

3.4 PENAL: MATERIAL E PROCESSUAL

3.4.1 O não comparecimento do autor do fato na audiência preliminar prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95: o desafio de conciliar sem desmoralizar a Justiça

Mário Antônio Conceição

Promotor de Justiça no Juizado Especial

Criminal de Belo Horizonte

Doutorando em Direito pela PUC-MG

Mestre em Direito

*Pós-Graduado em Direito Constitucional
pela Universidade de Paris II*

A credibilidade e a eficiência dos atos judiciais dependem do seu rigoroso cumprimento pelos jurisdicionados. A legislação prevê que ao autor do fato que assumir o compromisso de comparecer na audiência preliminar presidida por um magistrado não se imporá prisão em flagrante (artigo 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099). Visando dar efetividade à norma, a autoridade policial, previamente concertada com os magistrados do Juizado Especial Criminal, colhe o compromisso do autor e simultaneamente o intima da data e hora de audiência judicial em que ele deverá comparecer para transacionar com o Ministério Público. Não poderia ser diferente, pois, como pode alguém assumir um compromisso sem saber quando e onde deverá cumpri-lo? Percebe-se que há momento próprio para que o autor exercite o seu direito subjetivo de transacionar com o Estado para assim obter a exclusão do processo. Esse é o devido processo legal estabelecido que, contudo, não se revela como de mão única. Ele se aplica também ao autor do fato que deve exercitar o seu direito na audiência preliminar.

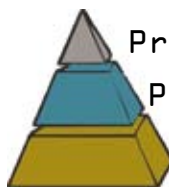
É fato notório que aproximadamente 40% dos processos criminais de nossa capital tramita perante o Juizado Especial Criminal da comarca de Belo Horizonte. A subversão do devido processo legal além de gerar nulidade dos atos subsequentes também causa prejuízo ao célere andamento da persecução penal.

A questão que trazemos ao debate parece-nos revelante quando o autor do fato não comparece na audiência preliminar, apesar de voluntariamente ter assumido esse compromisso. Alguns magistrados têm a praxe¹ de redesignar audiência preliminar, fundados no artigo 71 da Lei nº 9.099, não obstante ter o autor do fato, inequivocamente, prometido que compareceria em dia, hora e local determinado. A

iniciativa viola por três vezes o Princípio do Devido Processo Legal. Primeiro, porque se cria ato processual não previsto na lei – *intimação do autor do fato que embora compromissado na forma da lei não compareceu ou justificou sua ausência em audiência preliminar*. O dispositivo legal invocado aplica-se quando o autor não tiver sido conduzido à delegacia de polícia ou, quando tiver comparecido, não tiver sido possível realizar audiência preliminar ou agendar data para sua realização. Nesse caso, o termo circunstanciado de ocorrência será remetido ao juizado, sem o termo de compromisso de comparecimento do autor, sendo certo que nesta hipótese será necessária a sua intimação através da secretaria do juizado para participar de audiência preliminar. Percebe-se que esse dispositivo não se aplica validamente à hipótese que ora tratamos, pois no termo de comparecimento, em regra, já consta data, hora e local da audiência preliminar. É facilmente compreensível que o autor saiba quando, onde e como deve cumprir o ato. A intimação é inerente à idéia de compromisso assumido pelo autor. É por isso que a prisão em flagrante não é imposta. Não nos parece, portanto, racional o argumento, a partir de uma leitura escoteira do art. 71, de que o autor deva ser novamente intimado para uma segunda audiência se ele não comparecer na audiência preliminar. A prática tem trazido prejuízos para o andamento dos processos e gastos de recursos públicos, visto que os autores do fato, raramente, são localizados para a segunda audiência. Além disso, parece haver a criação inconsciente de um “dever” injustificável para o Estado de localizar o autor para convidá-lo a participar de um ato que lhe interessa sobremaneira, desprezando-se que a iniciativa gera ilegal e desnecessário trabalho para as secretarias do juízo que estão abarrotadas de processos. Segundo, porque se ignora a fraude² cometida contra a disposição do parágrafo único do artigo 69, que evidencia a contradição entre o que se faz (não se impõe a prisão do autor) e o que busca a Lei (garantir a presença do autor na audiência preliminar). Terceiro, porque se viola também o artigo 77 que anuncia “[...] quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis”, pois a acusação fica impedida de oferecer denúncia com a redesignação da audiência. Assim, não há fundamento jurídico também para a redesignação de audiência preliminar para autor ausente

¹ Apesar de o Enunciado 1 dispor: “A ausência injustificada do autor do fato à audiência preliminar implicará em vista dos autos ao Ministério Público para o procedimento cabível.” XXIV FONAJE, 12 a 14 de novembro de 2008. http://www.tjmg.gov.br/info/pdf/index.jsp?url=/jesp/enunciados/fonaje_criminal.pdf.

² Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima. (Redação dada pela Lei nº 10.455, de 13.5.2002).



que tenha prometido comparecer. Inexiste, portanto, espaço para invenção processual e razão para condescendência. O rito deve ser observado também pelo autor e não somente pelo Estado-Sociedade, especialmente quando não houver dúvida de que o autor tenha prestado, perante autoridade policial, compromisso de comparecer na audiência preliminar conforme preceitua a Lei. Ou será que isso não vale nada?

A redesignação de audiências preliminares com a intimação do autor, ora via correspondência, ora por mandado judicial, para comparecer em audiência da qual já havia prometido comparecer desencadeia atos que tentam, incessantemente, localizar o autor, o que se faz através de expedição de requisições à Receita Federal, ao Tribunal Eleitoral, à Copasa etc., os quais acabam, desnecessariamente, sobrecarregando servidores e contribuindo para a prescrição do crime devido ao insucesso da diligência.

A iniciativa simultaneamente despreza os significados moral e jurídico do ato firmado – *compromisso* – e mostra condescendência com a mentira. Kant salienta em sua pesquisa sobre o princípio supremo da moralidade³ que:

[...] o valor moral⁴ de um ato reside na intenção e que uma ação cumprida por dever⁵ tira o seu valor moral não do fim que por ela deve ser alcançado, mas da máxima que a determina. Este valor não depende, portanto, da realidade do objeto da ação, mas unicamente do princípio do querer, segundo o qual a ação é produzida, sem tomar em conta nenhum dos objetos da faculdade apetitiva (de desejar).

O autor do fato que subscreve termo de compromisso de comparecimento o faz movido por uma razão. Qual? Ele deseja se livrar da prisão em flagrante. Para tanto, ele promete comparecer perante magistrado em audiência preliminar para que ele e o Estado possam evitar a instauração de processo através de transação penal. Ocorre que a sua ausência impede que isso ocorra. O ato revela a carência do valor moral de sua ação – mentira – que não pode ser prestigiada e ignorada, pois dele decorrem efeitos. Kant esclarece que “[...] *não é o objeto que desejo atingir que faz o valor moral do meu ato, mas a razão pela qual eu quero atingi-lo.*” Dos princípios acima mencionados, decorre a definição do dever⁶:

‘O dever é a necessidade de cumprir uma ação por respeito à lei’. O não comparecimento do autor revela falta de respeito para com a Justiça e nítida vontade de não cumprir o dever originado através da promessa voluntariamente realizada. Nesse sentido, o mestre de Viena afirma que a ‘ação que me proponho, posso, sem dúvida, sentir inclinação nunca respeito, precisamente porque

ele é simplesmente efeito, e não a atividade de uma vontade’.

Visando testar a validade da praxe judicial – *redesignação de audiência preliminar de autor ausente comprometido* –, recorremos à Kant, que indaga⁷:

Ser-me-á lícito, em meio de graves apuros, fazer uma promessa com intenção de a não observar? Não oferece dificuldade distinguir os dois sentidos que a questão pode comportar, consoante se deseja saber se é prudente, ou se é conforme ao dever, fazer uma promessa falsa. Sem dúvida que muitas vezes pode ser prudente; mas é claro que não basta safar-me, mercê deste expediente, de um embaraço presente; devo ainda examinar com cuidado se dessa mentira não me redundarão, no futuro, aborrecimentos muito mais graves do que aqueles de que me liberto neste momento; e como, a despeito de toda minha sagacidade, não são fáceis de prever as conseqüências, de meu ato, devo recear que a perda de confiança por parte de outrem me acarrete maiores prejuízos que todo o mal que neste momento penso evitar. Agirei pois mais sensatamente, portando-me, nesta ocorrência em conformidade com uma máxima universal e procurando criar o hábito de nada prometer sem intenção de cumprir. Mas depressa se me afigura evidente que tal máxima estriba sempre no temor das conseqüências. Ora, uma coisa é ser sincero por dever, e outra coisa ser sincero pôr temor das conseqüências desagradáveis: no primeiro caso, o conceito da ação em si mesma contém já uma lei para mim; mas no segundo caso, preciso, antes de mais nada, tentar descobrir alhures quais as conseqüências que se seguirão à minha ação. Porque, se me desvio do princípio do dever, cometo decerto uma ação má; mas se abandono minha máxima de prudência, posso, em certos casos, auferir daí grandes (403) vantagens, embora, na verdade, seja mais seguro ater-me a ela. Afinal de contas, no concernente à resposta a esta questão: se uma promessa mentirosa é conforme ao dever, o meio mais rápido e infalível de me informar consiste em perguntar a mim mesmo: ficaria eu satisfeito, se minha máxima (tirar-me de dificuldades por meio de uma promessa enganadora devesse valer como lei universal (tanto para mim como para os outros? Poderei dizer a mim mesmo: pode cada homem fazer uma promessa falsa, quando se encontra em dificuldades, das quais não logra safar-se de outra maneira? Deste modo, depressa me convenço que posso bem querer a mentira! mas não posso, de maneira nenhuma querer uma lei que mande mentir; pois, como conseqüência de tal lei, não mais haveria qualquer espécie de promessa, porque seria, de fato, inútil manifestar minha vontade a respeito de minhas ações futuras a outras pessoas que não acreditariam nessa declaração, ou que, se acreditassem à toa, me retribuiriam depois na mesma moeda; de sorte que minha máxima, tão logo fosse arvorada em lei universal, necessariamente se destruiria a si mesma. Portanto não preciso de possuir grande perspicácia para saber o que devo

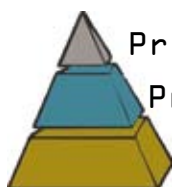
³ PASCAL, Georges. *Para Compreender Kant*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 121.

⁴ Primeiro princípio.

⁵ Segundo princípio.

⁶ PASCAL, Georges. *Para Compreender Kant*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 121.

⁷ Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Immanuel Kant, Tradução de Antônio Pinto de Carvalho, Companhia Editora Nacional, disponível <http://www.filonet.pro.br/livros/ebooks/metafcostumes.pdf>.



fazer, a fim de que minha vontade seja moralmente boa. (grifo nosso).

O compromisso firmado pelo autor perante o Estado, portanto, é uma promessa solene a qual deve ser atribuída importância e consequência. Quando, por exemplo, se diz: “não debes fazer falsas promessas”, e se supõe que a necessidade desta proibição não é simples conselho que se deva seguir, a fim de evitar algum mal, não é conselho que se reduza mais ou menos a dizer: “não debes fazer falsas promessas, para não perderes o crédito, no caso em que se viesse a apurar a verdade”. Quando o autor do fato, servindo-se de uma prerrogativa legal, subscreve termo de compromisso que não é cumprido sem justificativa, evidencia-se que ele usou a Lei como instrumento para enganar o Poder Judiciário. Kant ao discorrer sobre as várias espécies de dever, fornece o seguinte exemplo:

[...] outro homem é impelido pela necessidade a pedir dinheiro emprestado. Sabe que não poderá restituí-lo, mas sabe igualmente que nada lhe será emprestado, se não tomar o sério compromisso de satisfazer a dívida dentro de determinado prazo. Sente vontade de fazer essa promessa, mas tem ainda bastante consciência para a si mesmo perguntar se não será proibido e contrário ao dever tentar safar-se da necessidade por meio de tal expediente. Supondo que tome esta decisão, a máxima de sua ação significaria isto: quando penso estar falto de dinheiro, peço emprestado, prometendo restituí-lo, embora saiba que nunca o farei. Ora, é bem possível que este princípio do amor de si ou da utilidade própria se prenda com todo o meu bem-estar futuro, mas, de momento, a questão consiste em saber se isso é justo. Transformo, pois, a exigência do amor de si em lei universal, e ponho a questão seguinte: que sucederia, se minha máxima se convertesse em lei universal? Ora, imediatamente vejo que ela nunca poderia valer como lei universal da natureza e estar de acordo consigo mesma, mas que deveria necessariamente contradizer-se. Admitir como lei universal que todo homem, que julgue encontrar-se em necessidade, possa prometer o que lhe vem à mente, com o propósito de não cumprir, equivaleria a tornar impossível toda promessa, e inatingível o fim que com ela se pretende alcançar, pois ninguém acreditaria mais naquilo que se lhe promete e todos se ririam de semelhantes declarações, como de fingimentos vãos.

A redesignação das audiências preliminares provoca gasto indevido de tempo e recursos públicos, “premia” o autor faltoso com uma condescendência injustificável representada por uma segunda chance de transacionar com o Estado e contribui para o congestionamento do serviço judicial. A iniciativa não se afigura, portanto, justificável sob o ponto de vista moral. Impor sobre a Justiça o ônus de realizar diligências visando localizar o autor do fato para que lhe seja garantida uma segunda oportunidade para transacionar com o Estado afigura-nos contrária à idéia de seriedade e respeitabilidade que deve ter a Justiça. O não comparecimento do autor revela vontade, se não houver justificativa séria para o seu não comparecimento na audiência preliminar, de descumprir acordo voluntariamente firmado, além de revelar desprezo

pela oportunidade conferida pela Lei e uso da mentira que levou a autoridade a não autuá-lo em flagrante. A conduta é moralmente reprovável e juridicamente capaz de produzir efeitos.

O chamado *processo conciliatório*, expressão cunhada pela doutrina para designar a natureza do processo aplicado no Juizado Criminal, não deve e nem pode significar “processo desmoralizatório”. O prestígio da autoridade pública deve ser zelado pelas próprias autoridades encarregadas de exercer a função jurisdicional através da emissão de sinais que revelem ao Corpo Social ser a Justiça “coisa séria” e que o não cumprimento de promessa acarreta consequências morais e jurídicas.

O autor não tem direito subjetivo de obrigar o Estado a agir como um mero pedinte que implora pelo seu comparecimento em audiência preliminar para que lhe seja oferecida, a qualquer custo, transação! Não é o autor quem dita o andamento da persecução penal. É o Estado. A sociedade tem o direito subjetivo de processar e punir os infratores da Ordem Jurídica. Admitir que os autores do fato possuam uma espécie de direito ilimitado de comparecer perante o magistrado quando quiserem para transacionar com o Estado a fim de obter a exclusão do processo é agir com injustificável e perigosa condescendência, *data venia*, capaz de tornar a Justiça refém da vontade dos usuários de drogas, de embriagados, de flanelinhas irregulares, de contraventores dos jogos do “bicho” e caça-níqueis, de motoristas irresponsáveis inabilitados, de depravados que exibem a sua genitália a crianças, idosos e vizinhos, de brigões que ameaçam todos que os contestam. Os infratores parecem já saber que a Justiça tem sido tolerante, pelo número significativo de ausências registradas nas audiências preliminares, o que parece ser um sinal de declínio da credibilidade e da capacidade de reação a tais comportamentos, cada vez mais frequentes, emitidos por alguns integrantes de nossa sociedade. O não comparecimento do autor na audiência preliminar, embora compromissado, demonstra, no mínimo, desinteresse em transacionar com o Estado e, no máximo, desprezo pela figura e autoridade do juiz perante o qual deveria ele comparecer.

Em suma, não se coaduna com os ideais de um Estado Democrático de Direito que infratores penais possam descumprir, sem qualquer ônus, compromisso voluntariamente firmado perante o Estado, segundo o **devido processo legal** que, vale gizar, não é garantia exclusiva do autor do fato, mas também da sociedade que tem o direito de vê-lo observado. Por estas razões, entendemos que a redesignação de audiência preliminar para autor de fato que não comparece na audiência preliminar, embora compromissado, viola o devido processo legal, nega eficácia à persecução penal, ao retardá-la indevidamente, e ignora ter sido o Poder Judiciário enganado pelo autor do fato através de promessa vazia e carente de valor moral premeditadamente firmada com a intenção de se livrar da prisão em flagrante.