

Juizados Especiais Criminais (Lei Nº 9.099/95) (**)

AFRANIO SILVA JARDIM (*)

Introdução

A Lei nº 9.099/95, que ficou em *vacatio* durante dois meses, já está em vigor e, nesse período, muito se produziu, muito se discutiu, muito se debateu. Várias obras hoje já estão sendo publicadas, comentando determinados dispositivos cuja interpretação é conflitual e discutível. Achamos que, talvez, não agora, mas proxima-mente, tenhamos que realizar um exame da Lei numa perspectiva não procedimen-talista, e, sim, numa visão sistemática, percebendo que ela é especial, mas se insere dentro de um sistema processual. Parece-nos que muitas das interpretações, até van-guardistas, 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 professores de lançar 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 conheci-mento jurídico. Temos encontrado isso na interpretação da Lei nº 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 e, só com o tempo, demoradamente, é que colocamos as coisas nos trilhos novamente.

Esta 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 hipó-tese da abolição do Direito Penal, numa visão utópica, com uma acentuada descri-minalização, é uma visão liberal, mas pode ser até o contrário, uma postura persecu-tória, equivocada. Porque, na medida em 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 ga-rantias. O Princípio *nulla poena sine iudicio* é um princípio ligado ao Direito Pro-

cessual por ser instrumento de aplicação do Direito Penal. Na medida em 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.

Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

Vamos começar a falar sobre os Juizados Especiais Criminais ressaltando os dois institutos que são, talvez, os mais importantes, e que estão criando mais controvérsias. Referimo-nos à *transação penal* e à *suspensão condicional do processo*.

Hoje já temos alguma doutrina, alguns livros de autores importantes, interpretando esses e outros institutos. Esses dois institutos têm merecido dessa doutrina uma interpretação já majoritária, e que parece não 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 nº 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 esses 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, abrandou 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 coloco como uma quarta condição da ação, ou seja, aquela prova mínima que deve existir para lastrear a instauração do processo, dar arrimo à acusação penal pública ou privada - pelo sistema do Código, o Ministério Público tem o *dever* de oferecer a denúncia. Nessas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, O legislador diz que, 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 oferecer 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 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 investigação policial. Supondo que a nossa lei assim dispusesse, 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, a 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, uma 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 muitas questões ou deixamos de tê-las. Ma 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 nº 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, a punibilidade do réu estará 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-nos 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 é isso. Note-se, outrossim, que o perdão existente na ação penal privada outorga ao querelante semelhante 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 que, quando da defesa de nossa tese na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - *A Ação Penal Pública - Princípio da Obrigatoriedade* - 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 que ser dado 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 nº 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. Um promotor tem um entendimento e não a exercita, outro promotor tem outro entendimento e a exercita. De qualquer maneira, em termos de defesa, a mitigação do Princípio da Obrigatoriedade é a 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 aplicação da pena.

Deseja-se a discricionariedade, mas, quando ela vem, querem tirar a discricionariedade do Ministério Público, e o juiz passaria a ter a iniciativa da *transação penal*, a iniciativa da suspensão condicional do processo, o que não é papel do juiz no sistema acusatório. Achamos ate, dentro dessa perspectiva 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 fazer 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 tem que sugerir a aplicação de uma pena. De certa forma, é uma ação penal.

Por outro lado, quando o juiz aplica a pena - a Lei nº 9.099/95 fala em "o juiz aplicará 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, um outro tipo de ação penal está sendo exercitado 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 propor a transação e o juiz o faria, ficando uma relação 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 isto. 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 estão pensando dessa maneira, o que será uma subversão do nosso sistema processual. As complicações são imensas se aceitarmos essas colocações que já são predominantes.

Procedimento sumaríssimo

A aplicação do procedimento sumaríssimo, previsto na Lei nº 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 isto tem sido colocado nos demais Estados, 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 tenho 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 ocorreu a situação de fato que ela prevê para determinar a incidência de 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 desta lei, para ser aplicado, depende da criação dos Juizados Especiais e de sua instalação.

Aplicação das disposições da Lei nº 9.099/95

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

Retroatividade

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

O art. 90 diz que a Lei nº 9.099/95 se aplica, quando de sua entrada em vigor, aos processos instaurados, salvo se já estiver 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 há Câmaras entendendo dessa maneira, mesmo em relação à representação nos caso de lesão corporal leve ou culposa. Por força da Constituição, que assegura a retroatividade da lei penal mais benéfica, então, o art. 90 seria inconstitucional.

Achamos, e nossa posição é minoritária, que não é bem assim. Realmente, a suspensão condicional 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, são 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 crimi-

nal já estiver sido iniciada; são, portanto, normas de natureza processual. O que é penal e que teria aplicação retroativa, porque 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 norma que regulam a *suspensão condicional do processo*, por exemplo, são de natureza processual; apenas uma regra de 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 que se oferece a denúncia. Se estamos até em grau de recurso, para julgar uma apelação do Ministério Público ou da defesa, parece-nos 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 se tem que respeitar *coisa julgada*; nesse caso, retroage tudo ou não retroage nada. Se é norma de Direito Penal mais benevolente, mais benigna, teria que retroagir.

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 nº 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, 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 falei 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. Em 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 isso 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 30 dias. Há quem sustente que o art. 38 do Código de Processo Penal que fala do prazo de seis meses para a queixa e para a *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 *representação*. Agora, para os fatos futuros, por exemplo, se eu for vítima de uma lesão corporal dolosa leve, ou culposa, ou ameaça, como ocorria anteriormente, tenho seis meses, pelo art. 38, CPP, para comparecer e fazer minha *representação* normalmente. Quer dizer, essa regra do art. 91 é temporária e, passado algum momento, ela 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*.

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

A nível de competência, acho que temos que trabalhar com a *perpetuatio jurisdictiones*. A competência do Júri - em razão da primeira imputação - deve ser mantida. Acharmos que o juiz-presidente não tem que desclassificar e mandar para o juízo especial criminal; ele julgará a lesão leve, a lesão corporal culposa. No caso, há perpetuação de sua competência.

A 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 nos 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 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 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 foi encontrado e não depôs no inquérito e nem no processo e não 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. A 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 do 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 o 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.

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 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 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 nº 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 nº 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 nosso 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, tirasse-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 fazer busca e apreensão da marca e patente, etc. No caso da injúria, não há nenhuma incompatibilidade de rito.

Entendemos 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 de 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*, onde 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 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.

Aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 às Justiças Especiais

A aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 às chamadas Justiças Especiais também é uma outra questão polêmica e importante. O entendimento que está predominando é o de 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 desse 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 nesse sentido, até porque o Código Processual Militar nem tem o instituto da ação pública condicionada a representa-

ção. 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, ela 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 nº 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 um juiz especial da Justiça Federal. Essa é uma questão também importante.

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 artigo 70 do Código de Processo Penal. Pelo artigo 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 à distância, poder-se-ia aplicar a Teoria da Ubiquidade: tanto é o lugar da infração onde se pratica a ação como aquele onde ocorre o resultado.

A Lei nº 9.099/95 diz que o foro competente é o do lugar onde foi “praticada a infração 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 que o foro competente é o do lugar *onde foi praticada a ação*, ou *onde se omitiu a ação devida*, nos crimes omissivos.

O 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.

Em se tratando de ação penal pública condicionada, para a instauração do inquérito, exige-se a *representação* do ofendido.

Nesta Lei nº 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 se tratando de um crime de ação penal privada ou condicionada à representação, sem se 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 sumaríssimo* ou a *audiência preliminar*, etc. Mas como está na Lei, não, é até o contrário, ali se diz que a *transação civil* importa na *renúncia da representação*, da *queixa*, mostrando que o ofendido se manifesta posteriormente.

O Conteúdo do Termo Circunstanciado

Debatendo com Juizes em Vitória, num curso da Escola da Magistratura do Espírito Santo, surgiu uma idéia muito interessante, sobre a qual eu não tinha 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 este *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, naquela confusão na delegacia, e vai dar sua versão num *termo circunstanciado* que vai servir de base para 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 dele 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 juizes do Espírito Santo sugeriram, e vão sugerir à Secretaria de Segurança - iniciativa que até deveria ser do Ministério Público - para que, quando elaborarem esse boletim no computador, esse *termo de ocorrência* - lógico que não é para transformá-lo num inquérito policial, porque estaria indo contra ao espírito da Lei - façam um espaço relativamente grande, metade de uma página inteira, para que o delegado diga: versão da testemunha "X" - motorista do Gol que 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.

Achamos 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 daquela testemunha "A", em resumo, é uma, e ela a assine, e a da testemunha "B" é outra, e ela também a 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. Como se vê, as questões são as mais variadas possíveis.

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, que é também adotada na Lei nº 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 argüição 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.

Prisão em flagrante e fiança

"Art. 69 - (omissis).

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*, que não há prisão em flagrante - "*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.

Achamos que há prisão, a pessoa é levada presa à autoridade, mas livra-se solto, como já acontece no art. 321 do Código de Processo Penal. Só que para o art. 321 do Código de Processo Penal, livra-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 *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 se lavar o *auto* e, lavrando-o, a prisão em flagrante ocorreu.

Há autores que entendem que não há mais prisão em flagrante, 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 ter até interesse, depois, em provocar o processo em relação àquele que praticou abuso de autoridade - Lei nº 4.898/65.

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 *transação penal*.

Entendemos que seja pena, É Direito Penal, e não é pena sem processo, porque esse é o *devido processo legal*. Admitimos até que seja uma ação do Ministério Público *sui 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 ofensor 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*. Achamos que essa posição procede; a sentença homologatória na transação penal não teria efeito de título executivo na esfera cível.

Encaminhamento do termo circunstanciado ao Juízo comum

“Art. 77 - (*omissis*)

§ 2º: Se a complexidade ou as 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 a 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 do 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, o juiz 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 Process. Penal e o Ministério Público dará a última palavra, através do Procurador-Geral. Parece-nos que essa seria a melhor solução.

Tratamento diferenciado para os crimes de ação penal privada

“Art. 77 (*omissis*)

§ 3º: Na ação penal de iniciativa do ofendido poderá ser oferecida queixa oral, cabendo ao juiz verificar se a complexidade e as circunstâncias do caso determinam a adoção das providências previstas no parágrafo único ao 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-iam 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 entende¹ que faltam elementos de prova, 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, falta justa causa, suporte probatório mínimo. E essa prova tem que ser colhida através de inquérito no Juízo comum, receber a queixa, porque, se o faz, não há porque 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.

Número de testemunhas

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

Achamos que, a nível de infração de menor potencial ofensivo, não existe mais-diferença entre crime e contravenção. Seriam três ou cinco testemunhas arroladas. Como vai mais ao encontro da busca da verdade real, da ampla defesa, etc., nossa tendência é limitar a cinco e não três testemunhas. Alguns entendem que, se não for contravenção, seriam três. Entretanto, essa circunstância está derogada, não se aplica mais e, por isso, essa distinção não seria 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 numéricas.

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 nº 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, 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 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.

Sistemática dos recursos

A Lei nº 9.099/95 não adota a sistemática do Código de Processo Penal com relação aos recursos. Por exemplo, não tem *embargos infringentes*. Quer dizer, se a Turma Revisora que vai examinar, via *apelação*, uma sentença absolutória ou condenatória dos Juizados Especiais, não sendo unânime a sua decisão, não caberão *embargos infringentes*.

Há no entanto, 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 novo. Esta está em aberto, porque não há recurso, não há preclusão.

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

O *recurso especial*, não. Por quê? A Constituição diz que caberá *recurso especial* das decisões de única ou última instância proferida nos 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 constitucionais das decisões julgadas em última 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 de 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 entendem 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 superior. Agora, o *habeas corpus* contra a decisão da Turma Revisora seria do Tribunal de Justiça ou do Tribunal de Alçada, de acordo como a competência prevista no nosso Código.

(*) **Afranio Silva Jardim** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Processual Penal na UERJ e na Faculdade Cândido Mendes.

(**) Transcrição da palestra proferida, de improviso, na Associação Mineira do Ministério Público, em dezembro de 1995, e reproduzida com autorização do autor.