

## JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS – LEI 9.099/95<sup>1</sup>

*Afrânio Silva Jardim(\*)*

### 1. INTRODUÇÃO

Vamos conversar – não é exatamente uma conferência, nem uma palestra, é uma conversa informal, como é do nosso feitio – a respeito da Lei 9.099/95, no que diz respeito à parte processual penal, ou aos Juizados Especiais Criminais.

A lei recente ficou em **vacatio** durante dois meses, já está em vigor e, nesse período, muito se produziu, muito se discutiu, muito se debateu. Congressos, simpósios, várias obras hoje já estão sendo publicadas, comentando determinados dispositivos cuja interpretação é conflitual, é discutível. Achamos que talvez, não agora, mas proximamente, tenhamos que passar por um exame da lei numa perspectiva não procedimentalista, e sim numa visão sistemática, percebendo que a lei é especial, mas se insere dentro de um sistema processual. Parece-nos que muitas das interpretações, até vanguardistas, de primeira hora, levam a posições insustentáveis dentro do sistema processual penal.

Sempre que surge uma lei nova há um certo afogadilho, uma certa necessidade de alguns autores e de professores lançarem posições novas, “criar em cima da lei”. E isso é bom, porque sacode aquele nosso espírito do Direito conservador. Mas, às vezes, a coisa vai ousada demais e perdemos os limites da interpretação, do conhecimento jurídico. Temos encontrado isso na interpretação da Lei 9.099/95. Obras publicadas de imediato, com posições muito pessoais e opinativas, acabam, pela autoridade e importância de seus autores, seduzindo a comunidade jurídica,

1 Palestra proferida, de improviso, na Associação Mineira do Ministério Público, em dezembro de 1995, e reproduzida com autorização do autor.

(\*) Promotor de Justiça – RJ.

e só com o tempo, demoradamente, é que colocamos as coisas nos trilhos novamente.

Essa lei tem uma engenharia, vamos dizer assim, importante. Ao invés de optar pela descriminalização, atendendo ao chamado Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, Direito Penal Mínimo, optou pela descriminalização de forma indireta, através do processo. Seria mais ou menos o seguinte: já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização. Aquela visão do Direito Penal liberal, que trabalha até com a hipótese da abolição do Direito Penal numa visão utópica, com uma acentuada descriminalização, é uma visão liberal, mas pode ser até o contrário, uma postura persecutória, equivocada. Porque, à medida que descriminaliza a conduta, esta, não saindo da esfera do proibido, passa a ser disciplinada por outros ramos do Direito, basicamente o Direito Administrativo. O Direito Administrativo não se submete ao controle jurisdicional a que o Direito Penal e o Direito Processual Penal se submetem, os quais, principalmente em face da Constituição, outorgam importantes garantias. O princípio **nulla poena sine iudicio** é um princípio ligado ao Direito Processual por ser instrumento de aplicação do Direito Penal. A medida que o Direito Penal descriminaliza e deixa para outro ramo do Direito a persecução daquela conduta, porque continua desvalorada, abrimos mão de garantias constitucionais do Direito Processual Penal. De modo que, de repente, a descriminalização pode endurecer mais o sistema do que, como pensam os liberais, levar a uma solução mais justa, mais social para essas questões. E essa lei não descriminaliza conduta alguma: nenhuma conduta que era típica deixou de ser típica, não saiu da esfera do proibido do Direito Penal. Entretanto, o legislador processual penal, percebendo a pouca significação na punição dessas condutas, através de mecanismos processuais, indiretamente, despenaliza essas infrações.

## **2. TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO**

Queríamos começar a falar sobre os Juizados Especiais Criminais, ou sobre a lei que trata deles, por dois institutos que são os mais importantes, talvez, e que estão criando mais controvérsias. Refirimo-nos à *transação penal* e à *suspensão condicional do processo*.

Hoje já temos alguma doutrina, alguns livros de autores importantes, vários trabalhos estão saindo, interpretando esses institutos e outros. Esses dois institutos têm merecido dessa doutrina uma interpretação, já majoritária e que não parece muito aconselhável, não muito correta. Passa-se a examinar a *transação penal* e a *suspensão condicional do*

*processo* numa perspectiva defensiva, numa perspectiva puramente do réu e se sustenta tratar-se de direito subjetivo processual, seja a *transação penal*, seja a *suspensão condicional do processo*. Cria-se uma situação complicada, de difícil solução, no que diz respeito à aplicação retroativa da Lei 9.099/95, a respeito também do papel do Ministério Público e do papel do Juiz nesses dois institutos.

O que a lei fala em relação ao Ministério Público é que *poderá* oferecer a proposta de *transação penal* ou da *suspensão condicional do processo*. Em sendo esse dois institutos um direito subjetivo processual, deixa de ser um *poderá* e passa a ser um *deverá* e a ótica tem sido essa.

Temos pensado, refletido e trabalhado numa outra perspectiva não sabemos se por vício de Ministério Público, de Promotor de Justiça, embora como professor procuremos sempre trabalhar as questões tentando nos livrar dessa posição. Às vezes somos levados a ter uma posição assim, mais severa, mais dura e literal na interpretação da lei.

Parece-nos que temos que pensar a *transação penal* como uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade do exercício da Ação Pública. Muito se discutiu sobre a necessidade de se mitigar o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública; então, o legislador, para as infrações de menor potencial ofensivo, abranda o Princípio da Obrigatoriedade dizendo que, para determinadas infrações penais e crimes, alguns crimes, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode oferecer uma proposta de transação penal, possibilitando ao réu uma pena restritiva de direito, uma pena de multa, uma pena não restritiva de liberdade e tudo depende da aceitação do réu. Quer dizer, o sistema dizia que o Ministério Público, presentes as condições para o exercício da ação penal – interesse de agir, legitimação das partes, possibilidade jurídica do pedido, justa causa, que colocamos como uma quarta condição da ação, ou seja, aquela prova mínima que deve existir para lastrear a instauração do processo e dar arrimo à acusação penal pública ou privada – pelo sistema do Código, o Ministério Público tem o *dever* de oferecer a denúncia. Para essas infrações de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, nessas hipóteses, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público *pode* oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu etc. Quer dizer, seria uma *faculdade* do Ministério Público que, nesses casos, não tem o *dever* de executar a denúncia, e sim, a *faculdade* de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade da ação penal. Não vemos, por conseguinte, como um direito subjetivo do réu a *transação penal*. Mas essa é uma posição minoritária.

Em alguns países, com reformas processuais recentes, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia e, por motivo de política criminal, *poderá* deixar de denunciar e requerer o arquivamento da inves-

tigação policial. Suponhamos que a nossa lei dissesse isto, o réu teria o direito subjetivo ao arquivamento do inquérito policial? Não. Seria apenas uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade. O nosso legislador não foi a tanto, diz que o Ministério Público não pode deixar de denunciar e requerer o arquivamento nem a pena, mas pode requerer uma pena mais benevolente para o réu. Muda, em nível de sistema, a situação? Não. Ele tinha o dever de denunciar, mas para essas infrações penais, ele não tem o dever de denunciar. Isso outorga ao réu o direito subjetivo de não ser processado? Parece-nos que não. Parece-nos que é uma faculdade que tem o Ministério Público naqueles casos, e mesmo assim, só a pode exercer preenchidos determinados requisitos legais, não oferecendo a denúncia e sugerindo uma pena mais benevolente para o réu. Isso não seria, a nosso juízo, um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do Ministério Público.

Se entendermos assim – e até a interpretação literal da lei nos leva a isso, porque diz *poderá* –, resolvemos uma porção de questões ou deixamos de tê-las. Mas se é um direito subjetivo do réu e o Ministério Público não propõe a *transação penal*, ou não propõe a *suspensão condicional do processo*, o Juiz poderia, de ofício, fazê-lo, como a doutrina está entendendo hoje. O réu poderia postular isso e o Juiz poderia conceder sem a anuência do Ministério Público. Se entendermos que é um direito subjetivo do réu, essas questões todas se colocam e são de difícil solução, inclusive, tendo em vista a literalidade do dispositivo, que diz *poderá*.

Já a *suspensão condicional do processo* seria uma mitigação do Princípio da Indisponibilidade da ação penal. O art. 42 do Código de Processo Penal diz que o Ministério Público não pode desistir da ação que tenha exercitado. A Lei 9.099/95 diz que, naqueles casos, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode propor ao réu a *suspensão condicional do processo*, após o que, cumpridos aqueles requisitos que a lei prevê e que o Juiz pode estipular, está extinta a punibilidade do réu, está extinta através desse instituto: *suspensão condicional do processo*.

O réu teria direito à *suspensão condicional do processo* ou é uma mitigação ao Princípio da Indisponibilidade? É uma faculdade jurídica do Ministério Público? Parece-me que é uma faculdade jurídica do Ministério Público.

Mas o Ministério Público terá poder ilimitado? O Ministério Público poderá ou não propor a *transação penal*, poderá ou não propor a *suspensão condicional do processo*? Isso fica ao talante, ao alvedrio deste ou daquele Promotor de Justiça? Ora, a discricionariedade, excepcionando-se o Princípio da Indisponibilidade da ação penal. No entanto, jamais a doutrina sustentou ser o perdão um direito subjetivo do querelado.

Lembramo-nos de que, quando da defesa de minha tese na Universidade do Rio de Janeiro, *A Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade* –, os professores foram muito contundentes, dizendo: “Mas seu trabalho é muito antigo, seu trabalho é velho. Porque hoje, no Direito Comparado, já não se trabalha o Princípio da Obrigatoriedade com relação às infrações de pequeno potencial ofensivo, crimes de bagatela. Tem-se que se dar ao Ministério Público maior poder de discricionariedade. Ele, como órgão do Estado, com garantias constitucionais de magistrado, pode abrir mão da instauração do processo no interesse da política criminal, da sociedade”... Pugnavam, dessa forma, pela mitigação do Princípio da Obrigatoriedade, pela discricionariedade para algumas infrações, é lógico.

A tanto não foi o legislador, porque, quando o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia e faz a *transação penal*, há uma pena.

A Lei 9.099/95 dá a discricionariedade ao Ministério Público. Mas indaga-se se o Ministério Público tem esse poder de discricionariedade ilimitado, absurdo, absoluto, se tudo irá depender de cada Promotor de Justiça. Repetimos, a discricionariedade é isso. Como existe em alguns países, por motivo de política criminal, o Ministério Público pode deixar de exercitar a ação penal pública. Esse Promotor tem um entendimento e não o exercita; o outro Promotor tem outro entendimento e o exercita. De qualquer maneira, em termos de defesa, a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade é melhor porque, em alguns casos, pelo menos, não será exercitada a ação ou o processo pode vir a ser suspenso, extinguindo-se a punibilidade sem a aplicação da pena.

Deseja-se a discricionariedade, mas, quando ela vem, querem tirar a discricionariedade do Ministério Público e o Juiz passaria a ler a iniciativa da *transação penal*, a iniciativa da *suspensão condicional do processo*, o que não é papel do Juiz no sistema acusatório. Achamos até, dentro dessa perspectiva a mais sistemática, que, ao propor a *transação penal*, o Ministério Público, de certa maneira, está exercitando um tipo de ação diferente. Porque, quando propõe a *transação penal*, ele tem que trazer uma imputação. Tem que atribuir ao autor do fato, para usar a expressão da lei, ao réu, uma conduta; fazer um juízo de tipicidade, até para saber se é uma infração de menor potencial ofensivo, e sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal.

Por outro lado, quando o Juiz aplica a pena – a Lei 9.099/95 fala em “o juiz aplicar a pena” – em razão da *transação* aceita pelo réu, não se viola o Princípio do Devido Processo Legal, como alguns andaram dizendo, porque esse é o Devido Processo Legal. Há atividade jurisdicional do Estado, por isso há pena. O Juiz aplica a pena e, parece-nos que não deixa de ser, temos que pensar a respeito, um outro tipo de ação penal que está sendo exercitada pelo Ministério Público. O Ministério

Público está indo ao Poder Judiciário, manifestando uma determinada pretensão e sugerindo a aplicação de uma determinada pena. Sanção no sentido penal mesmo, restritiva de direito, pena não privativa de liberdade, pena de multa. Pensando dessa maneira, não podemos deixar que o Juiz tenha a iniciativa da ação penal porque não cabe no sistema acusatório o Juiz instaurar processo. É um processo, um conjunto de atos, há atividade jurisdicional, e o Juiz não pode, de ofício, pelo princípio da *inércia* da jurisdição, deflagrar esse tipo de processo, de procedimento. Assim, o processo passaria a ter apenas dois sujeitos: o Ministério Público não proporia a *transação* e o Juiz o faria, ficando uma transação processual linear, o que subverteria o sistema acusatório, o princípio da demanda. Lamentável é que o Ministério Público está saindo um pouco atrasado nessa discussão, temos que reconhecer isso. As obras que produziremos, ou que estamos produzindo, estarão chegando um pouco tarde, e aqueles autores, que escreveram e lançaram de imediato as suas, já estão influenciando os operadores jurídicos a comunidade jurídica, que está pensando dessa maneira, o que será uma subversão do nosso sistema processual. As complicações são imensas se aceitarmos essas colocações, que já são predominantes.

### 3. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO

A aplicação do procedimento sumaríssimo, previsto na Lei 9.099/95, antes da criação, por lei estadual e implantação pelo Tribunal de Justiça dos Juizados Especiais, é outro assunto a abordar.

Não sabemos como isso está sendo colocado aqui em Minas Gerais, mas, em São Paulo e no Rio de Janeiro, a situação está a mais complicada possível. Há Juízes que já fazem *transação penal* no Juízo tradicional – conforme a lei diz, juízo comum – já há Promotor pensando em fazer denúncia oral. As autoridades policiais, em face das contravenções, ou estão lavrando *termo circunstanciado* ou instaurando inquérito policial... Está uma balbúrdia, uma confusão muito grande.

A **vacatio** realmente já expirou, a lei está em vigor, não temos dúvida alguma. Agora, uma coisa é a norma jurídica estar em vigor, outra coisa é a incidência da norma jurídica, que pressupõe a ocorrência de seu suporte fático. A norma jurídica refere-se a uma situação fática. Ocorrendo o fato, incide sobre este, jurisdicionando-o. É o fato jurídico e, nesse momento, aplica-se a norma jurídica. Parece-nos que, enquanto não criados por lei os Juizados Especiais Criminais, este procedimento sumaríssimo não pode ser aplicado. A lei estadual tem que criar órgãos jurisdicionais e o Ministério Público tem que criar, também por lei, os seus órgãos de atuação junto a esses órgãos jurisdicionais. Não é que a lei não esteja em vigor, mas não ocorre a situação de fato que ela prevê para

determinar a incidência das suas normas jurídicas. Não nos referimos, logicamente, à exigência hoje da *representação* para a lesão corporal leve, para a lesão corporal culposa; isso não tem relação com a infração de pequeno potencial ofensivo. Admitimos, inclusive, a possibilidade da *transação penal* proposta pelo Promotor de Justiça junto ao juízo comum; acreditamos que não seja incompatível, porque isso não é essencial ao procedimento. Agora, o rito procedimental previsto depende da criação dos Juizados Especiais Criminais. Quer dizer, o delegado hoje, diante de uma contravenção, deve lavrar o *auto da prisão em flagrante* e instaurar o *inquérito policial* e não o *termo circunstanciado* para fazer a apresentação imediata do autor do fato à audiência preliminar em um juízo que não está de plantão porque não existe. É praticamente, inviável essa colocação mais ousada de alguns.

O que é procedimento propriamente dito dessa lei, para ser aplicado, depende da criação dos Juizados Especiais por lei estadual e de sua instalação.

#### 4. ARTS. 90 E 91

Duas questões de Direito intertemporal importantes se referem aos arts. 90 e 91. Muita controvérsia tem sido criada na interpretação desses artigos. Sustentou-se até que, no período da *vacatio*, eles seriam aplicáveis.

#### 5. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.099/95

“Art. 90. As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada.”

O art. 90 diz que a Lei 9.099/95 se aplica, quando de sua entrada em vigor, aos processos instaurados, salvo se já tiver sido iniciada a instrução processual.

Muito bem, a lei entrou em vigor. A doutrina majoritária, podemos dizer assim, entende que, por exemplo, numa contravenção, ainda que em grau de *apelação*, condenado, o réu tenha apelado, o Tribunal de Alçada ou o Tribunal de Justiça deverá transformar o julgamento em diligência, para que haja tentativa de *transação penal* ou a proposta da *suspensão condicional do processo*, sustentando que é uma lei processual, mas com implicações no direito material, porque leva à extinção da punibilidade, tendo, portanto, efeito retroativo. Esse é o entendimento, queremos crer, majoritário na doutrina, e as questões se multiplicam a respeito disso. No Rio de Janeiro existem Câmaras entendendo dessa maneira, mesmo em relação à *representação* nos casos de lesão corporal leve ou culposa. Por força da Constituição, que assegura a retroatividade da lei penal mais benigna, então, o art. 90 seria institucional.

Achamos, e nossa posição é minoritária, que não é bem assim. Realmente, a *suspensão do processo* tem reflexos no direito material, porque, passado aquele período de prova, extingue-se a punibilidade. Entretanto, as regras que regulam a *suspensão condicional do processo* e a *transação penal*, são regras, normas, de Direito Processual e têm aplicação de imediato ou segundo dispuser a lei nova. A Lei 9.099/95 diz que suas regras se aplicam de imediato, salvo se a instrução criminal já tiver sido iniciada; são, portanto, normas de natureza processual. O que é penal e que teria aplicação retroativa, porque lei mais benigna seria a outra norma, que diz que, passado o período de prova, extingue-se a punibilidade. A regra que trata da extinção da punibilidade é uma regra de Direito Penal, mas são duas, três ou quatro normas diferentes. As normas que regulam a *suspensão condicional do processo*, por exemplo, são de natureza processual, apenas uma regra do Direito Penal diz: “*Ocorrendo esse fenômeno processual, extingue-se a punibilidade*”. Mas as regras que regulam o fenômeno processual são regras de Direito Processual e, por isso, não teriam aplicação retroativa. Até porque, segundo o próprio tratamento legal, a *suspensão condicional do processo* deve ser proposta no momento em que se oferece a denúncia. Se estamos até em grau de recurso para julgar uma *apelação* do Ministério Público ou da defesa, parece-me extemporânea essa *suspensão*; não há mais o que suspender.

A regra que trata da *transação penal* pressupõe o não-exercício da ação penal pelo oferecimento da denúncia; se já estamos na fase do julgamento, não há mais que se falar em transformar o julgamento em diligência para se tentar fazer uma transação penal, já que a ação penal pública foi exercitada.

Essas posições, que estão sendo apresentadas pela doutrina, criam problemas graves, e aqueles que sustentam a aplicação retroativa dessas regras têm um limite: a *coisa julgada*. Todavia, se a norma é de Direito Penal não tem que se respeitar *coisa julgada* nesse caso, retroage tudo ou não retroage nada. Se fosse norma de Direito Penal mais benevolente, mais benigna, teria que retroagir.

## 6. REPRESENTAÇÃO – INTIMAÇÃO E DECADÊNCIA

“Art. 91. Nos casos em que a lei passe a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la, no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

Entrando em vigor a Lei 9.099/95, se a ação penal já foi exercitada e, à época, não se exigia a *representação* do ofendido, parece-nos que não cabe mais intimá-lo para representar. Posição minoritária.



Agora, em relação aos inquéritos de fatos pretéritos, que estavam tramitando na Delegacia de Polícia, surgindo a lei nova, o Ministério Público já não pode mais exercitar a ação penal sem a *representação*. Então, nesses casos, é que a autoridade policial deverá intimar o ofendido, ou, se menor, o seu representante, para fazer a *representação*, colocando aquela condição específica, aquela condição de procedibilidade para que o Ministério Público possa exercitar a ação penal.

Dizem alguns autores que a *representação* é um instituto também de Direito Penal, porque a *representação* não feita leva à decadência e a decadência extingue a punibilidade. Então, teria que ter aplicação retroativa até mesmo para os processos em curso. Como dito anteriormente, existem Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que estão transformando o julgamento da *apelação* em diligência para intimar o ofendido, a fim de que este diga se quer representar ou não. Não representando, ter-se-ia uma extinção do processo meio atípica, porque a condição que se exige hoje não era a exigência do momento em que o Promotor ofereceu a denúncia, ou seja, a *representação*. Se a lei dissesse isto expressamente, tudo bem, mas não o faz.

Diferente a análise quanto a outras questões com relação a fatos futuros, não mais de Direito intertemporal. Com relação ao problema do prazo de trinta dias – intimação ao ofendido para representar no prazo de trinta dias –, há quem sustente que o art. 38 do Código de Processo Penal que fala do prazo de seis meses para queixa para *representação* estaria derogado e que o prazo da *representação* seria de trinta dias. Parece-nos que não. Parece-nos que essa regra é de Direito intertemporal.

Para os inquéritos já instaurados, exigindo-se a *representação*, como anteriormente não se exigia, o ofendido tem que ser cientificado para, querendo, em trinta dias, fazer a *representação*. Agora para os fatos futuros, por exemplo, se sou vítima de uma lesão corporal dolosa leve, ou culposa, ou ameaça, como já era, tenho seis meses, pelo art. 38, para comparecer e fazer a minha *representação* normalmente. Quer dizer, essa regra do art. 91 é temporária e, passado algum momento, deixará de existir, e o prazo decadencial continua de seis meses e não se precisa intimar o ofendido. Como na ação penal privada, o ofendido tem seis meses, a partir do dia em que ele sabe quem foi o autor da conduta, para fazer a *representação*. Essa exigência de trinta dias seria para os inquéritos já instaurados e que não necessitavam, à época, daquela *representação*.

Outra questão interessante que está sendo discutida diz respeito, para fatos futuros, à desclassificação. O Ministério Público denuncia por lesão corporal grave, não é infração de pequeno ou de menor potencial ofensivo. Feita a instrução criminal, o Juiz desclassifica-a para lesão corporal leve, o que é uma infração de menor potencial ofensivo. Ou,

no Tribunal do Júri, para ficar mais complicado, numa tentativa de homicídio, os jurados negam o dolo de matar, desclassificando o delito para lesão corporal, e a lesão é leve. O Juiz-Presidente vai prolatar a sentença. Necessita ele da *representação* porque, ao final, verificou-se que, a rigor, a imputação correta era de lesão leve e não grave? Se grave, não seria necessária a *representação*; desclassificada para lesão leve, a *representação* passou a ser necessária.

Em nível de competência, acho que temos que trabalhar com a **perpetuatio jurisdictionis**. A competência do Júri – em razão da primeira imputação – deve ser mantida. Achemos que o Juiz-Presidente não tem que desclassificar e mandar para o Juízo Especial Criminal; ele julgará a lesão leve, e a lesão corporal culposa. No caso, há perpetuação de sua competência.

Em nível da *representação*, que passa a ser exigível, como resolver a questão? No Tribunal do Júri é mais complicado, porque o Presidente tem que decidir, aplicar a pena, tendo em vista a decisão do Conselho de Sentença. Temos que aplicar a jurisprudência sábia, antiga e que me parece correta, que entende que a *representação* não é algo absolutamente formal; não é necessário que haja um termo de *representação* formal. Se o ofendido, depois do inquérito, depois do processo, em seu depoimento, manifestou de forma inequívoca que desejava a **persecutio criminis**, a persecução penal, está feita a *representação*. Isso já se entende para os crimes contra a liberdade sexual, quando o ofendido é pobre e seu representante depõe no inquérito e não fez a *representação*, mas está claro que deseja a persecução penal. Entende-se que vale como *representação* aquela manifestação de vontade no depoimento. Nesse caso, entendendo-se que o ofendido, que já depôs, seja no inquérito, seja no processo, manifestou a vontade da persecução penal, é desnecessário intimá-lo para fazer a *representação* pois ele já representou informalmente. Parece-nos que essa solução prática é a melhor.

Nas poucas hipóteses, realmente minoritárias, em que o ofendido não for encontrado e não depôs no inquérito e nem no processo e não se sabe se ele deseja realmente a persecução penal, a solução é transformar o julgamento em diligência e fazer a notificação do ofendido para ali *representar*, no prazo de trinta dias. Em nível do Tribunal do Júri, a situação fica complicada, porque tem decisão do Conselho de Sentença e do Juiz-Presidente.

Nesse caso, impõe-se suspender o julgamento, respeitando o que os jurados decidiram, fazer a intimação ao ofendido e, no caso de ele *representar*, o Juiz prolatar a sentença, o Juiz-Presidente, que passou a ter competência para o crime não doloso contra a vida. E se ofendido demonstrar, de forma inequívoca, que não deseja a persecução penal,

ter-se-ia que extinguir o processo sem julgamento do mérito, em face da lesão já resultante da desclassificação dos jurados.

## 7. INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

“Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

O que é infração de menor potencial ofensivo? O art. 61 fala nas contravenções e fala nos crimes cuja pena máxima não é superior a um ano, excetuados aqueles que têm um procedimento especial. Nesse caso, existem três posições. E isso é da maior importância, porque diz respeito à competência dos Juizados Especiais Criminais.

A doutrina majoritária entende que essa exceção só se refere aos crimes; as contravenções, quaisquer que sejam, são de menor potencial ofensivo, sejam aquelas duas que têm as penas superiores a um ano, sejam aquelas outras que tenham até procedimento especial, como é o caso do “jogo do bicho”. O Prof. Damásio E. de Jesus entende que não, que essas exceções se aplicam também às contravenções. Então, as contravenções que têm um procedimento especial não estariam abrangidas pela Lei 9.099/95.

Em nossa opinião, as exceções estão ligadas aos crimes. Contravenção, qualquer que seja, seria uma infração de menor potencial ofensivo, mesmo que tenha um procedimento especial. Não restringimos, assim, a competência dos Juizados Especiais Criminais. E vamos mais longe; numa interpretação também minoritária, procuramos ampliar a competência dos Juizados Especiais Criminais. Em que sentido? Os crimes que tenham procedimento especial no Código de Processo Penal, por este motivo não deixam de ser infrações de menor potencial ofensivo. A Lei 9.099/95 diz que serão excetuados os casos em que “a lei preveja procedimento especial”. Ora, todo procedimento, todo rito é previsto em lei, então, como a lei não tem palavras inúteis, como o legislador falou “em que a lei preveja”, a meu juízo, está se referindo às leis extravagantes, às leis especiais.

Se entendermos como a doutrina está entendendo, a injúria não seria uma infração de menor potencial ofensivo, pois, embora tenha uma pena máxima inferior a um ano, tem um rito especial previsto no Código e, assim, não seria uma infração de menor potencial ofensivo. Mas o que tem de especial no rito da injúria? Tem, exatamente, a possibilidade da *transação*, que é tudo o que a lei quer. Quer dizer, tirar-se-ia do âmbito da lei a injúria, porque o legislador penal, antecipando-se, deseja exatamente essa *transação* entre ofendido e ofensor, entre aquele que injuriou e aquele que sofreu a injúria. E depois, diz o Código de Processo Penal,

cai-se no rito ordinário; não há nenhuma incompatibilidade de ritos, como nos crimes contra a propriedade industrial, em que se tem que fazer busca e apreensão da marca e patente etc. No caso da injúria, não há nenhuma incompatibilidade de rito.

Entendendo como a doutrina, somente dois crimes de ação penal privada seriam de menor potencial ofensivo, porque os demais têm procedimento especial no Código de Processo Penal. Se não nos enganamos, seriam o crime de dano privado simples e o exercício arbitrário das próprias razões. Tudo o mais, todos os crimes de ação penal privada, porque têm procedimento especial no Código, sairiam do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, onde justamente se procura a *conciliação civil*, a *transação penal*, é a sede própria para que a ação penal privada venha realmente a atingir sua finalidade. Achamos que, mesmo que o crime tenha um procedimento especial no Código, se a pena for de, no máximo, até um ano, não deixa de ser uma infração de menor potencial ofensivo. Já o abuso de autoridade, a Lei de Tóxicos, nesses casos, em que há um procedimento especial, realmente, embora a pena possa ser pequena, não são de competência dos Juizados Especiais Criminais.

## 8. APLICAÇÃO DOS INSTITUTOS DA LEI 9.099/95 ÀS JUSTIÇAS ESPECIAIS

A aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 às chamadas Justiças Especiais também é uma outra questão polêmica e importante. O entendimento que está predominando é que a *transação penal*, a *suspensão condicional do processo*, a *denúncia oral* aplicar-se-iam também ao Código de Processo Penal Militar, à Justiça Militar, seja federal ou estadual, e, ainda, à Justiça Eleitoral.

**Data venia**, discordamos deste entendimento. Achamos que a lei em exame trata do Direito Processual Comum e só alteraria o Código de Processo Penal Militar e o Código Eleitoral se houvesse regra expressa neste sentido, até porque o Código Processual Penal Militar não tem nem o instituto da ação pública condicionada à *representação*. No Código Processual Penal Militar, a ação pública é sempre incondicionada.

Uma lei processual, uma lei penal que entre em vigor, se não disser expressamente que se trata do Processo Penal Militar ou do Direito Penal Militar, é uma lei de Direito Processual Penal comum e não se aplica às Justiças Especiais. Assim foi a Lei da Prisão Temporária, a de Execução Penal, a não ser quando o preso está submetido ao sistema penitenciário dos Estados.

A Lei 9.099/95 é uma Lei de Direito Processual Penal comum, que só se aplica ao Direito Processual Penal comum, à Justiça Penal comum. E tanto é que, quando o Ministério Público entende que a questão de fato é complexa e, por isso, não oferece denúncia, requer ao Juiz a remessa

dos autos ao Juízo comum, ao Juízo tradicional, e não ao Juiz militar, que é um Juiz especial, e não ao Juiz eleitoral, que é um Juiz especial da Justiça Federal. Essa é uma questão também importante.

## 9. COMPETÊNCIA DE FORO

“Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.”

O art. 63 quis resolver uma controvérsia jurisprudencial, em face da interpretação do art. 70 do Código de Processo Penal. Pelo art. 70, sendo o crime consumado, o foro competente é o do lugar onde se consumar a infração. E o Código Penal, no art. 14, diz que se consuma a infração quando realizados todos os elementos do tipo objetivo. Parte da doutrina entendia que, nos chamados crimes a distância, poder-se-ia aplicar a Teoria da Ubiquidade: tanto é o lugar da infração onde se pratica a ação como onde ocorre o resultado.

A Lei 9.099/95 diz que o foro competente é o do lugar onde foi “praticada” a ação penal. O legislador não foi feliz. Deveria ter dito *onde foi praticada a ação*, mostrando o que realmente desejava. Mas, quando diz *praticada a infração penal*, continua dando margem a dupla interpretação.

O Prof. Damásio E. de Jesus, na *Anotação* que faz à lei, continua sustentando que, mesmo nos Juizados Especiais Criminais, *praticada a ação penal, é onde a infração foi consumada*, porque a lei não falou em *praticar a ação*, e, sim, em *praticar a infração*.

O legislador, pelo menos, tinha o dever de ser mais claro e nos parece que a melhor interpretação é a de que o foro competente é do lugar *onde foi praticada a ação*, ou *onde se omitiu a ação devida*, nos crimes omissivos.

## 10. TERMO CIRCUNSTANCIADO

“Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.”

No sistema processual em vigor atualmente, nos crimes de ação penal privada, para o delegado instaurar o inquérito tem que haver o requerimento do ofendido. Tratando-se de ação penal pública condicionada, para a instauração do inquérito, exige-se a *representação* do ofendido.

Nesta Lei 9.099/95, o legislador tratou de modo diferente; hoje se instaura a persecução penal – porque o *termo circunstanciado* não deixa

de ser uma atividade persecutória do Estado –, com a apresentação do autor do fato à presença do Juiz, mesmo tratando-se de um crime de ação penal privada ou condicionada à representação, sem saber se o ofendido deseja aquele procedimento todo. Pode ocorrer que o ofendido não deseje nada daquilo e não se deveria instaurar sequer esse procedimento. Na lavratura do *termo circunstanciado*, dever-se-ia colher a anuência do ofendido e, aí sim, deflagrar o *procedimento sumariíssimo ou a audiência preliminar* etc. Mas como está na lei, não; e até o contrário, diz que a *transação civil* importa na renúncia da *representação*, da *queixa*, mostrando que o ofendido se manifesta posteriormente.

## 11. CONTEÚDO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO

Debatendo com Juízes em Vitória, num curso da Escola da Magistratura do Espírito Santo, surgiu uma idéia muito interessante, sobre a qual não tínhamos pensado. Como será lavrado o *termo circunstanciado*? Não é disciplinado na lei e serve de base à denúncia ou queixa. É complicado oferecer a denúncia com base num termo, por mais circunstanciado que seja. O que será um *termo circunstanciado*?

Há uma interpretação, que nos parece absurda, dizendo que a autoridade policial que tem atribuição para lavrar o *termo circunstanciado* abrange também o secretário dos Juizados Especiais Criminais e policiais militares. Achamos que o soldado, o cabo da Polícia Militar não são autoridades policiais; eles têm que levar à autoridade policial e esta lavrar o *termo circunstanciado*.

Como é que será lavrado esse *termo circunstanciado*? Sabemos, que, às vezes, não é nem o delegado, é o detetive, o inspetor, o responsável pelo expediente da delegacia. Esse responsável ouve a narrativa de uma colisão no trânsito: um avançou o sinal; não, foi o outro que avançou a placa de *pare*; vítima no hospital... Ele ouve aquelas pessoas todas, aquela contusão na delegacia e vai dar sua versão num *termo circunstanciado* que vai servir de base para a denúncia? Depois a testemunha diz que não disse aquilo ao delegado, que disse outra coisa. Como é que vai ser isso? Será uma complicação muito grande, porque o delegado vai fazer uma interpretação do que ouviu no balcão da delegacia e dará a versão dela a partir de, às vezes, três ou quatro versões conflitantes. Quer dizer, ele passa quase a ter um poder de julgador, de valoração daqueles depoimentos.

Os Juízes no Espírito Santo sugeriram – e vão sugerir à Secretaria de Segurança, iniciativa até que deveria ser do Ministério Público – que, quando elaborarem esse boletim no computador esse *termo de ocorrência* – lógico que não é para transformá-lo num inquérito policial, porque estaria indo de encontro ao espírito da lei – façam um espaço relativa-

mente grande, metade de uma página ou uma página inteira, para que o delegado diga: *versão da testemunha x – motorista do Gol invadiu o sinal; versão da testemunha y – quem invadiu o sinal foi o motorista do Chevette*. E essas testemunhas assinariam naquele pequeno espaço, assumindo a autoria daquela versão. Porque senão fica muito difícil instaurar uma ação penal com base numa versão que o delegado colheu naquela confusão toda das pessoas indo para o hospital, parentes chegando à delegacia. E, depois, as testemunhas poderiam dizer que não disseram aquilo, que era o contrário.

Acho que o Ministério Público tem que pensar nisso junto com a Secretaria de Segurança, para que as pessoas assinem a versão que estão dando aos fatos. Não é para colher um depoimento formal daquela testemunha, porque senão se transforma num inquérito policial, mas que o delegado diga que a versão da testemunha “a”, em resumo, é uma, e ela assine, e o da testemunha “b” é outra, e ela também assine. Até para se saber, quando as pessoas vierem depor em juízo, se elas estão mentindo ou não, o que disseram antes ou o que não foi dito.

Evidentemente o tempo é escasso e não conseguiremos examinar tudo a que nos propunhamos, porque as questões são as mais variadas possíveis. Desculpem-nos se perdemos um pouco em clareza.

## 12. NULIDADE

“Art. 65 .....

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.”

Este parágrafo diz que nenhuma nulidade, qualquer nulidade, será declarada se não houver prejuízo. Ora, leiam-se nulidades relativas, porque, se a nulidade for absoluta, evidentemente, independente de prejuízo, tem que ser reconhecida de ofício pelo Juiz. Essa é a sistemática do nosso Código, adotada também na Lei 9.099/95. Então, se amanhã um Juiz ferir o contraditório, violar a Constituição, independentemente de prejuízo, violou-se o *devido processo legal*.

Até dispensamo-nos de trabalhar como a doutrina trabalha: presume-se prejuízo. Não precisa nem presumir prejuízo, porque, quando você o presume, está vendo prejuízo ao interesse das partes. Aqui é o prejuízo para a função jurisdicional do Estado, para o *devido processo legal*. Então, se a nulidade for absoluta, independe do prejuízo, independe da arguição em momento processual; ela não é sanável e cabe ao Estado anular o processo e refazer os atos. Parece-nos que temos que interpretar dessa maneira: qualquer nulidade “em termos”, qualquer nulidade relativa, e, não, absoluta.

### 13. PRISÃO EM FLAGRANTE E FIANÇA

Art. 69 .....

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao Juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança."

Também está havendo discussões a respeito deste parágrafo. Estivemos colhendo impressões, pesquisando a doutrina e já há várias posições a esse respeito.

Numa interpretação literal da lei, pode-se entender, como o Prof. Damásio E. de Jesus está entendendo, que não há prisão – não se imporá prisão em flagrante.

Não é bem isso. A prisão em flagrante já ocorreu. O fato jurídico – prisão em flagrante – já ocorreu. Quando a pessoa é levada presa, conduzida à presença da autoridade policial, já ocorreu a prisão. Temos que distinguir a prisão como fato jurídico que ocorre na rua, da documentação da prisão que se faz, na sistemática do Código, pelo *auto de prisão em flagrante*. Uma coisa é a prisão como fato jurídico e outra coisa é a documentação da prisão que, pelo Código, faz-se pelo *auto de prisão em flagrante*.

O que o legislador está dispensando, a nosso juízo, é a documentação dessa prisão no *auto de prisão em flagrante*. Ela será documentada no *termo circunstanciado*, mas a prisão em flagrante não está sendo impedida pelo legislador, até porque seria um despautério.

Caberia ao soldado da Polícia Militar prender ou não em flagrante, segundo o juízo de tipicidade que ele não pode fazer na hora? Como o policial, naquele momento, vai saber se a lesão daquele que está no hospital é leve ou grave?

Imaginem: a pessoa diz que o policial não pode prendê-la. Por quê? Porque é uma infração penal cuja pena não vai além de um ano. O policial não pode prender porque a prisão seria ilegal. Realmente, seria uma brincadeira, impossível de acontecer e nem tem sentido deixar de prender em flagrante as pessoas que estão praticando a infração penal naquelas hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal.

Acho que há prisão, a pessoa é levada presa à autoridade, mas livra-se solta, como já acontece no art. 321 do Código de Processo Penal. Só que, para o art. 321 do Código de Processo Penal, lavra-se o *auto em flagrante* e se livra solto, não há liberdade vinculada, é liberdade plena que não pode ser revogada. Aqui também, documenta-se a prisão, que ocorreu com o fato jurídico, num *termo circunstanciado*, e o autor do fato vai embora ou é apresentado imediatamente ao Juiz criminal dos Juizados Especiais Criminais.



A prisão não está impedida, até porque, se interpretarmos a lei, não está proibida a própria lavratura do *auto de prisão em flagrante*. Se o autor do fato – isso não vai acontecer – disser que não assume o compromisso de comparecer ao Juizado, o que diz a lei? Que, nesses casos, não será o *termo circunstanciado* que documentará a prisão, e sim, a lavratura do *auto de prisão em flagrante*. Então, a prisão em flagrante existe e até o *auto de prisão em flagrante* não é incompatível com a lei, porque, se ele se negar a comparecer ao Juizado, tem que lavar o *auto* e, lavrando-o, a prisão em flagrante ocorreu.

Há autores que entendem que não há prisão em flagrante mais, que não se pode prender em flagrante quando a infração for de menor potencial ofensivo. Realmente é uma situação complicada não se poder efetivar a prisão em flagrante.

Documenta-se a prisão no *termo* até para saber se ela foi ilegal. De repente, é de interesse do autor do fato documentar essa prisão, porque pode ser uma prisão ilegal e ele pode até ter interesse depois em provocar o processo em relação àquele que praticou abuso de autoridade – Lei 4.898/65.

#### 14. A PENA

Há questões várias a respeito da pena – a lei fala em pena – resultante da *transação penal*. Há quem entenda que não é pena, que não estamos diante de uma sentença penal condenatória.

Por exemplo, o Ministério Público não oferece denúncia, propõe a pena pecuniária, o autor do fato aceita, o Juiz homologa e aplica a pena pecuniária. Há quem diga que isso não é pena no sentido penal, porque, se o insolvente não pagar, não pode ser convertida em prisão segundo a sistemática do Código Penal – Parte Geral da Lei de Execução Penal. Outros entendem que seria pena e se aplicaria a Lei de Execução Penal em toda a sua inteireza. Outros ainda entendem que não é pena porque não há uma sentença condenatória, porque não há processo e não pode haver pena sem processo.

Como falamos no início, esse é o procedimento, esse é o *devido processo legal*. Realmente, o Juiz homologando a *transação* não está prolatando uma sentença condenatória no sentido tradicional que conhecemos, mas está submetendo, declarando – tem uma carga declaratória muito acentuada – até porque houve assentimento do réu, a existência do fato penalmente típico. Inclusive, a tipicidade deve ser ali explicitada porque, até se for uma outra tipicidade, pode não caber sequer a *transação penal*.

Entendo que seja pena, é Direito Penal e não é pena sem processo, porque esse é o *devido processo legal*. Admito até que seja uma ação do

Ministério Público **sul generis**, mas há uma ação. E, sendo pena, aplica-se a Lei de Execução Penal em toda a sua extensão.

Apenas nos parece que essa sentença homologatória da *transação penal* não pode ser um título executivo para a indenização do dano **ex delicto**. Não por força até da lei, mas por força do próprio Código de Processo Civil. O Código de Processo Civil no capítulo que trata dos Títulos Executivos Judiciais e Extrajudiciais, diz que é título executivo judicial a sentença penal condenatória e aqui não é realmente uma sentença penal condenatória propriamente dita, e, sim, homologatória. Por isso, não é um título executivo. Quer dizer, o ofendido não pode executar na esfera cível essa sentença homologatória da *transação penal*, até porque, se pudesse, nunca conseguiríamos fazer a *transação*, pois não interessaria ao ofendido fazê-la, já que estaria reconhecendo o dever de indenizar. Nesse caso seria uma forma de frustrar o que o legislador deseja, que é a *transação penal*. Acho que essa posição procede, a sentença homologatória na *transação penal* não teria efeito de título executivo na esfera cível.

## 15. ENCAMINHAMENTO DO TERMO CIRCUNSTANCIADO AO JUÍZO COMUM

“Art. 77 .....

§ 2º Se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação da denúncia, o Ministério Público poderá requerer ao Juiz o encaminhamento das peças existentes, na forma do parágrafo único do art. 66 desta lei.”

O Ministério Público, entendendo complexa a situação de fato, não tendo elementos para oferecer à denúncia, dependendo de averiguação ou de produção de prova pré-processual no inquérito, deverá requerer ao Juiz a remessa do *termo circunstanciado* e das demais peças de informação que o instruírem ao Juízo comum.

Qual a questão? Pergunta-se: o Juiz pode indeferir esse requerimento do Ministério Público? Se pode, qual o procedimento a ser imprimido?

Uns entendem que, se o Ministério Público achar que o fato é complexo, está dentro da **opinio delicti** do Ministério Público; ele é o titular da ação penal, remete para o Juízo comum. Mas a lei fala *requerer* ao Juiz. Se a lei fala que se deve requerer ao Juiz, pressupõe-se a possibilidade de o Juiz deferir o requerimento ou indeferi-lo. Pensamos que, se o Juiz entender que o fato não é complexo, não demanda investigação a ser realizada no inquérito policial, que o Ministério Público já tem elementos – justa causa, prova mínima – para o exercício da ação penal e não a está exercitando, aplica-se o art. 28 do Código de Processo Penal, por analogia. Ou seja, nem todo o poder ao Ministério Público e

nem todo o poder ao Judiciário. O Juiz, naquela função anômala, como diz Fernando da Costa Tourinho Filho, é fiscal do fiscal no arquivamento. É fiscal do Princípio da Obrigatoriedade. Quando o Ministério Público tem elementos para denunciar e não o faz, o Juiz indefere e envia ao Procurador-Geral. E o Ministério Público, como é próprio do sistema acusatório, através do Procurador-Geral, dá a última palavra, inclusive, nesse caso, através do controle a ser exercido externamente pelo Juiz quando da não-denúncia. Se o Juiz entende que o Ministério Público já tem elementos para denunciar e este não o faz, quer remeter ao Juízo comum, ele não pode obrigar o Promotor a denunciar, nem pode fazer a acusação evidentemente. Então, por analogia, aplicar-se-ia o art. 28 do Código de Processo Penal, e o Ministério Público dará a última palavra, através do Procurador-Geral. Parece-nos que essa seria a melhor solução.

## 16. TRATAMENTO DIFERENCIADO PARA OS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

“Art. 77 .....

§ 3º Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao juiz verificar a complexidade e as circunstâncias do caso que determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único do art. 66 desta lei.”

Diz a lei que o ofendido oferecerá a queixa, que pode ser oral – frustrada a *transação civil*, porque esta importa a renúncia ao direito de queixa – e o Juiz pode entender que o fato é complexo e remeter para o Juízo comum. É, um tratamento diferenciado em relação ao Ministério Público, que não denuncia e requer a remessa ao Juízo comum. Nesse caso, na ação penal privada o querelante teria que oferecer a queixa e o Juiz é que mandaria para o Juízo comum. Não sei porque houve essa inversão. De repente, o querelante diz que o fato é complexo, que seria necessária uma perícia... Suponhamos um crime de dano que dependa de perícia e não se tem como oferecer a queixa. Ter-se-ia que oferecer a queixa para que o Juiz mandasse para o Juízo comum.

Entendemos que teríamos de interpretar a expressão *oferece a queixa e o Juiz manda para o Juízo comum* não como obrigação, até porque pode-se necessitar de prova para oferecê-la. Então, pode requerer a remessa ao Juízo comum, porque não se tem sequer prova para o oferecimento da queixa.

Mas, se ele oferece a queixa e o Juiz entende que faltam elementos de provar que o fato é complexo, o que deve fazer o Juiz no caso da ação penal privada? Deve remeter a queixa e o *termo circunstanciado* e os demais elementos de prova ao Juízo comum? Ou deve rejeitar a queixa? Nosso entendimento é que o Juiz deve rejeitar a queixa, vez que falta

prova para lastrear a acusação penal, faltá justa causa, suporte probatório mínimo. E essa prova tem que ser colhida através de inquérito no Juízo comum; não cabe a ele receber a queixa, porque, se o faz, não há por que mandar para o Juízo comum; não lhe cabe deixar de decidir sobre a imputação, sobre a ação que foi proposta pelo ofendido. Então, ele rejeitaria a queixa e, preclusa essa decisão, mandaria ao Juízo comum.

## 17. NÚMERO DE TESTEMUNHAS

Quanto ao número de testemunhas, o legislador deixou de dizer quantas seriam no caso da Lei 9.099/95. Há três posições. Uns entendem, como Damásio E. De Jesus, que o número máximo é de três. Outros, como nós, entendem que o número máximo seria de cinco. E outros, ainda, que, se for contravenção, seriam três, se crime de menor potencial ofensivo, seriam cinco, obedecendo àquela diferenciação que o Código de Processo Penal faz.

Achamos que, em nível de infração de menor potencial ofensivo, não existe mais diferença entre crime e contravenção. Seriam três ou cinco testemunhas arroladas. Como cinco vão mais ao encontro da busca da verdade real, da ampla defesa etc., nossa tendência é limitar a cinco e não a três testemunhas. Alguns entendem que, se não for contravenção, seriam três. Entretanto, circunstância está derrotada, não se aplica mais e, por isso, essa distinção não seria mais pertinente. Entendemos que seria um máximo de cinco testemunhas, não se computando o ofendido, que não é testemunha e aquelas que não prestam compromisso, não sendo testemunhas numerárias.

## 18. INTERROGATÓRIO DO RÉU

Há, ainda, a questão do interrogatório do réu, que, pela nova lei, será feito depois da oitiva das testemunhas da denúncia e da defesa.

Na audiência de instrução e julgamento, o advogado do réu responde à acusação (denúncia ou queixa), o Juiz recebe-a e vai colher a prova, ouvindo as testemunhas da denúncia, as arroladas pela defesa e depois fará o interrogatório do réu. O interrogatório do réu, na sistemática da Lei 9.099/95, é feito depois da instrução criminal. Nesse momento surge uma questão: o réu fica presente à coleta da prova oral e depois, ao ser interrogado, estará sabendo o que as testemunhas disseram, ou seria retirado da audiência de instrução e julgamento?

No princípio, nós achávamos que o réu deveria ser retirado da audiência de instrução e julgamento para que ele não ouvisse o que as testemunhas iriam dizer, porque o interrogatório perderia muito de seu valor. Seria até prejudicial à defesa, porque o Juiz iria valorar de forma

menos acentuada o interrogatório do réu prestado nessas circunstâncias. De repente, seria até de interesse da defesa a retirada do réu, porque se o Juiz sabe que o réu está ouvindo tudo o que foi dito vai dar uma credibilidade menor ao seu interrogatório.

Mas, pensando melhor, mudamos de posição, tendo em vista que o legislador optou mesmo por ser o interrogatório um meio de defesa. E a defesa pessoal, a autodefesa, é importante. Se o réu fosse retirado da audiência, num depoimento de testemunha arrolada na denúncia, ele não poderia orientar seu advogado para fazer uma pergunta importante. Quer dizer, o réu tem o direito de assistir à instrução criminal; é uma garantia constitucional. E, se for retirado, não estaria presente à audiência de instrução e julgamento, sendo chamado somente para o debate, para as alegações finais e para a prolação da sentença. Então, achamos que hoje o réu deva ser interrogado posteriormente, mesmo ouvindo a prova que é colhida na audiência. E o Juiz vai dar, no sistema de livre convencimento, no sistema da prova legal, à versão do réu, o valor que merecer nas circunstâncias.

## 19. SISTEMÁTICA DOS RECURSOS

A Lei 9.099/95 não adota a sistemática do Código de Processo Penal com relação aos recursos. Por exemplo, não tem *embargos de infringentes*. Quer dizer, se a Turma Revisora, que vai examinar, *via apelação*, uma sentença absolutória ou condenatória dos Juizados Especiais Criminais, não sendo unânime a sua decisão, não caberão *embargos de infringentes*. Só teríamos a *apelação* e os *embargos de declaração*.

Há, entretanto, decisões interlocutórias. As decisões interlocutórias não são recorríveis. Mas, e o prejuízo? Não causa prejuízo, porque, não havendo recurso, não há preclusão; é o Princípio da Irrecorribilidade das Interlocutórias. Não havendo preclusão, *na apelação*, tanto o Ministério Público quanto a defesa suscitam a questão de novp. Esta está em aberto, porque não há recurso, não há preclusão.

Só teríamos esses dois recursos em nível de simplificação, como deseja a lei. E mais um, que seria o *recurso extraordinário*.

O *recurso especial*, não. Por quê? A Constituição diz que caberá *recurso especial* das decisões em única e última instância proferida pelos Tribunais de Justiça, de Alçada, Tribunais Regionais Federais. Ora, essa Turma Revisora não é um Tribunal de Justiça, de Alçada, então, a norma constitucional não incide, não cabendo, conseqüentemente, o *recurso especial*.

No dispositivo constitucional que trata do *recurso extraordinário* a redação é outra. Caberá *recurso extraordinário* de matérias constitucio-

nais das decisões julgadas em última ou única instância, mas não diz por qual tribunal. Essa Turma Revisora, essa Turma Recursal, vai julgar, em última instância, aquela causa penal. Então caberia, por força da Constituição, o *recurso extraordinário*.

Surgem outros problemas: se cabe *recurso extraordinário*, quem fará o juízo de admissibilidade? A Turma Revisora tem um presidente? Do indeferimento do *recurso extraordinário* cabe *agravo de instrumento*? E vêm os desdobramentos da decisão que indefere o *recurso extraordinário*. Achamos que o juízo de admissibilidade do *recurso extraordinário* tem que ser feito pelo Presidente do Tribunal de Justiça e do indeferimento caberá agravo de instrumento etc., aplicando-se a lei especial que trata do *recurso extraordinário*. É a única solução que temos, até porque cada comarca tem uma Turma Revisora, uma Turma de Julgamento.

Há também a questão do **habeas corpus** com relação à ilegalidade que possa ser praticada pelo Juízo criminal. Uns entendem que é o Tribunal de Justiça que é competente para julgar o **habeas corpus**, outros que é essa Turma Revisora. Achamos que, nesse caso, seria a Turma Revisora, embora não sendo um Tribunal de 2º grau, mas como uma instância revisora. Agora, o **habeas corpus** contra a decisão da Turma seria do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Alçada, de acordo com a competência prevista no Código.