

rito sumário, como o fez com o ordinário, no art. 403, § 3º, ou expressamente, prevê a aplicação dessa regra ao rito sumário, como o fez, por exemplo, no art. 535, que prevê aplicação dos parágrafos do art. 400. O silêncio do legislador, portanto, foi eloquente.

A quinta diferença, semelhante à anterior, é que no procedimento sumário a sentença deverá ser proferida, sempre oralmente, em audiência, não sendo possível ao juiz chamar os autos à conclusão, para prolatá-la por escrito. Tal medida prejudicaria a oralidade e a celeridade e não encontra previsão legal, como ocorre no rito ordinário.⁶⁸

1.4. DO PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO, NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

1.4.1. Noções preliminares

A Constituição de 1988 originariamente previa os Juizados Especiais Criminais como órgão da Justiça dos Estados e do Distrito Federal (art. 98, inciso I). Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 22/1998, foi introduzido um parágrafo único – atualmente, § 1º – ao art. 98, possibilitando a criação de Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal. Surgiu, então, a Lei nº 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais Criminais Federais.

O JECrim é orientado pelos critérios da oralidade, informalidade, simplificação, economia processual e celeridade (Lei nº 9.099/1995, art. 62, primeira parte).

O critério da oralidade é acentuado no JECrim. Praticamente todo o procedimento é oral. Na audiência preliminar, a denúncia é oral (art. 77, caput). A audiência de instrução, debates e julgamento é toda oral, com apresentação de defesa oral, produção da prova e debates orais e sentença proferida oralmente, na própria audiência (art. 81, caput).

Em inúmeros institutos privilegiavam-se a informalidade e a simplificação. Adota-se o princípio da instrumentalidade das formas (art. 65, caput, e § 1º); somente haverá reprodução por escrito dos atos essenciais e os atos ocorridos em audiência poderão ser gravados (art. 63, § 3º); se a denúncia for complexa, o processo é remetido para o juízo comum (art. 77, § 2º); dispensa-se o exame de corpo de delito para o oferecimento da denúncia (art. 77, § 1º); é vedada

68. Assim, nesse ponto, o silêncio do legislador é ainda mais significativo, posto que pode ser interpretado, também, com o regime anterior, em que havia regra expressa, no antigo § 3º do art. 535 do CRP, prevendo que “se o juiz não se julgar habilitado a proferir decisão, ordenará que os autos lhe sejam imediatamente conclusos e, no prazo de 5 (cinco) dias, dará sentença”.

a citação por edital no âmbito do JECrim (art. 66); a sentença não necessita de relatório (art. 81, § 3º); se a sentença for confirmada em grau de recurso, a súmula do julgamento servirá como acórdão (art. 82, § 5º).

Outros dois critérios diretamente interligados são os da economia processual e celeridade: nenhum ato será adiado (art. 80); atos processuais podem ser praticados no período noturno, bem como em fins de semana e feriados (art. 64); os atos que precisem ser realizados em outra comarca não necessitam de carta precatória, podendo ser solicitados por qualquer meio (art. 65, § 2º).

O JECrim tem duas finalidades definidas em lei: (1) reparação do dano causado à vítima e (2) imposição de pena não privativa de liberdade (art. 62, parte final).

Com relação à reparação do dano causado pelo delito, a vítima participa da audiência preliminar e, se houver a reparação do dano, haverá renúncia tácita ao direito de queixa (na ação penal privada) ou de representação (na ação penal pública condicionada) (art. 74, parágrafo único).

Quanto à imposição de pena não privativa de liberdade, sua principal manifestação é a possibilidade de transação penal, consistente na proposta e aceitação de cumprimento de uma pena de multa ou pena restritiva de direito (art. 76).

1.4.2. Infração penal de menor potencial ofensivo

O procedimento sumaríssimo previsto para o JECrim aplica-se apenas às infrações penais de menor potencial ofensivo (CR, art. 98, inciso I). A Lei nº 9.099/1995, em seu art. 61, definiu infração penal de menor potencial ofensivo como sendo “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1 ano, excetuados os casos em que a lei previja procedimento especial”.

Prevaleceu o entendimento de que a ressalva de que não fosse previsto procedimento especial dizia respeito exclusivamente aos crimes. As contravenções penais, qualquer que fosse a pena prevista e mesmo que fossem sujeitas a procedimento especial, eram consideradas infrações penais de menor potencial ofensivo. No gênero infração penal, os crimes são as infrações de maior gravidade, e as contravenções são as infrações menos graves.

Por outro lado, no caso de incidência de causa de aumento ou de diminuição de pena, deve ser considerada a pena máxima, com a causa de aumento ou de diminuição de pena. Se a causa estabelecer uma fração fixa, calcula-se a pena computando-se tal fração de aumento ou diminuição (p. ex.: aumenta-se a pena de 1/3 ou reduz-se a pena de metade). Já no caso de causa de aumento

1.4.3. Proceso penal consensual

Com relação à transação penal, adota-se o princípio da *discretionariedade* prevista no art. 69. Não se trata de discricionariedade pura, posto que somente é

O processo penal consensual, com o princípio da discricionariedade regulada por lei, excepciona um princípio, até então absoluto, do processo penal, que é o *nulla poena sine iudicio*. A transação penal implica o cumprimento de pena de multa ou restritiva de direito, sem que haja um processo prévio.

nas ações penais de iniciativa privada e nas ações penais públicas sujeitas à representação do ofendido, a composição civil implicará, respectivamente,

72. Para Capozzi (Curso..., p. 564): "o Estatuto do Idoso não determinou a incidência do instituto desqualificador da transação penal, mas tão somente que o procedimento para a apuração de tais crimes seja mais célere, aplicando-se o rito sumaríssimo previsto nos arts. 77 a 88 da Lei nº 9.099/1995". No mesmo sentido posiciona-se Gonçalves, "O Estatuto do Idoso..." Disponível www.juracom.org.br. De observar que, embora a própria Lei nº 9.099/1995 previeja o procedimento sumaríssimo nos arts. 77 a 88, a oferecimento da denúncia, que é oral, e a citação do réu mediante designar uma audiência preliminar (art. 72). Por outro lado, não existia a transação penal, mas apenas para o oferecimento da denúncia oral e da citação do réu mediante designar uma audiência preliminar, sem que seja o caso de se tentar a composição criminal. Neste caso, seria muito mais lógico que a denúncia fosse oferecida por escrito. Porém, deve ser observado que a prática comum é seguir o procedimento sumaríssimo, caso em que o processo é julgado pelo juiz na mesma audiência ou no novo dispositivo.

cional, no qual a composição civil dos danos não implica renúncia ao direito de queixa (CP, art. 104, parágrafo único).

A busca da composição civil deverá ser a mais ampla possível, envolvendo todo o dano, moral e material e, quanto a este, tanto o dano emergente como o lucro cessante. Porém, mesmo que haja a composição apenas parcial, haverá o efeito de extinção da punibilidade, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada, posto que a lei não exige a composição integral para que se opere tal efeito.

Não sendo realizada a composição civil, nos crimes de ação penal pública condicionada, abre-se a oportunidade para que o ofendido ofereça a representação (art. 75, *caput*). O ofendido, então, poderá assumir uma das seguintes posições: (1) oferecer representação, com o que o Ministério Público poderá formular a proposta de transação penal; (2) renunciar ao direito de representação, com o que estará extinta a punibilidade (CP, art. 107, inciso IV); (3) por fim, poderá aguardar, para oferecer a representação posteriormente, antes do término do prazo decadencial. Neste último caso, o juiz deverá declarar encerrada a audiência preliminar.

É possível a renúncia expressa do direito de representação, em face da composição civil dos danos, ou de outra causa qualquer, antes mesmo da realização da audiência preliminar, devendo o juiz, imediatamente, declarar extinta a punibilidade.

1.4.3.2. Representação do ofendido

Os crimes de lesão corporal dolosa leve (CP, art. 129, *caput*) e lesão corporal culposa, qualquer que seja o seu resultado (CP, art. 129, § 6º), passaram a ser processados mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, nos termos do art. 88 da Lei nº 9.099/1995. Antes, sujeitavam-se à ação penal pública incondicionada.

A representação, nas ações penais públicas condicionadas, tem a natureza jurídica de *condição de procedibilidade*.

Para os processos que estavam em curso, no momento do início de vigência da lei, o art. 91 estabeleceu uma *regra de transição*, prevendo a intimação da vítima para, no prazo de 30 dias, representar contra o autor do fato, sob pena de decadência. A regra, contudo, não se aplica aos processos novos, que seguem a regra geral, com prazo decadencial de seis meses (CPR, art. 38). Se a vítima não for encontrada, deverá ser intimada por edital (CPR, art. 370, *caput*; C.O. art. 361), não sendo possível permanecer indefinidamente sem se iniciar o prazo decadencial.

A lei criou um *momento procedimental* próprio para o oferecimento da representação, que deverá ocorrer na audiência preliminar (art. 75, *caput*). Todavia, sua não apresentação em tal momento não implica decadência. Quanto à forma, a representação poderá ser oral ou escrita. Mesmo havendo um momento próprio para oferecer a representação, pode a vítima renunciar expressamente ao direito de representação, antes da audiência preliminar, devendo o juiz, imediatamente, declarar extinta a punibilidade (CPR, art. 61). Não se justifica que seja designada uma audiência preliminar, ou mesmo que se aguarde o término do prazo decadencial, para somente então declarar extinta a punibilidade.

Se a audiência preliminar for designada além do prazo legal do art. 38 do CPR, a vítima deverá oferecer a representação por escrito, no prazo de seis meses, sob pena de decadência. Embora a Lei nº 9.099/1995 tenha criado um momento procedimental adequado para o oferecimento da representação, isto é, na audiência preliminar, ela não alterou o prazo do art. 38 do CPR, nem o seu termo inicial.

Deve-se observar que, no regime do CPR, nos crimes de ação penal pública condicionada o inquérito policial não pode ser instaurado pela autoridade policial, se o ofendido não tiver representado (art. 5º, § 4º). Já no JECrim, é possível a lavratura do termo circunstanciado, mesmo sem a representação

do ofendido (art. 69, *caput*), que terá momento procedimental próprio para ocorrer, qual seja, a audiência preliminar (art. 75, *caput*).

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, em seu art. 41 estabeleceu que "Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995". Ou seja, excluiu a aplicação da Lei nº 9.099/1995, no caso de violência doméstica. Por outro lado, o art. 7º da Lei nº 11.340/2006 define os casos de violência doméstica. Embora a definição seja ampla, com menção a "qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal", uma interpretação teleológica da referida lei indica que somente as condutas dolosas sejam compreendidas no âmbito de regência da referida lei especial. Seria descabido, por exemplo, que uma lesão corporal culposa, por exemplo, causada porque o marido deixa cair uma caixa no pé de sua esposa, seja considerada uma lesão corporal que exige uma maior repressão, por ser cometida no âmbito da unidade doméstica. Por esse motivo, somente nos casos de lesão corporal dolosa leve, diante dos termos do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, o crime será de processado mediante ação penal pública incondicionada. As lesões corporais culposas não se sujeitam ao regime de regência da Lei nº 11.340/2006, e assim continuam a ser processadas mediante ação penal pública condicionada, nos termos do art. 88 da Lei nº 9.099/1995.

1.4.3.3. Transação penal

Há divergência quanto à natureza jurídica da transação penal. Parte da doutrina entende que se trata de direito público subjetivo do acusado, pelo que, satisfeitos os requisitos legais, o Ministério Público não pode deixar de formular a proposta. Outra corrente entende que se trata de ato consensual, não sendo possível impor ao Ministério Público a formulação da proposta.

Para quem entende se tratar de direito público subjetivo do acusado, a recusa do Ministério Público em propô-la permitirá que o juiz, de ofício, formule proposta de transação.⁷³ Já quem entende tratar-se de um ato de consenso, se não houver proposta do Promotor de Justiça, o juiz deverá, aplicando por analogia o art. 28 do CPR, remeter o processo ao Procurador-Geral de Justiça,

⁷³ Em sentido parcialmente diverso posiciona-se Aury Lopes Jr. (*Direito processual penal*, ... v. II, p. 222) para quem, havendo postulação do benefício pelo acusado, o juiz decide e reconhece-lhe tal direito. A diferença é que o juiz "decide mediante invocação".

para que este: (1) formule a proposta; (2) designe outro promotor para formular a proposta; (3) insista na não formulação da proposta.⁷⁴

Nenhuma das duas posições é satisfatória. Não é possível a aplicação da lógica do art. 28 do CPP, posto que a situação em que o Promotor de Justiça se recusa a efetuar a proposta de transação penal não é equivalente à situação em que o juiz discorda do pedido de arquivamento do inquérito policial, pelo que não se pode recorrer à analogia. Quando o Ministério Público pede o arquivamento do inquérito, ele está deixando de exercer um direito – direito de ação penal – que lhe pertence com exclusividade. Assim, é razoável que, em caso de discordância do juiz, a última palavra sobre um direito exclusivo do Ministério Público fique a cargo do seu representante máximo. O Procurador-Geral de Justiça poderá insistir no arquivamento, pois estará manifestando a vontade de não exercer um direito que pertence, exclusivamente, ao Ministério Público.

Diversa é a situação da transação penal. Trata-se, inegavelmente, de um espaço de consenso. A transação penal é um instituto que envolve dois interessados: o acusado e o Ministério Público. Normalmente, há interesse do acusado em fazer a transação penal. Estando presente o pressuposto da transação penal (art. 61 da Lei nº 9.099/1995) – ser de infração penal de menor potencial ofensivo – se o Promotor de Justiça entender que a transação não é cabível, pela ausência de algum dos requisitos (art. 76, § 2º), deverá justificar a razão da não formulação da proposta de transação penal, dando os motivos do seu convencimento (CR, art. 129, inciso VIII, c.c. Lei nº 8.625/1992, art. 43, inciso III).⁷⁵

Caso o pressuposto da transação penal esteja presente – ser de infração de menor potencial ofensivo –, e o Ministério Público não fizer a proposta nem justificar a razão pela qual deixa de apresentá-la (p. ex.: ausência de requisitos subjetivos), a denúncia deverá ser rejeitada, por falta de uma condição, que é a própria proposta da transação penal, ou a justificativa por não fazê-la. Só é cabível

74. Há possibilidade de oferta ex officio da transação penal: Damásio E. de Jesus, *Lei dos ...*, p. 62; Tomazini Filho, *Comentários à Lei ...*, p. 23 e 92. Negando tal possibilidade: Grinover et al., *juizados ...*, p. 142; Marinho Pazzaglio Filho et al., *juizado ...*, p. 51; Bitencourt, *Juizados ...*, p. 142. Na jurisprudência, neste último sentido: STJ, HC nº 30.970/SP, HC nº 27.003/RO.

75. A doutrina tem entendido que a manifestação do Ministério Público seja fundamentada: Grinover et al., *Juizados ...*, p. 133; Damásio E. de Jesus, *Lei dos ...*, p. 66; Bitencourt, *Juizados ...*, p. 100; e a situação pela doutrina Constitucional nº 45/2004, estabelece que: “Aplica-se ao Ministério Público, no que concerne, o disposto no art. 93º, no qual se incluem a motivação das decisões judiciais (art. 93º, inciso IV) e, por consequente, a motivação das manifestações do Ministério Público.”

vel a denúncia se, previamente, a proposta de transação penal for rejeitada ou, justificadamente, conclua-se que não era o caso de formulação de proposta.⁷⁶ Quanto ao cabimento da transação penal, há quanto exigências legais. A primeira delas, na verdade o pressuposto da transação penal, é tratar-se de infração penal de menor potencial ofensivo (art. 76, caput). Além desta, o art. 76, § 2º, estabelece três requisitos negativos, não sendo admissível a proposta de transação penal se ficar comprovado:

I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos desse artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.⁷⁷

A expressão “por sentença definitiva”, do inciso I do § 2º do art. 76 não é utilizada como sinônimo de sentença de mérito, o que permitiria que uma condenação recorrida fosse óbice à transação penal. Tal interpretação violaria a garantia constitucional da presunção de inocência (CR, art. 5º, inciso LVIII), devendo a expressão “sentença definitiva” ser interpretada como “sentença condenatória transitada em julgado”. Além disso, não é qualquer reincidência que impede a transação. Se a condenação anterior foi por contravenção penal, a transação será possível. Também não impede a transação uma condenação anterior por crime cuja pena ao final imposta tenha sido multa ou restritiva de direito. Em suma, somente a reincidência por crime com pena privativa de liberdade impede a transação penal. E, mesmo neste caso, deve ser aplicado, por analogia, o art. 64, inciso I, do CP, que afasta a reincidência, após cinco anos de cumprimento da pena.⁷⁸

76. A posição ora defendida já teve acolhida na jurisprudência do STJ, no julgamento do HC nº 42.934/SC. Na doutrina, solução semelhante é sustentada por Pacelli de Oliveira (Curso ... p. 598) que, partindo da premissa de que a aplicação do art. 28 do CPP, por analogia, “deixaria fora do controle judicial a aplicação ou não de determinada norma instituidora de direito subjetivo”, afirma que “se o juiz entender que a hipótese era efetivamente de transação penal para preencher o acusado todos os requisitos previstos em lei e por se tratar de infração penal para a qual seja cabível, a denúncia deveria ser rejeitada por falta de justa causa (art. 395, III, CPP), ou mesmo por falta de interesse de agir (art. 395, inciso II, CPP)”.

77. A distinção entre pressuposto (art. 61) e requisitos da transação penal (art. 76, § 2º) é feita por Bitencourt, *Juizados ...*, p. 99.

78. Nesse sentido: Grinover et al., *Juizados ...*, p. 138. O STF decidiu que “o limite temporal de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, aplica-se, por analogia, aos requisitos da transação penal e da suspensão condicional do processo” (HC nº 86.646/SP). Há, todavia, posição em contrário, negando a aplicação analógica do art. 64, inciso I, do CPP, até mesmo porque o inciso I do § 2º do art. 76, da Lei nº 9.099/1995 não faz menção à reincidência: Marinho Pazzaglio Filho et al., *Juizado ...*, p. 47; Mirabete, *Juizados ...*, p. 87.

O inciso II estabelece que a transação penal não será cabível quando o autor do fato tiver celebrado outra transação penal no período de cinco anos. Embora a transação penal não conste de certidão de antecedentes criminais (art. 76, § 6º), deverá haver registro específico do Poder Judiciário para fins de obstar nova transação penal no mencionado período. Se nesse período o autor do fato tiver celebrado a suspensão condicional do processo (art. 89), não haverá óbice para a transação penal, posto que não incidirão as vedações dos incisos I e II do § 2º do art. 76.

Por fim, o inciso III trata de requisitos subjetivos para a transação penal. Por se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, há grande margem de discricionariedade para o Promotor de Justiça considerar presente ou ausente tal requisito legal.

O conteúdo da proposta deve ser expresso e especificado, indicando a natureza da pena, isto é, se multa ou restritiva de direito. Além disto, deve ser explicitado o valor da multa ou a espécie da pena restritiva, o seu tempo de duração e forma de cumprimento. Não é possível a proposta genérica ou imprecisa. Antes de aceitar a proposta, o autor do fato tem de "saber os limites do transigido" (Bittencourt, 1999, p. 95). Por outro lado, como se trata de um ato bilateral e consensual, nada impede que haja uma contraproposta do autor do fato, ou mesmo que este tome a iniciativa da proposta.

No caso de proposta de pena restritiva de direito, o Ministério Público deve ter por base o tempo da pena que seria fixado no caso de aplicação da pena privativa de liberdade, uma vez que a pena restritiva de direito é pena substitutiva no Código Penal (art. 44). Assim, p. ex., se a pena provável seria de três meses de detenção, o prazo de duração da pena restritiva de direito deverá ser de três meses.

A proposta deverá ser aceita pelo autor do fato e por seu defensor, mas, em caso de divergência, deverá prevalecer a posição do autor do fato, pois será ele quem terá de cumprir ou não a pena transacionada. Aceita a proposta pelo autor do fato, mesmo que o seu defensor a recuse, deverá ser homologada a transação. Por outro lado, se o defensor aconselhar o autor do fato a aceitar a transação, mas este não quiser celebrá-la, a transação não deverá ser homologada.⁷⁹

⁷⁹ A matéria é controversa. Entendemos que a aceitação da proposta não implica reconhecimento de culpa, embora a homologação da transação penal implique a imposição de sanção penal, tendo por conteúdo uma pena de multa ou restritiva de direito. Não se trata, contudo, de sentença condenatória. Há a homologação de um acordo, que tem por conteúdo uma sanção penal

Se o autor do fato e o Ministério Público concordarem com a transação penal e o juiz se recusar a homologá-la, cabe interposição de mandado de segurança pelo Ministério Público e de *habeas corpus* pelo autor do fato. Há divergência sobre o cabimento ou não da transação penal na ação penal privada: uma corrente entende que, por falta de previsão legal, a transação penal é incompatível com a ação privada, na qual caberia a renúncia ao direito de queixa. Prevalece, contudo, a corrente contrária, que considera cabível a transação penal na ação penal de iniciativa privada. Se a vítima pode deixar de oferecer a queixa, sem qualquer motivo ou justificativa, por violar o princípio da discricionariedade, também deve poder formular proposta de transação penal, fundado no argumento de que quem pode o mais pode o menos.⁸⁰ Aury Lopes Jr. (2008, v. II, p. 224) vai além e entende que "poderá ser proposta pelo querelante, e, caso ele não o faça, poderá ser proposta pelo Ministério Público".

Em caso do descumprimento da pena imposta na transação penal, é necessário distinguir se a transação penal tinha por objeto pena de multa ou restritiva de direito. No caso de pena de multa, o art. 85 da Lei nº 9.099/1995 prevê sua conversão para pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. Todavia, o dispositivo foi revogado tacitamente pela Lei nº 9.628/1995, que alterou a redação do art. 51 do CP, excluindo a possibilidade da pena de multa não cumprida ser convertida em pena privativa de liberdade. O inadimplemento da multa ensejará sua inscrição na dívida ativa, sendo executada segundo o disposto na Lei nº 6.830/1980.

de multa ou de restrição de direitos (extinto TACrimSP, Ap. nº 1.022.901 e Ap. nº 1.010.823-3). Todavia, a pena não decorrerá de uma condenação, mas sim de um ato de vontade. A sentença que aplica a transação penal é homologatória. Não houve acerto por parte do juiz, mas simplesmente a verificação dos requisitos legais, sob o aspecto formal, para a homologação de um ato de vontade das partes. Em sentido contrário, Marino Pazzaglini Filho et al. (juizado ... p. 53) e Bittencourt (juizados ... p. 97) entendem que na transação há reconhecimento de culpa. De outro lado, também em sentido contrário do ora defendido, há respeitável posição no sentido de que se trata de sentença condenatória: Marino Pazzaglini Filho et al. (juizado ... p. 53, Mirabete, Juizados ..., p. 90; Capez, Curso ..., p. 570. Nesse sentido, na jurisprudência: extinto TACrimSP, Rec. nº 1.018.331.

⁸⁰ Pelo não cabimento manifestam-se: Marino Pazzaglini Filho et al. (juizado ... p. 55; Damásio E. de Jesus, Lei dos ..., p. 65; Bittencourt, Juizados ..., p. 114/115; Mirabete, Juizados ..., p. 89; Capez, Curso ..., p. 569. Em sentido contrário, admitindo a transação penal: Grinover et al., Juizados ..., p. 129; Scarance Fernandes, Processo Penal ..., p. 224; Tourinho Filho, Comentários à Lei ..., p. 76. Na jurisprudência tem prevalecido a posição pelo cabimento: STJ, Ape. nº 390/05, HC nº 31.527/SP, EDcl. no HC nº 33.929/SP, HC nº 30443/SP, HC nº 27.003/SP.

A situação é mais complicada no caso do não cumprimento de pena restritiva de direito. Poder-se-ia imaginar a aplicação subsidiária do art. 44, § 4º, do CP, que prevê a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade. Há, contudo, dois óbices para tal conversão. O primeiro, de ordem constitucional, visto que haveria a privação da liberdade sem processo, isto é, alguém seria privado de sua liberdade, ainda que indiretamente, sem a observância do devido processo legal, mas em decorrência do simples consenso, o que infringe o art. 5º, inciso LIV, da CR.⁸¹

Por outro lado, há um óbice prático para a conversão. Como a pena restritiva de direito foi decorrência da transação penal, será fixada diretamente, nos termos do consenso entre o Ministério Público e o autor do fato. Assim, até mesmo porque não se discute a culpa e não se admite a fixação de pena privativa de liberdade em decorrência da transação penal, não haverá prévia fixação de pena privativa de liberdade, para que, em um segundo momento, esta pena seja substituída por uma pena restritiva de direitos, como ocorre no regime normal do CP (art. 44). Tanto a pena restritiva de direito como o seu tempo de duração serão diretamente fixados pelas partes. Já no sistema do Código Penal, a pena restritiva de direito é substitutiva, pelo que há o *quantum* da pena privativa de liberdade previamente fixado, que posteriormente é substituído por restritiva de direito. Assim, descumprida a restritiva, há o parâmetro inicial de pena privativa de liberdade ao qual se retornará, descontados os dias já cumpridos de pena restritiva de direito (CP, art. 44, § 4º). Já a pena restritiva decorrente da transação penal é diretamente fixada, não existindo, portanto, quantidade de pena privativa de liberdade para a conversão. E não se pode utilizar a quantidade de pena restritiva como parâmetro para conversão, visto que o Código Penal estabelece que a pena restritiva será convertida pelo tempo de pena privativa de liberdade (art. 44, § 5º). Há, portanto, um óbice de legalidade. Não há no ordenamento previsão legal para que seja realizada a conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, se não houver uma fixação inicial de pena privativa de liberdade (LEP, art. 181, c.c. art. 44, § 4º do CP).

Tourinho Filho (1996, p. 102) propõe uma solução interessante: no caso de proposta de pena restritiva de direito, o Promotor de Justiça também deverá explicitar qual a pena de multa que será aplicada em caso de descumprimen-

⁸¹ Na doutrina tem prevalecido a possibilidade da conversão da pena restritiva de direito em privativa de liberdade, Cf.: Grinover et al., *Julgados...*, p. 202; Mirabete, *Julgados...*, p. 135; Bitencourt, *Julgados...*, p. 105.

to da pena restritiva objeto da transação. Assim, descumprida a restritiva de direito, incidiria a pena de multa. No caso, não seria propriamente uma conversão, mas sim uma pena de multa subsidiária, o que seria possível no espaço do consenso próprio da transação penal.

Há, entretanto, corrente que defende a possibilidade de o Promotor de Justiça, em caso de descumprimento da pena imposta na transação penal, retomar o processo e oferecer denúncia. A premissa de tal posicionamento é que a sentença homologatória da transação penal faria apenas coisa julgada formal, mas não coisa julgada material.⁸²

Porém, a sentença homologatória da transação penal faz coisa julgada formal e material, pelo que, uma vez celebrada, a única possibilidade é o cumprimento da sanção acordada. Assim, em caso de descumprimento, não será possível o oferecimento da denúncia pelo mesmo fato, pois isto violaria a garantia da coisa julgada. Oferecida a denúncia, o acusado no segundo processo poderá oferecer a exceção de coisa julgada (C/PP, art. 110, § 2º), devendo o processo ser extinto.

1.4.3.4. Suspensão condicional do processo

A suspensão condicional do processo, embora disciplinada no art. 89 da Lei nº 9.099/1995, não é um instituto de aplicação exclusiva no Juizado Especial Criminal, sendo cabível também em relação aos crimes de competência da Justiça comum, desde que atendidos os requisitos legais.⁸³

Semelhantemente ao que ocorre com a transação penal, há divergência quanto à natureza jurídica da suspensão condicional do processo. Parte da doutrina entende que se trata de direito público subjetivo do acusado, pelo que, satisfeitos os requisitos legais, o Ministério Público não poderia deixar de formular a proposta. Outra corrente entende que se trata de ato consensual, não sendo possível impor ao Ministério Público a formulação da proposta. Quem entende tratar-se de direito público subjetivo do acusado, ante a recusa do Ministério Público em propor a suspensão, admite que o juiz, de ofício,

⁸² Nesse sentido: Capez, *Curso...*, p. 571. Na jurisprudência: STF, *RExt.* nº 268.319/PR, *RExt.* nº 268.320.

⁸³ A suspensão condicional do processo também se aplica na Justiça Eleitoral. Com relação à Justiça Militar, a suspensão condicional do processo era, originalmente, aplicada aos crimes militares, o que passou a ser vedado diante do art. 90-A, da Lei nº 9.099/1995. A Lei nº 9.839/1997 acrescentou o art. 90-A à Lei nº 9.099/1995, com o seguinte teor: "as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar". Assim, atualmente, não cabe na Justiça Militar a suspensão condicional do processo.

O pressuposto da suspensão condicional do processo é que se trate de contravenção penal ou de crime cuja pena mínima não seja superior a um ano.⁸⁸ Quanto ao pressuposto, embora o art. 89, *caput*, se refira apenas aos "crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano", é evidente que também cabe a suspensão condicional do processo no caso de contravenção penal. Além, a suspensão condicional do processo poderá ser aplicada também no procedimento sumaríssimo do JECrim, se não tiver havido a transação penal e for oferecida a denúncia ou queixa.

Com relação aos crimes, devem ser computadas as causas de aumento e diminuição de pena. No caso de incidência de causa de aumento de pena, deve ser considerada a pena mínima, com a causa de aumento ou de diminuição de pena, se ela for fixa (p. ex.: aumenta-se a pena de um terço ou reduz-se a pena à metade); já no caso de causa de aumento ou de diminuição de penas variáveis (p. ex., de um a dois terços), deve ser considerada a pena mínima, com a causa de aumento mínima (pois assim se obtém a pena mínima), ou a pena mínima, com a causa de diminuição máxima (visando também obter pena mínima).⁴⁶

84 Pela possibilidade concessão ex officio pelo juiz manifestaram-se Damásio E. de Jesus (Lei dos ... p. 67) e Tourinho Filho (Compêndios à Lei ... p. 169). Em sentido contrário, Marino Pazzaglini Filho et al. (Iustido ... p. 97) defendem a aplicação do art. 28 do CPP, por analogia.

de aplicação da fiança penal de menor potencial ofensivo e, por consequência, altera apenas o campo processual, que continua a ser inaplicável aos crimes, cuja pena mínima combinada seja superior a um ano. *Ná jurisprudência*, STJ, RT 829/523; STJ, RHC nº 13.422/RS, de 19/12/2019, rel. Min. Gurgel de Faria, *jurisprud.*

21. Na jurisprudência: extinto TACRimSP, Ap. 2012.01.0000000-0, p. 881.949.

No concurso de crimes, a Súmula nº 243 do STJ estabelece que "O benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano".⁸⁷

O requisito negativo de que "o acusado não esteja sendo processado" fere a presunção de inocência (CR, art. 5º, inciso LVII). Há uma clara equiparação daquele que ainda está sendo processado com o condenado por sentença já transitada em julgado, extraindo-se desta indevida equivalência consequências negativas para aquele em relação a quem ainda não se tem certeza de sua culpa.⁸⁸

Por fim, a existência de condenação anterior não impede a proposta, se na condenação houve apenas aplicação de pena de multa ou *sursis* (CP, art. 77, I). Além disso, deve ser aplicado, por analogia, o art. 64, inciso I, do CP, sendo admitida a suspensão condicional do processo se o acusado já tiver cumprido, há mais de cinco anos, a pena anteriormente imposta.

Há divergência quanto ao cabimento ou não da suspensão condicional do processo na *ação penal de iniciativa privada*. Há quem negue tal possibilidade, por ausência de previsão legal. O art. 89 menciona apenas que "o Ministério Público, ao oferecer a *denúncia* (...)". Nos crimes de ação penal privada, caberia à vítima exercer ou não o direito de queixa. E, uma vez oferecida a queixa, poderia perdoar o querelado, mas não poderia fazer a proposta de suspensão condicional do processo. Em sentido contrário, e até mesmo em função da valorização do papel da vítima no processo penal, há corrente que admite, por analogia, que a vítima possa oferecer a queixa e, mesmo assim, formular a proposta de suspensão condicional do processo. Não se justifica que a vítima tenha apenas duas opções extremas: renúncia ao direito de queixa, com a consequente impunidade do autor do fato; ou levar o processo até o seu final, com a consequente condenação do querelado. É perfeitamente possível que a vítima deseje que o autor do fato seja processado e expulso da comunidade, com as consequências dos seus atos, como, p. ex., ter de comparecer mensalmente a juízo, estar proibido de frequentar determinados locais, além de ter de repara-

87 No sentido que deve ser considerada a pena mínima de ...
... p. 159.
... Tourinho

et al., *Juizados ...*, p. 255; Taurinho Filho, *Comentários ...*, p. 261; e
88 pela inconstitucionalidade mantêm-se Grinover et al. (*Juizados ...*, p. 150) o
Filho (*Comentários à Lei ...*, p. 163). Em sentido contrário, para Mirabete (*Juizados ...*,
dispositivo, não fere a presunção de inocência.

Na audiência preliminar serão realizados os seguintes atos: (1) tentativa de composição civil; (2) *representação do ofendido, se for o caso*; (3) transação penal; (4) denúncia ou queixa oral; (5) citação do acusado.

Na audiência de instrução, debates e julgamento serão realizados os seguintes atos: (1) nova tentativa de composição e transação penal; (2) defesa oral; (3) recebimento da denúncia ou queixa; (4) oitiva do ofendido; (5) oitiva de testemunhas de acusação; (6) oitiva de testemunhas de defesa; (7) interrogatório; (8) debates orais; (9) sentença oral.

1.4.4.1. Termo circunstanciado

Tendo ocorrido uma infração penal de menor potencial ofensivo, a primeira providência é a lavatura do termo circunstanciado pela autoridade policial (art. 69, *caput*).

O termo circunstanciado tem o conteúdo de um boletim de ocorrência mais elaborado, devendo conter a qualificação dos envolvidos e de eventuais testemunhas, bem como um resumo das versões dos envolvidos e das testemunhas. Haverá, contudo, também, o relato de eventuais investigações e diligências já realizadas, como, p. ex., apreensão de instrumentos do crime ou do produto do crime. Se houver necessidade, serão requisitadas perícias. O termo circunstanciado, porém, será encaminhado aos Juizados, independentemente da realização da perícia.

Há divergência na doutrina sobre o conceito de autoridade policial do art. 69, *caput*. Uma corrente interpreta estritamente o termo, entendendo que a "autoridade policial" é apenas o delegado de polícia. Outros dão uma interpretação mais lata, admitindo que a expressão autoridade policial pode incluir outras pessoas, como os integrantes das polícias militares.⁹²

Após a lavatura do termo circunstanciado, a autoridade policial o "encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários" (art. 69, *caput*). Na prática, porém, muito raramente isso ocorre. As partes são liberadas pela autoridade e, posteriormente, são intimadas para comparecer à audiência preliminar.

⁹² A polícia restrita é defendida por Mirabete (Juizados... p. 61) e Tourinho Filho (Comentários a Lei... p. 42). Prevalece, contudo, a interpretação mais aberta: Grinover et al., Juizados... p. 361. Demandado E. de Jesus, lei des... p. 32. Capes, Curso... p. 566. No Estado de São Paulo, o Provimento nº 758, de 16.07.2001, do Conselho Superior da Magistratura, permite ao policial militar que atenda a ocorrência elaborar o termo circunstanciado.

Não se lava o auto de prisão em flagrante nem se exige fiança, se o autor do fato for encaminhado imediatamente ao Juizado ou, não sendo possível o encaminhamento imediato, se o autor do fato assumir o compromisso de comparecer ao Juizado (art. 69, parágrafo único).⁹³

1.4.4.2. Audiência preliminar

Composição civil

Desde que estejam presentes a vítima e o autor do fato, a audiência preliminar deve começar com a tentativa de composição civil. Nos casos de ação penal privada e ação penal pública condicionada, celebrada a composição civil, haverá renúncia tácita ao direito de queixa e de representação (art. 74, parágrafo único), sendo declarada extinta a punibilidade (CP, art. 107, IV) e encerrada a audiência.

Na ação penal pública incondicionada, a composição civil não terá efeito direto sobre a persecução penal. Mesmo assim, o juiz deverá tentar a composição civil (art. 72). Havendo ou não a composição civil, passa-se à transação penal ou, não sendo o caso, ao oferecimento de denúncia oral.

O juiz deverá homologar a composição civil, valendo a sentença como título executivo a ser executado no Juízo civil competente (art. 74, *caput*).

Representação

Nos casos de ação penal pública condicionada, se não houve composição civil, abre-se oportunidade para que a vítima ofereça representação, oralmente, conta o autor do fato, que será reduzida a termo (art. 75, *caput*). É possível, também, que a vítima já tenha representado, por escrito, anteriormente, como, p. ex., no momento da lavatura do termo circunstanciado.

Se a vítima renunciar ao direito de representação, deverá ser declarada extinta a punibilidade (CP, art. 107, inciso IV), encerrando-se a audiência.

Por fim, poderá a vítima deixar de oferecer representação, dentro do prazo audiência deverá ser encerrada, sendo-lhe possibilitado, dentro do prazo decadencial de seis meses, oferecer a representação (art. 75, parágrafo único).

⁹³ Não se eliminou totalmente a possibilidade da prisão em flagrante. Embora raro, se o autor do fato não for encaminhado ao Juizado nem assumir o compromisso de comparecer, poderá ser lavrado o auto de prisão em flagrante, desde que configurada uma das situações do art. 302 do CPP.

Transação penal

Nos casos de ação penal de iniciativa pública, obtida ou não a composição civil, o Promotor de Justiça deverá fazer a proposta de transação penal. Já nos casos de ação penal pública condicionada, a proposta de transação penal somente será possível se não houver a composição civil e se tiver sido oferecida a representação.

De qualquer forma, o Promotor de Justiça somente deverá fazer a proposta de transação penal se considerar que há elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, caso o autor do fato não aceite a proposta de transação penal. Como a aceitação da proposta de transação penal importará no cumprimento de uma pena, restritiva de direito ou de multa, não pode ser formulada a proposta nos casos em que a denúncia seja inviável. Se o Promotor de Justiça entender que não há elementos para o oferecimento da denúncia (por ser o fato atípico, por já estar extinta a punibilidade, por estar comprovada excludente de ilicitude, por falta de condições da ação etc.), deverá pedir o arquivamento do termo circunstanciado, em vez de formular proposta de transação penal.⁹⁴

Caso esteja presente o pressuposto de uma transação penal, qualquer que seja ela, tratar-se de infração de menor potencial ofensivo, e o Promotor de Justiça, sem se manifestar sobre a transação penal, ofereça denúncia, será cabível *habeas corpus* para que o Tribunal anule a denúncia e determine que o Promotor de Justiça se manifeste a respeito da possibilidade de oferecer transação penal.⁹⁵ Na audiência preliminar o autor do fato deve estar acompanhado de advogado (art. 76, § 3º). Caso compareça desacompanhado, o juiz deverá nomear-lhe defensor, sob pena de nulidade absoluta.⁹⁶

⁹⁴ O STF reconheceu que há constrangimento ilegal se o Promotor de Justiça requerer a designação de audiência preliminar, quando falhar justa causa para a ação penal (HC nº 85.911/MC). Também concedeu *habeas corpus* para determinar o arquivamento de termo circunstanciado, por falta de justa causa para eventual ação penal: STF, RTJ 182/384, RT 791/539. Na doutrina, Pacelli de Oliveira (Curso..., p. 605) entende que o juiz pode rejeitar desde logo, e de plano, a proposta de transação penal, quando, por exemplo, o fato não constituir crime.

⁹⁵ Na jurisprudência: STF, RHC nº 14.366/SP; extinto TACrimSP, CP nº 1.334.313/1. Na doutrina: Polastri, Lima (Curso..., p. 713) entende que "no caso de omissão, deverá ser provocado para aduzir suas razões".

⁹⁶ Na jurisprudência: STF, HC nº 88.797/RJ. A doutrina (cf. Grinover et al., *Juizados*..., p. 151; Martino Pazzaglini Filho, et al., *Juizado*..., p. 72) entende que o assistente de acusação não pode participar da audiência preliminar.

Contudo, no caso de nova tentativa de transação penal, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, se já houver assistente de acusação, o mesmo poderá ser ouvido sobre a proposta.

Denúncia ou queixa oral

Não tendo sido aceita a proposta de transação penal, o Promotor de Justiça deverá oferecer denúncia oralmente, na própria audiência.

Oferecida a denúncia, no caso de infração penal de menor potencial ofensivo, será cabível, também, a suspensão condicional do processo (art. 89), razão pela qual o Ministério Público deverá, juntamente com a denúncia, formular proposta oral de suspensão condicional do processo. A apelação da proposta, pelo acusado e seu defensor poderá ocorrer na própria audiência preliminar.

O promotor poderá deixar de oferecer denúncia oral se "a complexidade ou as circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia", hipótese em que, necessariamente, deverá requerer o encaminhamento dos autos para o juízo comum (art. 77, § 2º). Em suma, ou há oferecimento de denúncia oral ou há remessa dos autos para o juízo comum.⁹⁷ Não existe a possibilidade de apresentação de denúncia, por escrito, no próprio JECrim.⁹⁸

O mesmo procedimento deverá ser adotado se o Ministério Público entender que há necessidade de realização de outras diligências (p. ex., incidente de insanidade mental, ou perícia no local do fato), oportunidade em que deverá requerer a devolução dos autos à polícia. Nesta situação, diante "da complexidade ou circunstâncias do caso" o promotor deixa de oferecer denúncia oral (art. 77, § 2º) e requisita a instauração de inquérito policial, devendo os autos ser remetidos para o juízo comum e seguir o procedimento previsto em lei.

Já no caso de crimes de ação penal de iniciativa privada, a vítima poderá oferecer queixa oralmente, na própria audiência preliminar (art. 77, § 3º). Todavia, diferentemente do Ministério Público, terá também a possibilidade de oferecer a queixa escrita, posteriormente, dentro do prazo decadencial.⁹⁹

⁹⁷ O STJ já decidiu, contudo, que, embora a lei estabeleça que a complexidade do caso deva ser analisada antes do oferecimento da denúncia, se após o oferecimento da denúncia houver necessidade de medida mais complicada – como o incidente de insanidade –, a situação justifica o deslocamento da competência para a Justiça comum, para que se alcance a finalidade e os princípios dos Juizados Especiais (CC nº 102.723/MC).

⁹⁸ Bitencourt (Juizados..., p. 54) explica que "pela referência vaga do texto legal, a complexidade pode decorrer da forma de execução do fato, da quantidade de pessoas envolvidas, como os ar-
rastos, linchamentos, invasões etc., ou simplesmente da dificuldade probatória, ou seja, quando demandar maiores investigações, tratar-se de autoria ignorada ou incerta, exigir prova pericial etc."

⁹⁹ Nesse sentido: Grinover et al., *Juizados*..., p. 156. Em sentido contrário, Bitencourt (Juizados..., p. 72) entende que a vítima somente pode oferecer queixa por escrito.

Citação

Se o autor do fato não comparecer à audiência preliminar, uma vez oferecida a denúncia ou queixa oralmente, ele será citado na própria audiência, o que poderá ocorrer pela simples entrega da cópia da denúncia (art. 78, *caput*).¹⁰⁰

No caso de o acusado não ter comparecido à audiência preliminar, mesmo assim poderá ser citado no próprio Juizado, se por algum motivo comparecer à Secretaria. Mesmo neste caso, não será necessário mandado de citação, e seu cumprimento pelo Oficial de Justiça, podendo a citação ser feita na própria Secretaria pelo escrivão, cobrando sua assinatura nos autos e entregando cópia da denúncia.

Não comparecendo à audiência preliminar, nem sendo possível sua citação no próprio Juizado, o acusado deverá ser citado por mandado (art. 66, *caput*, parte final). Não havendo regra específica, o art. 92 da Lei nº 9.099/1995 prevê que sejam aplicados, subsidiariamente, os dispositivos do CPP, no caso, os arts. 352 a 357.¹⁰¹

Se o acusado não residir na comarca em que corre o processo, não será necessária a expedição da carta precatória, podendo a citação ser solicitada ao juiz da outra comarca por qualquer outro meio hábil de comunicação (art. 65, § 2º), como ofício, carta, fax e até mesmo e-mail. Nada impede, porém, que seja expedida carta precatória, aplicando-se, por analogia, o art. 353 do CPP.

1.4.1.3 Audiência de instrução e julgamento

Novo proposta de composição civil e transação

Se na fase preliminar não tiver sido possível a tentativa de conciliação civil e de transação penal, o juiz deverá fazer nova tentativa no início da audiência de instrução e julgamento. Normalmente, o motivo da não realização de tais atos na audiência preliminar é o não comparecimento do autor do fato ou da vítima. Por outro lado, mesmo que tenha sido tentada a transação penal na audiência preliminar, mas o ato compositivo não se tenha efetivado, ainda assim, deve ser tentada, novamente, a composição civil e transação penal. Trata-se de uma interpretação lata da expressão "não tiver havido possibi-

¹⁰⁰ A denúncia, embora seja oferecida oralmente, deverá ser reduzida a termo integralmente, em breve termo do art. 81, § 2º, que admite que do termo de audiência conste apenas o que foi dito, no mesmo ato o acusado deverá ser intimado - o art. 78, *caput*, dispõe que o ato "verbalizado" - da designação da audiência de instrução e julgamento, na qual deverá comparecer, acompanhado de advogado, para deduzir sua defesa oralmente e produzir provas.

lidade de tentativa de conciliação" ou transação penal, que se considera com os objetivos do JECrim, previstos no art. 62, parte final, da Lei nº 9.099/1995.

Obtida a transação penal, o juiz deverá homologá-la, extinguindo o processo. Neste caso, a transação penal implicará desistência da ação penal e proposta, sendo uma exceção à regra geral do art. 42 do CPP.

Havendo composição civil, no caso de ação penal pública incondicionada, nenhuma repercussão haverá no procedimento. Já no caso de ação penal condicionada à representação, haverá uma renúncia ao direito de representação (art. 74, parágrafo único), que terá o efeito de extinção da punibilidade. Não incidirá o art. 25 do CPP, que veda a retratação da representação após o oferecimento da denúncia, ante a existência da regra especial do art. 74, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995. Haverá uma "retratação da representação", após o oferecimento da denúncia, com efeito extintivo da punibilidade (art. 77, *caput*, c.c. art. 74, parágrafo único). De forma semelhante, no caso de ação penal de iniciativa privada, a composição civil representa uma "renúncia ao direito de queixa", mesmo após o seu oferecimento, o que melhor se caracterizaria como uma hipótese de "desistência da ação".

Oferecimento de defesa oral

A defesa oral a ser apresentada deverá conter toda a matéria de interesse do acusado, seja ela defesa de mérito ou defesa processual. Não deverá o advogado, de forma semelhante à "defesa prévia", limitar-se a protestar pelo reconhecimento da inocência do acusado. Principalmente por se tratar de uma defesa anterior ao recebimento da denúncia ou queixa, deverão ser expostas todas as matérias que possam levar à rejeição da peça acusatória, como, por ex., atipicidade do fato, excludentes de ilicitude, extinção de punibilidade, ilegitimidade de parte, inépcia da denúncia etc.

Caberá também, nesta oportunidade, o oferecimento de exceções, aplicando-se, subsidiariamente, os arts. 95 e seguintes do CPP.¹⁰² Poderão, ainda, ser juntados documentos e requeridas outras provas, como, por exemplo, a prova pericial.

Diversamente do que ocorre na "defesa prévia", a "defesa oral" não é o momento adequado para a defesa arrolar testemunhas. Se a defesa desejar que

¹⁰² Não terá aplicação, porém, a regra do art. 97 do CPP, que exige que a exceção de suspensão seja oferecida por escrito, ou mesmo a regra que faculta a exceção escrita nos demais casos (CPP, art. 108, *caput*, c.c. art. 110, *caput*), tendo em vista o critério da oralidade, inspirador do JECrim (art. 62). Em suma, todas as exceções devem ser oferecidas oralmente.

as testemunhas sejam intimadas para comparecer à audiência, deverá oferecer o rol de testemunhas com antecedência mínima de cinco dias (art. 78, § 1º). Nada impede que, na audiência preliminar, tendo havido o oferecimento da denúncia ou queixa, o acusado já apresente o nome das testemunhas que deverão ser ouvidas na audiência, requerendo sua intimação. Outra alternativa da defesa é levar suas testemunhas à audiência, independentemente de tê-las arrolado. Neste caso, porém, como as testemunhas não terão sido intimadas, se não comparecerem, a defesa não terá como insistir na sua oitiva. Prevalece o entendimento de que a defesa oral não é peça fundamental, bastando apenas que sejam concedidos a oportunidade e o tempo necessários para que a defesa oral seja apresentada. Dada oportunidade para tanto, sua não apresentação não acarretará nulidade.¹⁰³

Recebimento ou rejeição da denúncia ou queixa

O juiz, analisando as condições da ação e os pressupostos processuais, principalmente em face do que foi considerado na defesa oral, deverá realizar o juízo de admissibilidade da acusação.¹⁰⁴

Com relação à falta de justa causa, dificilmente a denúncia será rejeitada por tal fundamento, vez que no juizado não há inquérito policial, sendo o termo circunstanciado fundamento suficiente para a denúncia (art. 69, *caput*, c.c. art. 77, § 1º).

Rejeitada a denúncia, esse ato tem a natureza de sentença, cabendo apelação, ante a previsão específica do art. 82, *caput*, da Lei nº 9.099/1995.

Oitiva do ofendido

No regime do CPP, a oitiva da vítima não é obrigatória, devendo ocorrer, “sempre que possível” (CPP, art. 201). Já no procedimento sumariíssimo a oitiva da vítima é obrigatória. O art. 81, *caput*, da Lei nº 9.099/1995 determina

¹⁰³ Há juizado do STF entendendo que a inobservância do art. 81 da Lei nº 9.099/1995 constitui nulidade relativa (HC nº 88.650/SP e HC nº 85.271/MS). Discorda-se de tal solução. A ausência de oportunidade para apresentação de defesa, antes do recebimento da denúncia, por impedir o exercício da ampla defesa, gera nulidade absoluta, pelo que não se há de cogitar de sanatória para preclusão.

¹⁰⁴ Recebida a denúncia ou queixa, tal ato será irrecurível. Eventualmente, poderia ser utilizado o *habeas corpus*. Porém, como a audiência é uma e concentrada, e ao final será proferida a sentença, o acusado deverá recorrer da própria sentença, e não do recebimento da denúncia. Todavia, se por algum motivo a audiência tiver de ser interrompida (p. ex., não comparecimento de uma testemunha arrolada na denúncia), será possível a utilização do *habeas corpus* contra o ato que recebeu a denúncia.

que “serão ouvidas a vítima e as testemunhas (...)”. Todavia, há casos em que tal oitiva poderá ser impossível, como, p. ex., uma vítima de lesões corporais culposas decorrentes de acidente de trânsito, que esteja gravemente ferida. Neste caso, normalmente, o juiz deverá suspender a audiência determinando seu adiamento até a recuperação da vítima.

O juiz poderá determinar a condução coercitiva da vítima que não comparecer à audiência de instrução e julgamento (art. 80). Já no caso de ação penal privada, o não comparecimento da vítima na audiência acarretará a perempção da ação penal (CPP, art. 60, inciso III).¹⁰⁵

Oitiva das testemunhas

Não há previsão específica sobre o número de testemunhas que poderão ser ouvidas. Deve ser aplicado, por analogia, o art. 532 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, que prevê, para o procedimento sumário, que, “na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa”.

Poderá haver necessidade de oitiva de testemunha que não resida na comarca em que corre o processo. O art. 81, § 1º estabelece que “todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento”. Completando tal regra, o art. 80 determina que “nenhum ato será adiado, determinando o juiz, quando imprescindível, a condução coercitiva de quem deve comparecer”. Tais dispositivos poderiam sugerir que o juiz deveria determinar a condução coercitiva da testemunha residente em outra comarca. Esta, contudo, não é a melhor interpretação. Nenhuma testemunha tem o dever de comparecer em comarca diversa da qual reside (CPP, art. 222), não podendo ser-lhe imposto o deslocamento até o juizado. A melhor maneira de conciliar os dispositivos é determinar a oitiva da testemunha por carta precatória. De ressaltar que não é necessária a expedição de carta precatória nos moldes do CPP, podendo ser utilizado outro “meio hábil de comunicação” (art. 65, § 2º).¹⁰⁶

O juiz poderá indeferir as provas “que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias” (art. 81, § 1º). De qualquer forma, o juiz deve ter muito cuidado na aplicação de tal dispositivo, para que não seja violado o direito à prova, causando nulidade absoluta do procedimento.

¹⁰⁵ Nesse sentido: Tourinho Filho, *Comentários* ..., p. 117; Mirabete, *Juizados* ..., p. 104.

¹⁰⁶ A expedição de precatória é admitida por Damásio E. Jesus (*Lei dos* ..., p. 78) e Tourinho Filho (*Comentários à lei* ..., p. 120).

Interrogatório

Não há disciplina específica para o interrogatório no procedimento sumário. A peculiaridade do interrogatório em tal procedimento é o momento da sua realização: após a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa. O momento procedimental do interrogatório, após a produção da prova, realça sua característica como ato de autodefesa: pois, falando por último, terá oportunidade de contrariar tudo quanto afirmaram a vítima e as testemunhas de acusação.

Quanto à forma do interrogatório, deverá ser seguido o disposto nos arts. 185 e seguintes do CPP.

Caso o acusado não compareça, não caberá a sua condução coercitiva (art. 80), ante o princípio do *nemo tenetur se detegere* (CR, art. 5º, inciso LXIII).¹⁰⁷

Debates orais

Nos debates orais será dada a palavra primeiro ao Ministério Público e, depois, ao defensor do acusado. Não há disciplina do tempo dos debates, devendo ser aplicado, subsidiariamente, o prazo de 20 minutos, prorrogáveis, a critério do juiz, por mais 10 minutos, do procedimento sumário (CPP, art. 534, § 1º). Se houver assistente de acusação, este falará depois do Ministério Público, pelo prazo de 10 minutos (CPP, art. 534, § 2º). Embora não haja previsão expressa, na ação penal privada primeiro falará o querelante e, depois dele, o Ministério Público, ficando a defesa, como sempre, por último.¹⁰⁸ Os debates orais não podem ser substituídos por memoriais.¹⁰⁹

As alegações das partes nos debates orais não deverão ser reduzidas a termo, palavra por palavra, bastando que conste dos registros um *breve resumo* dos argumentos de cada uma delas (art. 81, § 2º). Assim, não será "aceitável a praxe de ditar-se a manifestação ao escrevente" (Grinover *et al.*, 1999, p. 193), devendo os debates orais serem registrados, "por ordem do juiz e não das partes, em breve resumo das alegações" (Mirabete, 1997, p. 114).

¹⁰⁷ Nesse sentido: Tourinho Filho, *Comentários*, ..., p. 118. Em sentido contrário: Damásio E. de Faria, *Id.*, ..., p. 79; Mirabete, *Juzgado*, ..., p. 105.

¹⁰⁸ Mesmo sentido para a previsão do renovo § 2º do art. 539 do CPP: "Ao querelante ou ao assistente se dá, na audiência de julgamento, dada a palavra pelo tempo de vinte minutos, prorrogável por mais dez, devendo o primeiro falar antes do órgão do Ministério Público e o último depois".
¹⁰⁹ Mirabete *Juzgado*, ..., p. 133 admite que as partes apresentem memoriais na própria audiência, não sendo possível, porém, diante do critério da celeridade, protestarem pela sua apresentação posterior. Tal posição, contudo, é incompatível com o critério da oralidade (art. 62, primeira parte). Além disso, como toda a prova é produzida em audiência, será muito pouco eficaz um memorial anteriormente preparado.

Sentença oral

Após os debates, o juiz deverá proferir sentença oralmente, na própria audiência (art. 81, *caput*, parte final). Não é possível encerrar a audiência e determinar que os autos sejam conclusos para a sentença ser proferida por escrito, posteriormente. Tal procedimento violaria os critérios de celeridade e oralidade que inspiram o JECrim (art. 62, primeira parte).

Como a audiência é una, embora não haja previsão específica, o sistema acaba impondo a aplicação do *princípio da identidade física do juiz*: o mesmo juiz que colheu a prova e conduziu a instrução irá sentenciar o feito.

A sentença não necessita de relatório (art. 81, § 3º). Tal medida é decorrente do critério de simplificação que governa o juizado. Além disso, como todos os atos se passaram em audiência, perante o próprio juiz que proferiu a sentença, é desnecessário o relatório, cuja finalidade é demonstrar que o juiz conhece o processo. Além disso, os atos essenciais já serão objetos de registro (art. 65, § 3º, primeira parte), podendo a audiência ser gravada em fita magnética ou outro meio equivalente (art. 65, § 3º, segunda parte).

A sentença deverá conter, por óbvio, os "elementos de convicção", isto é, a fundamentação (CR, art. 93, inciso IX, c.c. Lei nº 9.099/1995, art. 81, § 3º). Embora a lei não mencione, e não é necessário dizê-lo, a sentença conterá o dispositivo (Lei nº 9.099/1995, art. 92, c.c. CPP, art. 381, inciso V).¹¹⁰

Da sentença que condenar ou absolver o acusado caberá apelação, a ser interposta no prazo de 10 dias, em petição que já deverá conter as razões recursais (art. 82, § 1º).

¹¹⁰ Mesmo não havendo previsão específica, aplicam-se, subsidiariamente (art. 92), os arts. 383 e 384 do CPP. Assim, o juiz pode dar ao fato uma definição jurídica diversa (CPP, art. 383), caso salvo se o crime decorrente da nova definição jurídica não for da competência do JECrim, em que deverá remeter o processo para o juízo competente. Por outro lado, se surgir prova de circunstância ou elemento não contida na denúncia, poderá haver adiantamento da denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 384). Diante dos critérios de oralidade e celeridade que inspiram o JECrim, não haverá impedimento para que o adiantamento se dê oralmente, na própria audiência, e que a defesa também já se manifeste, oralmente, no mesmo ato, inclusive requerendo eventuais diligências (CPP, art. 384, § 2º). Neste caso, recebido o adiantamento, e havendo necessidade de produção de provas, a audiência deverá ser interrompida, sendo designada nova data para a produção da prova, realização de novo interrogatório, novos debates e julgamento (CPP, art. 384, § 2º). Por outro lado, se nenhuma prova for requerida, já considerando o fato diverso de passar imediatamente ao novo interrogatório, aos debates, já considerando o fato diverso de corrente do adiantamento da denúncia, e em seguida julgar o feito. Se em função do adiantamento o novo crime não for infração penal de menor potencial ofensivo, deverá remeter o processo ao juízo competente (CPP, art. 384, § 3º, c.c. art. 383, § 2º).