

Conseqüências do não-comparecimento da vítima à audiência preliminar (art. 72 da Lei nº 9.099/95).

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento administrativo: MP- 10.034/99

Referência: Remessa dos autos com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal (R.O. nº 1044509/98 – 64ª D.P.).

Origem: 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de São João de Meriti.

Remessa dos autos com fundamento no art. 28 do Código de Processo Penal. Promoção do Parquet no sentido do sobrestamento do procedimento diante do não-comparecimento da vítima à audiência preliminar, ao argumento de que o autor do fato tem direito à composição civil, instituto mais benéfico que a transação penal. Discordância judicial, motivadora da remessa. Não sendo possível falar-se, na hipótese dos autos, em retratação tácita do direito de representação nem tampouco em sua renúncia, que só ocorre na excepcional hipótese prevista no art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95, impossível o sobrestamento do procedimento, sob pena de violar-se, inclusive, o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública.

Parecer no sentido de, adotada a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, delegar-se a Promotor de Justiça desimpedido a atribuição para prosseguir oficiando nos autos.

PARECER

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça:

Cuida-se de remessa dos autos do Procedimento nº 1999.806.001191-2 pelo douto Juízo do 1º Juizado Especial Criminal de São João de Meriti, remessa motivada pela promoção de fl. 33, da lavra da ilustre Promotora de Justiça Daniela Abritta C.R. de Freitas.

Em resumo, a hipótese diz respeito à lavratura de termo circunstanciado pela noticiada prática do crime de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do Código Penal), figurando como autora do fato a Sra. Maria das Graças de Souza, fato datado de 07.10.98. A vítima exerceu o direito de representação, conforme se vê à fl. 12, estando à fl. 25 o auto de exame de corpo de delito.

A primeira audiência preliminar, designada à fl. 18, viu-se frustrada em virtude do insucesso da intimação postal da vítima (fls. 19 e 26). Designada nova data e determinada, desta feita, a comunicação pessoal, viu-se novamente frustrada a conciliação, em vista de novo insucesso da intimação da ofendida (cf. certidão negativa de fl. 30 v. e assentada de fl. 31).

Recebendo os autos com vista, pronunciou-se a representante do *Parquet* no sentido do sobrestamento do feito até o comparecimento da vítima ou até a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, o que, no caso concreto, ocorrerá em 07. 10.2002.

De tal pronunciamento discordou a douta Magistrada, ao argumento de que "*O Autor do Fato tem direito público subjetivo de ver o processo encerrado com a homologação de proposta de transação penal, caso sua f.a.c. seja imaculada*" (fl. 34), determinando o retorno dos autos ao Ministério Público.

Pronunciou-se, então, novamente o *Parquet*, reiterando o entendimento anteriormente sustentado, no sentido de que "*... o autor do fato tem direito a tentar a composição civil, instituído mais benéfico do que a transação penal*", aduzindo não haver razão em se suprimir a fase de composição civil, passando-se, desde logo, à transação penal (fl. 34 verso). Diante da divergência, entendeu, então, o Juízo pela remessa dos autos à Chefia do Ministério Público, invocando o art. 28 do Código de Processo Penal (fl. 35).

Este, em resumo, o relatório.

Como não se ignora, o advento da Lei nº 9.099/95 representou profunda revolução em nosso sistema processual, até então infenso a qualquer mitigação aos princípios reitores da ação penal pública e à própria possibilidade de composições civis na seara criminal. Causou, por tais novidades, imenso entusiasmo na comunidade jurídica, exaltando os primeiros comentadores da Lei o advento de "*um novo sistema penal e processual penal*", provocador de uma também nova mentalidade por parte dos operadores do direito.

A doutrina quase unânime, rechaçando aqueles que ousavam criticar o inovador diploma legal, vem demonstrando verdadeiro encantamento com os resultados práticos das medidas despenalizadoras previstas nos arts. 74 (composição civil dos danos), 76 (transação penal), 88 (representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa) e 89 (suspensão condicional do processo), apondo, dentre outros efeitos, a democratização do acesso à jurisdição, a desburocratização da aplicação do direito, a celeridade e a informalidade da prestação jurisdicional, o descongestionamento do Poder Judiciário *etc.* Nesta linha, como hoje se reconhece, surgiram as mais disparatadas interpretações, seduzidas pela visão utilitarista que se consolidou a respeito dos Juizados Especiais Criminais. Os exemplos são facilmente encontrados nos infundáveis manuais a respeito do tema.

Pois bem. Especificamente sobre a matéria tratada nos autos, é preciso ressaltar, desde logo, que, por ocasião do I Encontro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre Juizados Especiais Criminais, extraiu-se, por

maioria, conclusão no sentido de que,

“Se regularmente intimada ou se não localizada no endereço fornecido, a ausência da vítima à audiência preliminar importará na suspensão do procedimento até que ela compareça ao cartório do Juizado, de modo a viabilizar a realização do ato, ou até que ocorra a extinção da punibilidade;”

tendo sido tal posicionamento corroborado no I Encontro de Juízes e Promotores de Justiça dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio de Janeiro, nos termos seguintes:

“Não comparecendo a vítima à audiência preliminar, o termo circunstanciado deve ser arquivado, podendo ser desarquivado por mera provocação do interessado, dentro do prazo decadencial de representação.” – 12ª Conclusão (maioria)

Não obstante, *concessa maxima venia*, sempre nos pareceram equivocadas tais considerações, cujas premissas podem ser assim resumidas:

- a) o não-comparecimento da vítima à audiência preliminar importaria em *renúncia tácita* ao direito de representação;
- b) já tendo havido representação, a ausência da vítima à audiência preliminar representaria verdadeira *retratação tácita* ao direito de representar;
- c) o autor do fato tem *direito à realização da audiência preliminar*, na qual, por força do art. 74 da Lei, se deve buscar a composição civil. A ausência da vítima frustraria o exercício de tal direito.

Ao que parece, toda a controvérsia tem por fundamento a redação dos arts. 74, parágrafo único, e 75, *in verbis*:

*“Art. 74. 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.
Parágrafo único – Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.*

Art. 75. *Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido 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."*

Com efeito, ao estatuir o legislador que a composição civil importaria na renúncia ao direito de representar – *uma novidade de nosso ordenamento, tendo em conta que, até então, a renúncia era causa extintiva da punibilidade que só ocorria nos casos de ação penal privada (art. 107, V, do Código Penal e arts. 49 e 50 do Código de Processo Penal) e que não se verificava na hipótese de reparação do dano pelo autor do fato (art. 104, parágrafo único, do Código Penal)* – e, sobretudo, no momento em que estabeleceu que, frustrada a composição civil dos danos, se daria imediata oportunidade ao ofendido para o exercício do direito de representação, *induziu alguns a imaginar que tal manifestação da vítima somente se tornaria possível no momento da audiência preliminar.* O resultado interpretativo, numa perspectiva meramente gramatical, estaria correto pois, como é lógico, não se renuncia senão a um direito ainda não exercido.

Não obstante, acabou por prevalecer o entendimento no sentido de que nada impede a manifestação da vítima em momento anterior à audiência preliminar, providência, aliás, de todo recomendável em virtude da concreta possibilidade de somente após o prazo de seis meses tornar-se possível a realização do ato. Entendeu-se, também, que, de acordo com a jurisprudência já cristalizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, qualquer manifestação do ofendido no sentido da persecução seria validamente interpretada como representação, a cujo respeito não se exige nenhum rigor formal. E, adiante-se, é o que ocorre na hipótese ora analisada (campo 02 do registro de fls. 04/05).

Ora, se assim é, chega-se à singela conclusão de que o não-comparecimento da vítima à audiência preliminar em nada abalará sua anterior manifestação pela persecução, até porque, como é cediço, *a retratação de uma manifestação de vontade há de ser, sempre, expressa e inequívoca.*

Também não implicará a sua ausência renúncia à representação, tendo em vista que o parágrafo único do art. 75, acima transcrito, *permite que tal manifestação possa ser externada mesmo após a audiência preliminar, desde que dentro do prazo de seis meses.* Aqui, cumpre repisar, em se tratando a renúncia ao direito de representação de um instituto absolutamente novo em nosso ordenamento, somente no caso expressamente previsto pelo legislador (art. 74, parágrafo único), ela ocorrerá, pois, como é elementar em matéria de hermenêutica, o excepcional não se presume.

Por último, não nos parece que o autor do fato tenha direito à realização da audiência preliminar, ao menos na forma preconizada pela douta Promotora

de Justiça. Não se pode confundir a impossibilidade de afastamento de uma fase do procedimento com a obrigatoriedade de comparecimento da vítima. Com efeito, o que é evidente, não pode o magistrado ignorar a fase conciliatória entre a vítima e o autor do fato, passando, desde logo, ao momento da transação penal. Deve, assim, designar a audiência preliminar. Não obstante designado o ato, a ele comparecerá a vítima se, ao menos, admitir como possível a conciliação. Que formalismo estéril seria esse o de exigir o comparecimento do ofendido se ele, de antemão, já se definiu pela impossibilidade de conciliação? Terá que comparecer perante o juiz para dizer que não quer o acordo? Por acaso, dispõe o magistrado, por mais convincente e brilhante que seja, de poderes paranormais capazes de dobrar a vontade firme do ofendido?

Nesse passo, cumpre asseverar que, embora a matéria não seja pacífica, a melhor jurisprudência vem entendendo que o não-comparecimento do querelante à audiência prévia de conciliação, prevista no art. 520 do C.P.P., não importará na ocorrência de preempção (R.T. 542/356 e 597/321), causa extintiva da punibilidade através da qual pode o legitimado dispor do direito de ação. Ora, se, no campo da ação privada, se construiu neste sentido, por que se chegar a resultado diverso justamente onde vigem os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade? Se, lá, a ausência da vítima representa apenas o seu desinteresse pela composição civil, qual o motivo de, no âmbito dos Juizados, se chegar a conclusão diversa?

Tem mais. O tal momento conciliatório, se não tiver havido a transação penal, deverá ser renovado pelo magistrado por ocasião da audiência preliminar (art. 79), à qual, então, estará a vítima obrigada a comparecer. Se assim ocorre, motivo não há para estancar-se o procedimento de forma abrupta, suspendendo-o sem qualquer fundamento legal e violentando-se, repita-se, o princípio da obrigatoriedade. Não é mais simples, mais sistemático e mais próximo da realidade admitir-se que a ausência da vítima se constitui em eloqüente manifestação de que não deseja ela a conciliação, e só?

Pelos motivos acima expostos, é o parecer no sentido de, na forma estabelecida pelo art. 28 do Código de Processo Penal, aqui adotado por analogia, delegar-se a Promotor de Justiça desimpedido a atribuição para prosseguir oficiando nos presentes autos.

Rio de Janeiro, 05 de outubro de 1999.

ROGÉRIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

ADOLPHO LERNER
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo, na forma do parecer. Publique-se e arquite-se o remanescente.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça