

“DEVIDO PROCESSO LEGAL CONSENSUAL” NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

JOÃO LUÍS FISCHER DIAS

Juiz de Direito do Tribunal do Júri, Vara Criminal e Delitos de Trânsito e Mes-trando da Universidade de Brasília

A expressão entre aspas que intitula o presente artigo vem sendo utilizada por alguns doutrinadores¹ para caracterizar o “espaço de consenso” no âmbito do Direito Penal, criado a partir da edição da Lei n. 9.999/95, tendo como base constitucional o art. 98, I da Carta Magna.

O Direito Penal Brasileiro anterior à Lei dos Juizados sempre deu ênfase ao interesse punitivo da sociedade (*ius puniendi*) e ao interesse de preservação e garantia dos direitos do acusado (*ius libertatis*).

A nova Lei introduziu incisivamente na área penal a preocupação e a disciplina legal dos *Direitos das Vítimas*, e, definitivamente o legislador quis se valer da *transação penal*, como meio jurídico-penal eficiente à pacificação da sociedade.

Segundo Luiz Flávio Gomes², a Lei dos Juizados, embora forneça condi-

ções de eficácia penal, relativamente à criminalidade pequena e média, fortalece o *princípio da intervenção mínima do Direito Penal*, que se traduz na *"intervenção mínima na sociedade, para se atingir a maior segurança"*. Isto porque no "espaço de consenso", volta-se primordialmente à ressocialização do Autor do Fato³. O direito penal mínimo decorre do próprio consenso, que favorece a composição civil e/ou penal. Conferiu-se maior liberdade ao Autor do Fato (e para toda sociedade), quando se substitui a imposição unilateral do Estado da pena e da imputação da culpa, pelo processo tradicional (mais lento e interventivo na esfera de direitos do cidadão), pelo processo consensuado, quando passa-se a valorizar a opinião (manifestação de vontade) do Autor do Fato, o qual comparece em juízo e livremente aceita cumprir a pena proposta pelo MP, com a consequente assunção de parcela da culpa⁴.

Por outro lado, afirma Flávio Gomes: o consenso implica "recuo estratégico em face das garantias constitucionais das partes envolvidas, ainda que e em contrapartida a valorização do princípio da autonomia de vontade".

Precisamente, neste ponto, pretendemos analisar em maior profundidade os efeitos da transação penal, em cotejo aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas aos acusados

no processo penal tradicional, com relevo na garantia substancial e processual do *devido processo legal*

Com a devida vênia ao posicionamento contrário, nos parece um paradoxo, ou mesmo contra-senso, afirmar que o incremento da *autonomia de vontade*, ou seja, da *ampliação da liberdade* do Autor do Fato resulte em recuo, ou diminuição de direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição. Ao contrário, presume-se que o aumento da liberdade (autonomia da vontade) resulta, quase sempre, em melhores condições para o exercício desses direitos fundamentais citados.

Para contribuir ao melhor entendimento da matéria, analisemos um exemplo, no qual o Autor do Fato é intimado para comparecer à audiência preliminar, em decorrência de termo circunstanciado⁵ de lesões corporais simples (art. 129, *caput*) por ele praticada. Na presença do Juiz, do Promotor e da vítima, o Autor do Fato, cientificado dos seus direitos pelo Juiz, e assistido por advogado, *confessa que realmente praticou o ilícito e deseja ressarcir eventuais danos sofridos pela vítima, ou aceitar a aplicação da pena prestação de serviços à comunidade, proposta pelo Promotor*. Pergunta-se: a presente confissão do cidadão que reconhece o erro cometido⁶, e ao final, aceita a transação

penal, deve ser recebida pela doutrina com a suspeita de que lhe foram subtraídos direitos e garantias fundamentais? A resposta é negativa.

Podemos observar os seguintes aspectos: 1) O cidadão hipotético teve direito à *assistência jurídica*, portanto, defesa técnica (ampla defesa); 2) teve direito de estar presente diante de um juiz imparcial, e um órgão acusador estatal, autoridades competentes e previamente investidas na função (princípio do Juiz Natural e Promotor Natural); 3) teve assegurada a sua *livre escolha* quanto à transação, cujos efeitos lhe foram amplamente explicitados, inclusive, teve oportunidade de formular proposta diferenciada de pena, com possibilidade de aceitação pelo Promotor, e, se fosse o caso, homologada pelo Juiz; 4) foi lhe assegurada a presunção da inocência do Autor do Fato até o instante em que aceitou a transação e com isso parcela da culpa pelo ilícito⁷ (princípio do Estado de Inocência). 5) a atuação do Promotor e do Juiz são expressamente autorizadas por lei, em sentido formal e material (art. 76, §§) da Lei dos Juizados (Princípio da Legalidade do Direito Penal).

Modificando-se o exemplo acima, suponhamos que o Autor do Fato se recuse a aceitar a proposta de transação penal. Diante desse fato, a Lei prevê em

seu art. 77, o oferecimento pelo Promotor de denúncia oral de imediato, salvo se necessários novos elementos para formação da convicção do órgão de acusação. A partir daí segue-se o rito sumário, análogo ao processo tradicional

A aplicação da pena de Prestação de Serviços à Comunidade – PSC, através de sentença homologatória de transação penal⁸, não viola direitos e garantias fundamentais, desde que respeitado o devido processo legal – artigo 5º, inciso LIV da CF.

Quanto à observância deste pré requisito fundamental, avulta-se em importância o papel do Juiz no esclarecimento ao Autor do fato, da sua exata condição no *início* da audiência preliminar. Neste instante, é mero suspeito de crime, em decorrência de *notícia criminis*⁹, formulada na Delegacia de Polícia (pode ocorrer denúncia caluniosa, invertendo-se inclusive a relação vítima x Autor do Fato).

Presume-se inocente (presunção *iuris tantum*), art. 5º, inciso LVII, por isso não se lhe pode imputar qualquer tipo de *coação* para que venha aceitar a aplicação da pena proposta pelo Promotor, bem como, precisa ser alertado das consequências penais da aceitação. Ao Juiz cumpre explicitar a condição, *status quo*, do Autor do Fato no início da audiência preliminar.

Ressalta-se, contudo, que a autonomia da vontade somente será plena e isenta de erro ou vício de vontade, se estiver o Autor do Fato consciente dos efeitos e do alcance do seu ato de aceitação da transação penal. Repita-se o *devido processo legal do consenso* tem como ponto fundamental a ciência pelo Autor do Fato, de forma precisa e inequívoca, o que resultará da aceitação da pena proposta, quais são as conseqüências e a mudança que acarretará à sua condição, ou seja, de que forma a aceitação da transação afetará a sua esfera de direitos. Somente ciente destas implicações, explicitadas pelo julgador, poderá o Autor do Fato dispor do prosseguimento do processo sumário, e transacionar sob o pálio do devido processo legal e da ampla defesa.

Formulamos alguns preceitos tendo como base a experiência vivida no Juizado Especial Criminal de Taguatinga-DF, cuja observância, ao nosso ver, atende satisfatoriamente aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa:

- a) O Autor do fato deverá estar sempre assistido de advogado, e se pobre pela defensoria pública;
- b) ser cientificado que até aquele instante é considerado inocente,

quanto ao ilícito que lhe é imputado, tendo em vista garantia constitucional, prevista no art. 5º, inciso LVII;

c) ser lido em sua presença, o resumo dos fatos e da imputação (tipo penal e pena), sobre as quais se refere o termo circunstanciado;

d) ressaltar a plena liberdade de manifestação quanto à aceitação ou não da proposta de pena, ofertada pelo Ministério Público, e as conseqüências da aceitação ou da rejeição;

e) fazer constar no termo ou ata de audiência, detalhadamente, a forma de cumprimento, local, horário, prazo, fiscalização, etc., e principalmente as conseqüências incidentes, na hipótese de descumprimento, inclusive a conversibilidade da pena, quando cabível.

Os itens "d" e "e" são de fundamental importância para a observância do devido processo legal na audiência preliminar e também suscitam as maiores divergências. Ocorre que quando o Autor do Fato aceita a pena e faz a transação, o seu *status* modifica-se completamente. Perde a presunção de inocência, assume parcela da culpa pelo ilícito, deixa de poder usufruir a possibilidade de nova transação penal no prazo de cinco anos.

Todavia, o Autor do Fato não “abre mão de uma série de direitos e garantias constitucionais”, mas sim, em face da aceitação dessas garantias perdem a razão de existência, como por exemplo a presunção de inocência em relação ao fato em discussão.

Devem estar claras para o Autor do fato, e para seu advogado, que a sentença homologatória forma coisa julgada, passível apenas de revisão criminal, e que a pena de Pena de Prestação de Serviços à Comunidade é passível de conversibilidade em pena privativa de liberdade, na hipótese de descumprimento.

Estes dois pontos citados deram ensejo a inúmeras controvérsias, não obstante, parece-nos que a questão encontra-se hoje quase pacificada em decorrência da jurisprudência do STJ:

Sobre a questão já decidiu o STJ:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. LEI 9.099/95, ART. 76. TRANSAÇÃO PENAL. PENA DE MULTA. DESCUMPRIMENTO DO ACORDO PELO AUTOR DO FATO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELO MP.

INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA CONDENATÓRIA. EFICÁCIA DE COISA JULGADA FORMAL E MATERIAL.

A sentença homologatória da transação penal, por ter natureza condenatória, gera a eficácia de coisa julgada formal e material, impedindo, mesmo no caso de descumprimento do acordo pelo autor do fato, a instauração da ação penal.

Havendo transação penal homologada e aplicada pena de multa, não sendo paga esta, impõe-se a aplicação conjugada do art. 85 da Lei 9.099/95 com o art. 51 do CP, com a conseqüente inscrição como dívida ativa da Fazenda Pública, a fim de ser executada pelas vias próprias.

Recurso do Ministério Público conhecido, mas desprovido, declarando-se, de ofício, extinta a punibilidade do recorrido Romanelly Romero Mansur, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c os artigos 110, *caput*, e 114, I, todos do Código Penal.” (RESP 172951/SP; RECURSO ESPECIAL

(1998/0031129-7) Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA DJ DATA: 31/05/1999 PG:00169)

"RHC 8198/GO, RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - (1998/0096138-0) - Ministro FERNANDO GONÇALVES - DJ DATA:01/07/1999 PG:00211

EMENTA
CRIMINAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. **TRANSAÇÃO**. PENA ALTERNATIVA. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE. LEGITIMIDADE.

1. A transação penal prevista no art. 76, da Lei nº 9.099/95, distingue-se da suspensão do processo (art. 89), porquanto, na primeira hipótese faz-se mister a efetiva concordância quanto à pena alternativa a ser fixada e, na segunda, há apenas uma proposta do *Parquet* no sentido de o acusado submeter-se não a uma pena, mas ao cumprimento de algumas condições. Deste modo, a sentença homo-

logatória da transação tem, também, caráter condenatório impróprio (não gera reincidência, nem pesa como maus antecedentes, no caso de outra superveniente infração), abrindo ensejo a um processo autônomo de execução, que pode - legitimamente - **desaguar na conversão em pena restritiva de liberdade, sem maltrato ao princípio do devido processo legal. É que o acusado, ao transacionar, renuncia a alguns direitos perfeitamente disponíveis, pois, de forma livre e consciente, aceitou a proposta e, *ipso facto*, a culpa.**

2. Recurso de Habeas Corpus improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, negar provimento ao recurso. Vencido o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Votaram com o Relator os Ministros Hamilton Carvalhido e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson" (grifei)

Impressionante a clareza das ementas acima colacionadas.

Concluimos o presente artigo repetindo a principal idéia nele contida: o devido processo legal *consensuado* consiste, fundamentalmente, na possibilidade do inteiro conhecimento por parte do Autor do Fato, dos efeitos da transação penal, das conseqüências para sua pessoa, consoante os fundamentos acima

mencionados, para que, então, possa *livremente* manifestar a sua vontade na aceitação da pena proposta.

Por via de conseqüência, é lícito afirmar que fere o devido processo legal qualquer tipo de *coação* para que venha a aceitar a pena proposta, posto que, nesse caso, estar-se-ia afastando da finalidade da Lei, em confronto com as garantias constitucionais supracitadas.