

HABEAS CORPUS 176.785 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Como relatado, basicamente, o problema central aqui discutido é: o aceite ao acordo de transação penal acarreta automaticamente o prejuízo de eventual *habeas corpus* impetrado em que se questiona a legitimidade da persecução penal?

Para responder a tal questão, penso que devemos examinar brevemente algumas premissas relacionadas ao sistema introduzido pela Lei 9.099/1995 sobre os mecanismos negociais na justiça criminal brasileira e certas características dos acordos em matéria penal.

Então, assentada a importância do controle judicial sobre o acordo penal e a sua amplitude, analisarei a questão trazida neste caso concreto, para destacar que não há como sustentar a perda de objeto do *habeas corpus* impetrado no TJDF, em que se alega a atipicidade da conduta e a falta de justa causa para a persecução penal, ao passo que, se concedido, inviabiliza-se a manutenção do acordo de transação penal, ainda que consentido pelo imputado.

1. O regramento da justiça criminal negocial brasileira e a transação penal na Lei 9.099/1995

É inquestionável o reconhecimento de uma tendência de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, desde o surgimento da Lei 9.099, em 1995, ou mesmo antes, com a determinação constitucional de 1988 no sentido da introdução de mecanismos de transação para infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, I, CF) ou com os diversos diplomas normativos que previam a delação premiada já em 1990, como inicialmente na Lei de Crimes Hediondos (8.072/1990).

Trata-se de tendência internacional, inclusive incentivada por diplomas como as Convenções de Mérida e de Palermo, em que os

Estados inserem mecanismos negociais tendentes a incentivar os réus a colaborarem com a persecução penal, em troca de benefícios, como a redução da sanção penal.

Nesse cenário inserem-se institutos como a colaboração premiada, que possui certa finalidade probatória, e também mecanismos de barganha, que almejam a supressão do processo para imposição consentida de uma pena pelo Estado.

Atualmente, o Brasil ainda adota um sistema criminal negocial abstratamente limitado, em que acordos penais são aceitos, em regra, em delitos de menor gravidade, por meio de mecanismos como a transação penal e a suspensão condicional do processo. Contudo, expansão da colaboração premiada já tem ocasionado certo alargamento desse sistema.

Ademais, sem dúvidas, há forte tendência para a inserção de possibilidades mais amplas de negociações, o que consta em diversos projetos de Lei em trâmite ou já arquivados no Congresso Nacional: tanto nos projetos de novos CPP (PL 8.045/2010) e CP (PLS 236/2012), ou mais recentemente no denominado Projeto Anticrime.

Portanto, o debate que se realiza neste *habeas corpus* vai além dos limites da transação penal, abarcando também critérios e mecanismos de controle para barganhas penais em um sentido mais amplo. Ou seja, no fundo, discute-se: a imposição de uma pena consentida pelo réu pode ser realizada pelo Estado sem qualquer controle fático-probatório pelo julgador?

Em 1995, sem dúvidas, a Lei 9.099 aportou passo relevante para a justiça criminal negocial brasileira, inserindo os mecanismos da transação penal e da suspensão condicional do processo, direcionados ao que se denominou como pequena e média criminalidade.

Em termos gerais, a transação penal define-se como um acordo proposto pelo representante do Ministério Público ao imputado, se caracterizados os requisitos legais previstos no art. 76 da Lei 9.099/1995. Trata-se de “*aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa*”, que acarreta a “*concretização antecipada do poder de punir*” (KARAM, Maria

Lúcia. **Juizados Especiais Criminais**. RT, 2004. p. 34-49), antes mesmo do recebimento da denúncia, de modo que, se cumpridas as obrigações impostas, ocorrerá a extinção da punibilidade do infrator, impedindo qualquer sanção criminal e não ocasionando a configuração de antecedentes ou reincidência.

Conforme o determinado pelo §3º do art. 76 da referida legislação, “*aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz*”. Ou seja, consolida-se uma fase de controle judicial em que o magistrado deve analisar os termos do acordo e a voluntariedade do réu.

Diante disso, **deve-se questionar**: o que o julgador deve analisar no momento da homologação de um acordo penal, como de transação penal? Tal ato deve ser meramente formal, sem qualquer juízo sobre a aparente ilicitude da conduta e a razoabilidade da persecução penal no caso concreto?

Penso que, em razão dos riscos e problemas inerentes ao sistema negocial (como abordarei em seguida), o controle realizado pelo julgador deve também abranger certa verificação sobre a legitimidade da persecução penal no caso concreto, visto que o Estado não pode autorizar a imposição de uma pena em situações ilegítimas, como, por exemplo, em quadros de manifesta atipicidade da conduta ou extinção da punibilidade do imputado.

Assim, ao final, retornando ao problema concreto analisado neste *habeas corpus*, não se pode permitir que o aceite à transação penal inviabilize o questionamento judicial à persecução penal. Ou seja, não se pode aceitar que um *habeas corpus*, que, entre outros requerimentos, aponta a atipicidade da conduta, seja declarado prejudicado em razão do aceite à barganha penal.

2. O fenômeno da justiça criminal negocial e os problemas da supervalorização da voluntariedade no aceite do réu

Sem dúvidas, os mecanismos negociais podem ser importantes

aprimoramentos ao sistema penal brasileiro, como corrido com a Lei 9.099/1995. Contudo, a barganha no processo penal acarreta riscos que precisam ser resguardados a partir de mecanismos de limitação.

Ainda que os acordos penais pressuponham, corretamente, a voluntariedade do réu, ou seja, a sua vontade não coagida no sentido de aceitar a imposição da pena proposta, há relevantes críticas ao sistema de justiça negocial, em razão de possíveis abusos que viciam a voluntariedade do réu e podem ocasionar, inclusive, o aceite ao acordo por pessoas inocentes. Como apontado por Albert Alschuler (pesquisador estadunidense crítico ao *plea bargaining*), “estudiosos que negam a possibilidade de condenação de inocentes por meio de acordos são excepcionalmente ingênuos ou completamente cínicos” (ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. **California Law Review**, n. 69, 1981. p. 715. Tradução livre).

Há interessantes pesquisas empíricas realizadas por professores estadunidenses sobre condenação de inocentes em razão de acordos consentidos, o que demonstra que a barganha penal não é voluntariamente aceita somente por réus culpados (FINKELSTEIN, Michael O. A statistical analysis of guilty plea practices in the federal courts. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 2, p. 293-315, dez. 1975; DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa. The innocent defendant’s dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocence problem. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 103, n. 1, p. 1-48, maio 2012).

Ou seja, potencializa-se o risco de um cenário de pressões e coerções, que pode ocasionar a fragilização da voluntariedade, o que, muitas vezes, não é devidamente analisado pelo Judiciário, se ausente um mecanismo de devido controle do acordo. Assim, na doutrina estadunidense crítica ao panorama em que 90-95% das condenações são lá obtidas por acordos, afirma-se que o modelo negocial impõe coerção ao réu para pressionar até confissões ilegítimas:

“Ameaça-se o réu com uma sanção penal materialmente mais severa se houver o exercício do direito ao julgamento e posterior condenação. Essa diferença no sentenciamento é o que torna a barganha coercitiva. Certamente, há diferença entre ter as costelas quebradas se você não confessar, ou sofrer alguns anos a mais na prisão, mas a distinção é de intensidade, não de natureza. A barganha, como a tortura, é coercitiva”. (LANGBEIN, John H. Torture and plea bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n. 1, 1978. p. 12-13, tradução livre).

Retornando ao panorama brasileiro, a descrição empírica de certas realidades que permeiam a prática em nossos Juizados Especiais Criminais pode ser pertinente para demonstrar riscos e aporias do sistema criminal negocial. Conforme dados estatísticos de Juizados Especiais Criminais de Porto Alegre, descritos por Dineia Anziliero, mais da metade dos envolvidos (vítimas e acusados) afirmou que na audiência preliminar não houve esclarecimentos e diálogos suficientes sobre o fato ocorrido (ANZILIERO, Dineia Largo. **Descaminhos da informalização da justiça penal no Brasil: entusiasmo e crise nos Juizados Especiais Criminais**. 2008. Dissertação de Mestrado em Ciências, PUCRS, Porto Alegre. p. 150-155).

Conforme exposto por Vera de Almeida, em diversas das audiências observadas durante a realização de pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro, notou-se pressão argumentativa exercida sobre o acusado para incentivar a anuência ao acordo, pois são rotineiros os aconselhamentos em tom de ameaça no sentido de que a melhor opção seria o aceite à transação e a afirmação de que o autor do fato iria “sofrer pena maior” em caso de recusa (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**. Uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 151)

Há relatos de casos em que a proposta de transação penal é apresentada ao imputado sem qualquer análise prévia do acusador sobre os fatos narrados e seu mínimo embasamento probatório:

“Comprova este argumento a última entrevista acima transcrita, onde o operador admite que até quando não existem provas, ele oferece a transação penal. A inversão dos ritos por ele assumida (primeiro oferece a transação penal, depois busca as provas) demonstra que procedem as afirmações já apresentadas sobre o caráter inquisitorial da transação penal e a inversão da presunção de inocência, que transformam o instituto – de origem despenalizadora – em punição/castigo”. (ALMEIDA, Vera Ribeiro de. **Transação penal e penas alternativas**. Uma pesquisa empírica nos Juizados Especiais Criminais do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 158).

Ou seja, pode-se chegar ao absurdo cenário em que, após o oferecimento da transação penal pelo Ministério Público e a recusa do imputado, o caso seja arquivado por inviabilidade da denúncia, seja por atipicidade da conduta, prescrição, falta de justa causa etc. Isso não pode ser aceito, primeiro porque o acusador somente deve propor a transação em casos onde eventual denúncia posterior seja viável, sabendo que haverá um controle efetivo pelo juiz em caso de aceite ao acordo.

Nesse sentido, cumpre citar a pesquisa realizada por Malcolm Feeley nas *Lower Criminal Courts* estadunidenses da década de 1990, em que se concluiu que os acusados aceitavam reconhecer suas culpabilidades e a imposição imediata de uma punição em razão dos prejuízos ocasionados pela própria realização do processo e das suas incertezas inerentes (FEELEY, Malcolm M. **The process is the punishment**. Handling cases in a lower criminal court. New York: Russell Sage, 1992. p. 199-243).

Portanto, conclui-se que, embora o sistema penal negocial possa acarretar aprimoramentos positivos em certas hipóteses, a barganha no processo penal inevitavelmente gera riscos consideráveis aos direitos fundamentais do imputado e deve ser estruturada de modo limitado, para evitar a imposição de penas pelo Estado de uma forma ilegítima.

Nesse sentido, o controle judicial sobre o acordo é medida fundamental para a proteção efetiva de direitos fundamentais, de modo a se autorizar o exercício do poder punitivo estatal somente em casos legítimos para tanto. Deve-se, então, assentar a abrangência e os critérios para tal juízo de homologação da barganha penal.

3. O controle judicial sobre o acordo penal

Ainda que o réu se conforme com a acusação e aceite a imposição da pena com o benefício proposto, não se pode aceitar que o poder punitivo estatal seja exercido sem o devido controle judicial. Por isso, em todos os casos, tanto em colaboração premiada, como em transação penal ou suspensão condicional do processo, há a submissão para homologação judicial.

Mesmo no sistema estadunidense, em que se desenha um mecanismo de barganha amplo com atuação judicial reduzida, há necessidade de controle judicial sobre o acordo penal. Conforme o artigo (B) (3) das Regras Federais do Processo Penal norte-americano, *“antes de julgar o caso a partir do reconhecimento de culpabilidade do acusado, a Corte precisa determinar que existe uma base fática para tal posicionamento”*. (Disponível em: http://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11. Acesso em: 19.11.2019, tradução livre)

Sobre isso, também vale aqui que, em setembro de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulou, por meio da Resolução 181/2017, a possibilidade de um “acordo de não persecução penal”. Inicialmente, tal regramento não previa sequer a submissão do acordo à

homologação judicial, o que caracteriza evidente inconstitucionalidade. Diante de tal vício, em dezembro de 2017, foi aprovada alteração, publicada na Resolução 183, de janeiro de 2018, que limitou o acordo a crimes com pena mínima cominada inferior a quatro anos e determinou a submissão para controle prévio pelo Judiciário, além de outras restrições. Tal mecanismo negocial previsto em Resolução do CNMP está sendo questionado no STF, na ADI 5.790, mas vale como exemplo para ressaltar a importância do controle judicial sobre acordos penais.

Portanto, resta evidente que acordos penais precisam ser submetidos à homologação judicial. E, conforme aqui já exposto, tal controle não pode ser meramente formal e mecânico, ao passo que a imposição de uma pena pelo Estado, ainda que consentida pelo imputado, deve ocorrer de modo legítimo e em conformidade com os direitos fundamentais previstos constitucional e convencionalmente.

Por óbvio, tal análise se dará de modo compatível com o momento em que ocorre e os limites cognitivos de tal fase preliminar da persecução penal. Ou seja, não se espera que o julgador busque fundamentar sua decisão em provas além de qualquer dúvida razoável, o que seria necessário para uma sentença condenatória ao final do processo regular.

Contudo, na homologação do acordo penal, como a transação penal, o julgador precisa realizar controle sobre a legitimidade da persecução penal, de modo que casos de manifesta atipicidade da conduta narrada, extinção da punibilidade do imputado ou evidente inviabilidade da denúncia por ausência de justa causa acarretem a não homologação da proposta.

Conclui-se, portanto, que, diante dos riscos inerentes à justiça criminal negocial, o consentimento do imputado, ainda que assistido por defensor técnico, não pode ser supervalorizado a ponto de afastar qualquer necessidade de controle judicial. Mesmo com o aceite da defesa, o Judiciário precisa controlar e limitar o exercício do poder punitivo

estatal para que, somente assim, a pena eventualmente imposta possa ser considerada legítima.

4. O debate neste caso concreto e a regulação atual sobre transação penal na Lei 9.099/1995

Na presente impetração, a defesa alega que o *habeas corpus* impetrado no TJDFT deveria ter sido conhecido, pois remanesce o interesse na apreciação das teses de atipicidade da conduta, inépcia da denúncia e de ausência de justa causa, mesmo tendo sido celebrado o acordo de transação penal.

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado, como incurso no art. 129 do Código Penal. Consta da denúncia que a vítima, submetida a uma cirurgia dentária realizada pelo corréu, sofreu complicações pós-operatórias, tendo sido atendida em data posterior pelo paciente, o qual manteve a conduta medicamentosa prescrita pelo cirurgião, considerando ser, naquele momento, desnecessária a internação do adolescente, que acabou ficando posteriormente internado por volta de 30 dias, vindo a sofrer sequelas emocionais e estéticas.

Após o recebimento da denúncia, a acusação foi alterada para o tipo inserto no art. 129, § 6º, do Código Penal. Na audiência designada para a formulação de proposta de suspensão condicional do processo, o membro do Ministério Público atentou-se para a possibilidade de oferecer a transação penal, o que foi aceito pelo paciente.

A defesa, no entanto, já havia impetrado *habeas corpus* na origem, apontando a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta e a ausência de justa causa para a ação penal. Todavia, em razão da celebração do referido acordo, a ação foi julgada prejudicada.

No TJDFT, assentou-se que *“uma vez desclassificada a conduta inicialmente imputada ao paciente e anulado o recebimento da denúncia, a causa de origem retornou à fase pré-processual de proposta e aceitação do acordo de transação penal, momento em que não existe denúncia oferecida nem ação penal*

instaurada. Com isso, houve a perda superveniente do objeto deste, pois retirado do mundo jurídico o ato jurisdicional habeas corpus coator que alegadamente padecia de ilegalidade, a saber, a admissão da peça acusatória”.

No Superior Tribunal de Justiça, a defesa sustentou que o “*habeas corpus impetrado não perdeu seu interesse de agir, pois seu intuito era o de demonstrar a inépcia da denúncia, bem como a ausência de conduta típica e de justa causa da ação penal. Assim, se tais argumentos fossem devidamente comprovados, não haveria que se falar em transação penal, já que o pedido de trancamento da ação penal seria deferido por inexistir a) violação de dever objetivo de cuidado; b) negligência; c) conduta relevante para a realização do resultado; d) nexa causal; e e) criação de risco proibido”.*

Contudo, a posição majoritária adotada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve a perda de objeto declarada pelo TJDF:

“A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de pena restritiva de direitos ou multa, obstando o oferecimento de denúncia (ou queixa). Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual, pois visa impedir a instauração da persecutio criminis in iudicio. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Trata-se de decorrência lógica, pois não há ação penal instaurada que se possa trancar”.

Entretanto, os Ministros Nefi Cordeiro e Schietti Cruz apresentaram divergência, afirmando que “*a negociação pela transação ou ‘sursis’ processual não retira do perseguido o direito à impugnação das condições da ação e pressupostos processuais – o particular admite o acordo para evitar a persecução penal, mas não admite pelo acordo a presença das condições legais que*

seriam seus pré-requisitos para a persecução”.

Assim, “não se pode subtrair do Tribunal de origem a verificação quanto à existência de ilegalidade flagrante no tocante ao legítimo interesse no ajuizamento da ação penal, a qual, se reconhecida, afastaria inclusive a hipótese de transação penal, evitando-se que o patrimônio moral do acusado sofresse abalo em razão da persecução penal”.

Penso que a posição que restou vencida no STJ se embasa em fundamentos corretos e precisa ser aqui estabelecida.

Nos termos do art. 76 da Lei 9.099/1995, que regula a transação penal:

“Art. 76. 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”. (grifei)

Pela própria lógica da legislação atual, a transação penal somente pode ser oferecida se não for caso de arquivamento, ou seja, se houver potencial oferecimento de denúncia apta a ensejar o início do processo penal. Não se pode admitir que a transação penal possa impor obrigações a imputado que nem poderia ser submetido à persecução penal por ausência de justa causa ou atipicidade da conduta, por exemplo.

A celebração do acordo, por si só, não afasta o interesse do imputado no *habeas corpus*. Primeiramente, conforme decidido por este Supremo Tribunal, o descumprimento das cláusulas da transação penal permite o prosseguimento do processo. Além disso, a transação penal somente pode ser oferecida uma vez a cada cinco anos, de maneira a demonstrar interesse do paciente em sua desconstituição, por meio de eventual concessão da ordem para o trancamento do processo. Por fim, inexistente qualquer disposição legal que imponha a desistência a recursos ou ações em andamento, tampouco determine a renúncia ao direito de acesso à

Justiça.

No ponto, registro que, conquanto a Lei 9.099/1995 determine seja a transação ofertada *antes da denúncia*, o que, em tese, significaria **ausência de ação**, neste caso concreto, a denúncia havia sido oferecida e **recebida pelo Juízo de origem**, de modo a ensejar pretensão legítima a buscar o trancamento do processo, ainda que se tenha anulado tal ato precursor do processo.

Ainda que o cenário fosse diverso, pensa-se que o *habeas corpus* é meio legítimo para impugnar a imposição de uma pena pelo Estado, em casos de manifesta ilegalidade. Como visto, o ato de homologação do acordo é momento em que o juiz de primeiro grau deve realizar o controle sobre a sua legalidade e a legitimidade da potencial persecução penal. Portanto, tal ato igualmente poderia ser objeto de *habeas corpus* para o controle por Tribunal superior.

Sobre a questão, há precedente pertinente e interessante desta Segunda Turma. Na oportunidade, discutiu-se o cabimento de *habeas corpus* para evitar constrangimento ilegal que consistia na intimação para comparecimento à audiência preliminar para proposta de transação penal em um caso de manifesta atipicidade. No caso, a ementa assim ficou redigida:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS CONTRA AMEAÇA DE PRISÃO PELO NÃO-ATENDIMENTO À SOLICITAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO GABINETE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO PELA INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA À LIBERDADE DE IR E VIR. PROMOTOR REQUER A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO CRIMINAL CONTRA O IMPETRANTE. PRÁTICA DO CRIME DE CALÚNIA. LEI 9.099/95. AUDIÊNCIA PRELIMINAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉPCIA. I. - **Configura constrangimento ilegal, passível de reparação por meio de**

habeas corpus, a mera intimação para comparecimento à audiência preliminar para proposta de transação penal, se o fato é atípico. II. - O exercício regular do habeas corpus não pode configurar o crime de calúnia, sendo certo que, se não havia ameaça à liberdade de ir e vir, tal como entendeu o acórdão do TJ/SE (fls. 44-46), a sanção se esgotaria no não-conhecimento do writ. III. - **HC deferido, para trancar a ação penal**". (HC 86.162, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 3.2.2006)

No referido caso, a Segunda Turma concedeu *habeas corpus* para trancar ação penal. Diversamente da decisão de segundo grau, que não conheceu a ação por supostamente não haver risco concreto à liberdade do paciente, neste Tribunal, o HC foi conhecido, pois constitui constrangimento ilegal "**a mera intimação para comparecimento à audiência preliminar para proposta de transação penal, se o fato é atípico**".

Por fim, o argumento de que "não há ação penal instaurada que se possa trancar" (eDoc 17) não se sustenta, ao passo que existe a possibilidade, inclusive, de trancamento de investigações preliminares, como este Supremo Tribunal Federal já determinou em diversos casos.

Portanto, a partir das premissas assentadas neste voto, não há como sustentar a perda de objeto do *habeas corpus* impetrado no TJDF, em que se alega a atipicidade da conduta e a falta de justa causa para a persecução penal, ao passo que, se concedido, inviabiliza-se a manutenção do acordo de transação penal, ainda que consentido pelo imputado.

5. Dispositivo

Diante do exposto, concedo o *habeas corpus* para determinar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios analise o mérito da impetração lá formulada (HC 0720862-52.2018.8.07.0000), visto que a realização do acordo de transação penal não é motivo legítimo para a sua perda de objeto.

Além disso, para evitar a perda de objeto pela extinção da punibilidade, mantenho a suspensão de pagamento da última parcela acordada na transação penal, nos termos da liminar anteriormente deferida, até o julgamento do mérito do *habeas corpus* no TJDFT.

É como voto.