punição, de seu grau e de sua realização, e que abstratamente investe a sociedade e seus integrantes para a garantia de seus bens jurídicos por meio da tutela jurisdicional, o qual, no entanto, só pode ser exercido por meio do Estado que os representa está investido do poder-dever de fazê-lo. A ação penal é pois um direito público subjetivo com existência autônoma e independente e que se concretiza perante o surgimento do fato de natureza penal que lesa um bem juridicamente protegido pelo direito objetivo penal através de uma sanção que por ela será perseguida com o fim de punição e que só poderá ser exercida sob os dois aspectos, tanto o da perseguição quanto o da aplicação da sanção, pelo Estado.

Apesar disso, esse poder-dever não é ilimitado e, nas precisas palavras de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "embora o Estado detenha o direito de punir, não pode fazê-lo valer com o uso direto da força. Pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual, ele se submete ao império da lei, autolimitando o seu poder repressivo e assegurando, para tranquilidade de todos, a aplicação da lei ao caso concreto, por meio de formalidades e através, também, dos órgãos jurisdicionais. Deste modo, a pena somente pode ser aplicada após a comprovação da responsabilidade do infrator (através do processo) e mediante decisão do órgão jurisdicional.

Assim, cabe ao Estado-Administração investigar o fato infringente da norma e quem foi seu ator, através de órgãos próprios (Polícia Judiciária), para, em seguida, através de outro órgão (Ministério Público), levar tal fato ao conhecimento do Juiz, a fim de que este, comprovada a responsabilidade do infrator, lhe aplique a "santio juris".

Traçada as linhas básicas que definem e caracterizam a ação penal, podemos preenchê-las pelo "processo", ou seja, o processo é a materialização da ação penal e que pela cátedra de MANZINI é "el conjunto de los actos concretos previstos y regulados en abstrato por el derecho procesal, cumplidos por sujetos públicos o privados, competente o autorizados, a los fines del ejercicio de la jurisdicción penal, en orden a la pretensión punitiva hecha valer mediante la acción o en orden a otra cuestión legítimamente presentada al juez penal constituye la actividad judicial progresiva que es el proceso penal (vease vol. IV)".

É pois o processo penal a concretização e realização da ação penal, a forma palpável de que dispõe o Estado para buscar a punição do autor da infração penal. Pode-se afirmar que o processo é o instrumento da ação penal "a serviço da paz social", e, consequentemente, da própria aplicação da justiça, isto é, conforme CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, ADA PELLEGRINI GRINOVER e ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, a instrumentalidade do processo "é aquele 'aspecto positivo' da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com realce à necessidade de predispor-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais,

políticos e jurídicos. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa".

Nesse sentido, no processo como instrumento da ação e da realização da paz social e da justiça, há que se ressaltar que para que se possa atingir esse objetivo não se pode ter o processo como fim mas apenas meio, não se podendo ter ele como um fim em si mesmo, ou seja, não se pode nem deve desviar de sua finalidade pelo excesso de rigorismo e formalismo mas da mesma também pode-se deixar que tal aconteça pelo abuso da informalidade não atendo-se a um mínimo indispensável à garantia da legalidade, especialmente constitucional, evitando que tais desvios, tanto do excesso quanto da falta de formalidades essenciais, possam contribuir para a constituição ou perda de direito, pois que ao buscar o jus puniendi visa-se a garantir a segurança nas relações entre os indivíduos que integram o grupo social. O processo penal não pode nunca ser fonte do direito objetivo penal mas apenas e tão somente garantir, como instrumento, a aplicação dos direitos constituídos pelo Direito Penal. É fundamental reconhecer-se que o excesso e a falta exacerbada de formalismos são dois lados de um mesmo objeto e que inevitavelmente, por via indireta, resultarão na constituição ou desconstituição de direitos de natureza material.

Segundo os autores acima citados, *"fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu aspecto negativo. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guiado à condição geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que, superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (a aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão, no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas a risco, sob a pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetos desejados (v.g. não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu)".*

O processo penal é o instrumento da ação penal e o procedimento é a sua materialização e concretização, forma pelo qual se torna palpável e se realiza e realiza seus fins, dessa forma sendo o conjunto de atos metódicos, organizados e concatenados, previamente estabelecidos para essa ampla realização instrumental e finalística. É, nas palavras de DINAMARCO, GRINOVER e ARAÚJO CINTRA, *"apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a*

sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo".

Na definição do mestre MAGALHÃES NORONHA, *"O processo, como procedimento, é, pois, o conjunto de atos legalmente coordenados para apuração do fato, da autoria e exata aplicação da lei. O fim é este; a descoberta da verdade, o meio".*

Assim, o procedimento como conjunto ordenado de atos legalmente constituído, variará na sua sistemática e método em função da necessidade da maior ou menor celeridade para que não pereça o direito estatal de punir em razão da maior ou menor reprobabilidade e valoração que recebe a conduta humana punível e reprimida pela sociedade manifestada expressa e formalmente pelo direito objetivo penal. Quanto mais grave a conduta, reconhecida por via da punibilidade, mais complexo e formal o procedimento; quanto menos punível e grave, mais informal e célere o procedimento. Reconhece-se, entretanto, que qualquer que seja a conduta a ser punida e, por via de consequência, o procedimento a ser adotado e o processo configurado, vigas mestres do direito não podem ser abandonadas e relegadas a um plano secundário, ou mesmo desprezadas, principalmente os princípios gerais de direito e os preceitos constitucionais, sob pena da estrutura processual empregada ruir e a aplicação do direito material objetivada não ser alcançada e provocando o desvio da finalidade com a constituição ou desconstituição de outros direitos não buscados ou previstos e o viciamento e nulidade da própria ação penal.

Portanto, ação penal, processo e procedimento, são conceitos e expressões de uma realidade, de um fato jurídico de natureza penal que se realizam em um fenômeno jurídico processual, sendo facetas de um mesmo corpo, interagindo entre si, dependendo a existência de um a existência do outro, apesar de filosófica e abstratamente serem autônomos, mas na prática, no mundo fático, um não se concretizar sem a materialização dos demais, não havendo como se falar na realização e existência da ação (e não em "direito de ação") sem o processo e em processo sem procedimento e tão pouco neste sem os antecedentes.

III - AÇÃO PENAL, PROCESSO E PROCEDIMENTO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

∴ Ao analisar e tentar compreender a intervenção e atuação atributiva do Ministério Público no Juizado Especial Criminal e a forma com que nela foi legitimada essa intervenção e atuação *"ab initio"*, perplexamente me pareceu que teria havido uma

"despenalização" do processo e procedimentos inerentes à "*persecutio criminis*" e a consecução do "*jus puniendi*" nas infrações penais por ela abraçadas, diluindo-se a ação penal e a desestruturando, mitigando-a para a esfera puramente administrativa, ocorrendo no dizer de Afrânio Silva Jardim um "*abrir mão de garantias constitucionais do Direito Processual Penal*" pois que "*O direito Administrativo não se submete ao controle jurisdicional a que o Direito Penal e o Direito Processual Penal se submetem, os quais, principalmente em face da Constituição, outorgam importantes garantias*".

No entanto, por mais que se queira agilizar e tornar efetiva e eficaz a prestação jurisdicional de natureza penal, não há como se reprimir e repreender as condutas previstas pelas normas de Direito Penal que não o sejam exclusivamente através das normas de Direito Processual Penal. Dessa forma, é preciso identificar os princípios que orientam e informam a ação penal e o processo penal na Lei nº 9.099/95 para a partir daí analisar e questionar a legitimação da intervenção ministerial. Para tanto, esse cotejamento será levado a efeito à luz do abordado e predisposto no tópico anterior.

Como já discutido, em outras palavras, da lavra de JULIO FABINI MIRABETE, "*a ação penal é uma resultante das garantias individuais que tomam o jus puniendi um direito de coação indireta, em virtude e ninguém ser condenado a uma sanção penal a não ser através da sentença judiciária. É o jus persequendi, ou jus accusationis, a investidura do Estado no direito de ação, que significa a atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato, qual seja, o direito à jurisdição*".

Isto quer dizer que presentes o poder-dever da *persecutio criminis*, o *jus puniendi*, o direito de ação conferido ao Estado, e definida a própria jurisdição bem como estabelecido o direito penal objetivo a ser aplicado, ou seja, a competência é iniciativa conferida ao Estado para apurar determinadas infrações e punir o infrator, inegavelmente estaremos diante da ação penal posto que presentes seus elementos de direito público subjetivo, autônomo e abstrato, objetivando a aplicação do direito objetivo penal.

Ao verificarmos o texto do art. 60, o que inicia o Capítulo III da Lei 9.099/95 que regulamenta os Juizados Especiais Criminais, constatamos a presença desses elementos essenciais da ação pois que determina que têm eles a "*competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo*" e providos obrigatoriamente por juizes togados ("*Juizes Togados ou togados e leigos*"), isto é, a outorga ao Estado do direito de ação ("*competência para a conciliação, o julgamento e a execução*") e o direito objetivo penal a ser aplicado ("*infrações penais de menor poder ofensivo*", definidas quais sejam no seguinte art. 61).

À semelhança, e como não poderia deixar de ser, encontra-se perfeita e expressamente delineado na lei ora em questão o processo penal. Já de início o art. 62 define

que "*O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade....*". Os artigos seguintes, do 63 ao 68, falam em "*atos processuais*", "*citação*" e "*intimação*", todos atos formadores do processo penal.

Por fim, o procedimento, com características próprias pois que atende aos princípios definidos no art. 62, da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, está determinado nos artigos 69 a 83, onde estão estampados os atos e fórmulas legais do processo a ser desenvolvido perante os Juizados Especiais Criminais, legalmente coordenados, mesmo que informalmente, para apuração do fato, autoria e exata aplicação da lei.

Portanto, o que se configura não é qualquer outra ação de natureza diversa mas legitimamente ação penal, processo penal e procedimento, com todos os princípios e preceitos fundamentais que o informam e orientam, claro restando que a intervenção e atuação atributiva do Ministério Público nos Juizados Especiais Criminais deve se fundar, orientar e informar nos princípios básicos de ordem geral e especialmente constitucional que norteiam toda a atividade ministerial na ação penal.

IV - MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÃO PENAL

O Ministério Público é instituição cuja função é essencial à administração da Justiça e está definida no art. 127 da Constituição Federal como "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*".

Assim é que não se pode falar em prestação de tutela jurisdicional, antecipada ou não, sem a efetiva participação do Ministério Público, sob pena de invalidade ou até mesmo inexistência desta prestação jurisdicional, especialmente quando se trata de ação penal pois quem pode ter a iniciativa em prestá-la em nome do Estado de forma imediata e em nome da sociedade de forma imediata uma vez que a Constituição Federal em seu art. 129, inciso I, taxativamente determina que é função institucional do Ministério Público "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*".

O dispositivo constitucional vai além da determinação de que é essencial à administração da justiça a participação da instituição ministerial de uma forma geral; no caso da ação penal é o titular da própria ação, o "*dominus litis*", não havendo como falar-se em ação penal pública que não seja de iniciativa do Ministério Público, e como leciona MAGALHÃES NORONHA "*em princípio, toda a ação penal é pública, pois é ela um direito subjetivo perante o Estado-Juiz*".

Disse mais à respeito o sábio professor: *"É o Ministério Público o senhor da ação penal pública, é o dominus litis, pois intenta-a e promove-a, mas não tem disponibilidade dela. Sua atuação é obrigatória; não pode declinar do exercício, transigir, aguardar oportunidade, etc. Vigora em nossas leis o princípio da legalidade: O Ministério Público é obrigado a agir tão logo se forme a opinião delicti ou a suspeita de crime, em face dos elementos que lhe são fornecidos pelo inquérito ou por outros meios, como se verá. No Código não vige o princípio da 'oportunidade', pelo qual pode o Ministério Público, conforme as circunstâncias, usar ou não do direito de persecução"*.

Completando essa idéia, busco a não menos cara lição de JULIO FABBRINI MIRABETE que diz: *"Na distinção com relação ao sujeito do exercício do direito à Jurisdição, a ação penal pública é promovida pelo Ministério Público. Esse princípio foi inscrito na nova Constituição, que prevê como função institucional da Instituição promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129). Com tal dispositivo aboliu-se a possibilidade do procedimento ex-officio, em que a titularidade era conferida ao próprio julgador ou à autoridade policial. Foi revogado, portanto, o artigo 26 do CPP"*.

Acrescenta ainda que *"A titularidade do Ministério Público na ação penal pública é decorrente do 'princípio da oficialidade'. Depois de secular evolução e experiência, que levou o Estado à criação de um órgão para exercitar, em seu nome, a pretensão punitiva, estabeleceu-se a regra da oficialidade que orienta a maioria das legislações e dos países cultos. Entre nós, como na maioria deles, esse órgão é o Ministério Público, a quem cabe promover, privativamente, a ação penal pública (artigos 129, I, da CF, 100, § 1º, do CP, e 24, do CPP)"*.

Portanto, à luz da Constituição Federal e das demais leis infra-constitucionais, nenhuma outra instituição ou órgão, mesmo que integrante da administração da justiça, pode promover a ação penal pública, nem mesmo o Estado quando investido da função judicante. E, como corolário lógico, se o Ministério Público não pode dispor da ação penal pública nenhuma outra instituição ou órgão público pode da mesma forma fazê-lo.

A exclusividade ministerial na função de promover a ação penal pública é acima de tudo, da própria vocação histórica e natural da instituição e da necessidade que tem o Estado de um órgão exercê-lo, uma garantia constitucional para a sociedade por sua atribuição fiscalizatória, sua organização e preparo a propô-la e especialmente por estar o comprometimento com o devido processo legal inserido dentre as garantias constitucionais do Direito Processual Penal e do homem e do cidadão como direito e garantia fundamental.

V - MINISTÉRIO PÚBLICO E JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Não há dúvida de que a ação penal é que promove o *jus puniendi* nos Juizados Especiais Criminais e, assim, é disciplinada, tanto a ação como a nova lei, pelo Direito Processual Penal em seus princípios fundamentais gerais e constitucionais, dentre eles o que garante a participação do Ministério Público por meio da promoção da ação penal, entendida como promoção da ação penal todo o patrocínio da causa em nome do Estado que significa toda a atividade inerente à condição de parte mas especialmente a prerrogativa-obrigação constitucional exclusiva de propor a ação penal pública.

Dentro desse diapasão, é preciso primeiramente identificar as intervenções iniciais ministeriais e o momento em que se instaura a ação penal. Diz o art. 72 o seguinte: *"Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público..."*; posteriormente o art. 76 dispõe: *"Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta"*. Portanto, são esses os momentos em que primeiro aparecem a presença do órgão do Ministério Público e a primeira, talvez única na imensa maioria dos processos penais dessa natureza, intervenção na sua função.

Entretanto, ocorre que paradoxalmente o juízo de admissão do *jus perseguendi* se dá na fase do art. 69 quando a *"autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários"*, ou seja, nesse momento o juiz recebe o auto circunstanciado e admitindo que há indícios suficientes de infração penal, nos termos do art. 70 realizará de imediato a audiência preliminar que nos termos do art. 76 poderá ser a única; se não for possível a realização da audiência, ainda sob a égide do art. 70, designará data para a realização, saindo autor do fato e vítima cientes.

Este comparecimento *"espontâneo"*, motivado pela autoridade policial nos termos do art. 69, do autor do fato ou sua tomada de ciência da audiência designada equivalem à citação pois que na palavras de JOSÉ FREDERICO MARQUES é *"o ato processual com que se dá conhecimento ao réu da acusação contra ele intentada a fim de que possa defender-se e vir integrar a relação processual"* e no dizer de Espínola Filho, *"o ato oficial pelo qual, no início da ação, se dá ciência ao acusado de que contra ele se movimenta essa ação, manda-o a vir a juízo, ver-se processar e fazer a sua defesa"*; e, claramente a possibilidade de aceitação da *"transação"* a ser proposta ao autor do fato é uma atividade de

defesa na ocasião do art. 76. Ressalte-se também que o art. 71 determina que *"na falta de comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação..."*; isto quer dizer da mesma forma citação pelas mesmas razões.

Assim sendo, há nesse momento do art. 69 em diante o início da atividade jurisdicional do Estado-Juiz, a citação, realização de audiência, atividades do órgão ministerial e da defesa pela transação e aplicação da pena. Isto quer dizer que o Estado exerceu o direito de ação por meio de um devido processo legal e como resultado dela uma aplicação de pena restritiva de direitos ou multas que são bens do autor dos quais o Estado se apropriará em razão dessa pena aplicada e a Constituição em seu art. 5º, inciso LIV, impõe: *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"*.

No inciso anterior, LIII, do mesmo artigo, a Constituição esclarece que: *"ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"*. HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO e NÉLSON NERY JUNIOR comentaram à respeito que *"O art 5º, LIII, da CF, garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil serem processados somente pela autoridade competente que, no caso da ação penal pública, é o Ministério Público. Sem o 'processo' movido pelo Ministério Público, afigura-se inconstitucional qualquer condenação. E o art. 5º, LIV, da Carta Magna garante-lhes o devido processo legal"*.

Há a ação penal no Juizado Especial Criminal nascida fruto de um elo direto entre autoridade policial e magistrado, em face da conduta delitosa e por atividade também de cunho teleológico mas sobretudo por diligência do segundo, estando alijado desta relação o titular da ação penal pública, o Ministério Público, sem qualquer participação, fiscalização ou responsabilidade na instauração e desencadear do procedimento.

Há a ação penal mas o processo penal não é promovido por quem tem de forma exclusiva a função de propô-lo e promovê-lo, inquinando de forma absoluta e insanável o devido processo legal à luz do ordenamento de Direito Processual Penal mas principalmente ao disposto na Constituição Federal.

Há a aplicação de pena, com a privação de bens e direitos do autor do fato, mediante um processo que se iniciou e desenvolveu sem a obediência aos princípios e preceitos de ordem geral e constitucional, tomando a aplicação do Direito Penal Objetivo absolutamente ilegal.

Portanto, flagrantes e evidentes as inconstitucionalidades.

AFRÂNIO SILVA JARDIM lucidamente explanando e meditando sobre a questão ressaltou que *"não podemos deixar que o Juiz tenha a iniciativa da ação penal, porque não cabe no sistema acusatório o Juiz instaurar processo. É um processo, um conjunto de atos, há atividade jurisdicional, e o Juiz não pode de ofício, pelo princípio da inércia da jurisdição, deflagar esse tipo de processo, de procedimento"*.

E, acrescento, o Juiz não pode fazê-lo sobretudo porque é inconstitucional dessa forma como está disposto na Lei n. 9.099/95 pois que não há a propositura da evidente ação penal que é instaurada por atividade e iniciativa do órgão do Ministério Público e a sua promoção por toda a ação que lhe é atribuído mas apenas e tão somente toma conhecimento da mesma diretamente na audiência quando já instalada e lhe é dada a possibilidade, o "poder", de propor a transação. Assim sendo, da maneira como está disposto, o Ministério Público vem à ação penal e não lhe dá início, promovendo-a como deve ser, função constitucional de sua exclusiva atribuição.

Afigura-me que há dois caminhos para se sanar estas afrontas à Constituição. Uma que seria o processo legislativo, acrescentando dispositivos, poucos e singelos, que realinhassem constitucionalmente a lei à luz da função ministerial e outro, talvez mais simples e rápido, que é o da interpretação e aplicação prática da lei no sentido de atender os preceitos constitucionais.

No sentido da primeira proposta, pode-se fazer uma comparação com o disposto na Lei n. 8.069/90, o chamado Estatuto da Criança e do Adolescente que ao adotar um procedimento judicial para a apuração de infrações cometidas por criança ou adolescentes respeita, mesmo ali, o princípio da oficialidade ou iniciativa do Ministério Público, além, é claro, por ter o órgão institucional a função também de Curador da Infância e da Juventude, sendo os dispositivos a seguir apontados como norteadores do raciocínio.

O art. 179 de referido diploma legal dispõe que *"Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência, ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunha"*.

O art. 180 dessa lei determina: *"Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:*

I - promover o arquivamento dos autos;

II - conceder a remissão;

III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa".

Diante disso, à semelhança, poder-se-ia acrescentar um parágrafo segundo ao art. 69 da Lei n. 9.099/95, transformando o atual parágrafo único em parágrafo primeiro, com os seguintes termos:

"§ 2º Encaminhado o autor do fato e a vítima, o órgão do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do termo circunstanciado, devidamente atuado pela Secretaria de Juízo e com informações sobre os antecedentes do autor do fato, poderá:

I - promover o imediato arquivamento dos autos;

II - requisitar exames periciais necessários e imprescindíveis;

III - verificada a competência do Juizado Especial Criminal nos termos dos artigos 60 a 61 desta Lei, requerer a imediata realização de audiência preliminar ou a designação de data próxima;

IV - não ocorrendo as hipóteses dos incisos anteriores, presentes as condições dipostas no art. 89 desta Lei, oferecer denúncia escrita respeitado os seus termos;

V - se não for possível a aplicação imediata do inciso anterior, necessárias novas diligências ou maiores investigações, ou não sendo aplicável o art. 89 pela natureza da infração, requerer a instauração de inquérito policial;

VI - não se tratando de ação penal pública incondicionada, requerer a intimação da vítima para oferecê-la".

Mediante as dificuldades, em razão do processo legislativo, que se apresentam para a modificação de uma lei, a segunda proposta é a de que as disposições contidas na proposta de artigo ora formuladas sejam adotadas como interpretação lógica e constitucional do art. 69 combinado com o art. 76 da Lei n. 9.099/95 e orientação para sua aplicação, tomando-se tais proposições dispostas como procedimento a ser seguido, sanando-se as inconstitucionalidades apontadas nesta lei.

VI - CONCLUSÕES

1 - A Lei n. 9.099, de 26.9.1995, afronta a Constituição Federal em razão do disposto em seus artigos 69, 72 e 76 que instaura ação penal não por iniciativa do Ministério Público, sendo ele chamado à ela vir, deixando de em caráter de exclusividade promovê-la; ferindo a disposição do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, bem como dispositivo de Direito Processual Penal sacramentado no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal;

2 - Também o faz por haver aplicação de pena sem o devido processo legal, nos termos do exposto nas conclusões anteriores;

3 - Uma das soluções que se apresenta para a correção do apontados nas conclusões anteriores, seria o acréscimo ao texto da Lei n. 9.099/95, especificamente ao art. 69, alterando-se o atual "parágrafo único" para "§ 1º e lhe acrescentando um "§ 2º", nos seguintes termos:

"§ 2º Encaminhado o autor do fato e a vítima, o órgão do Ministério Público, no mesmo dia à vista do termo circunstanciado, devidamente autuado pela Secretaria de Juízo e com informações sobre os antecedentes do autor do fato, poderá:

I - promover o imediato arquivamento dos autos;

II - requisitar exames periciais necessários e imprescindíveis;

III - verificada a competência do Juizado Especial Criminal nos termos dos artigos 60 e 61 desta Lei, requerer a imediata realização de audiência preliminar ou a designação de data próxima;

IV - não ocorrendo as hipóteses dos incisos anteriores, presentes as condições dispostas no art. 89 desta Lei, oferecer denúncia escrita respeitados os seus termos;

V - se não for possível a aplicação imediata do inciso anterior, necessárias novas diligências ou maiores investigações, ou não sendo aplicável o art. 89 pela natureza da infração, requerer a instauração de inquérito policial;

VI - não se tratando de ação penal pública incondicionada, requerer a intimação da vítima para oferecê-la".;

4 - Perante as dificuldades, em razão do complexo processo legislativo, que se apresentam para a modificação da Lei, que as disposições contidas na proposta de artigo formuladas na conclusão anterior sejam adotadas como interpretação lógica e constitucional do art. 69 combinado com o art. 76 da Lei n. 9.099/95 e como orientação para sua aplicação, tomando-se-as como procedimento a ser seguido.

VII - BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Walter P., "O Processo Penal", Rio de Janeiro, 1959, 3 ed. BRAÚNA, José Roberto, "Lições de Processo Penal", São Paulo, 1978.

BARAÚNA, José Roberto, "Lições de Processo Penal", São Paulo, 1978.

ESPINOLA FILHO, Eduardo, "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", RJ

DERMECIAN, Pedro Henrique/MALULY, Jorge Assaf, "Juizados Especiais Criminais", São Paulo, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel/GRINOVER, Ada Pellegrini/CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, "Teoria Geral do Processo", São Paulo, 1990.

DINAMARCO, Cândido Rangel, "A instrumentalidade do Processo", São Paulo, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini/GOMES FILHO, Antonio Magalhães/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES, Luiz Flávio, "Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95", São Paulo, 1996.

JARDIM, Afrânio da Silva, "Juizados Especiais", AMMP, Belo Horizonte, 1996.

JESUS, Damásio E., "Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada", São Paulo, 1995.

"Código de Processo Penal Anotado", São Paulo, 1989.

LYRA, Roberto, "Comentários ao Código de Processo Penal", 1944, RJ.

MANZINI, Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal". Trad. Milendo-Redin, 1951.

- MARQUES, José Frederico, *"Elementos de Direito Processual Penal"*, SP, 1961.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, *"Processo Penal"*, São Paulo, 1991.
- "Código de Processo Penal Interpretado"*, SP, 1995.
- NORONHA, E. Magalhães, *"Curso de Direito Processual Penal"*, SP, 1990.
- PASSOS, J. J. CALMON de, *"Juizados Especiais e o Novo Procedimento Sumário"*, Belo Horizonte, 1996.
- PIERANGELLI, José Henrique, *"Processo Penal, Evolução Histórica e Fontes Legislativas"*, Bauru, 1983.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques/NERY, Junior, *"Juizados Especiais para Apuração de Infrações de Menor Potencial Ofensivo"* - RT 55/112
- SILVA, José Afonso, *"Curso de Direito Constitucional Positivo"*, SP, 1993
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *"Prática de Processo Penal"*, Bauru, 1988.
- VAGGIONE, Luiz Fernando/SMANIO, Gianpaolo Poggio/MORAES, Alexandre/PAZZAGLINI FILHO, Marino, *"Juizado Especial Criminal, Aspectos Práticos da Lei n. 9.099/95"*, São Paulo, 1996.