

REFLEXÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES DO CPP PELA LEI N. 11.719/08

Maurílio Moreira Leite – MML

Desembargador

João Marcos Buch – JMB

Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Joinville

IINTRODUÇÃO – MML

A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, com vigência a partir de 23 de agosto de 2008 (60 dias após a data de sua publicação) introduz profundas modificações nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal, dando ênfase aos princípios da concentração e oralidade. Numa só audiência deverão ser produzidas as provas pretendidas pelas partes, com alegações orais e prolação imediata de sentença. Criou a possibilidade de absolvição sumária, além de ter modificado as causas de não recebimento da denúncia ou queixa. Classificou os procedimentos em comum e especial, sendo o primeiro dividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, tendo em conta o máximo da pena cominada à infração penal. Trouxe o princípio da identidade física do juiz, bem como a citação com hora certa, nos moldes previstos no Código de Processo Civil. Modificou as regras atinentes ao aditamento, que será sempre necessário se houver mudança de definição jurídica oriunda de prova amealhada na instrução. Introduziu a obrigatoriedade de na sentença ser fixado “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Tudo na elogiável pretensão de tornar célere a prestação jurisdicional na esfera penal. Do acerto ou não das modificações, o tempo, por certo, o dirá.

Sem almejar exaurir o muito que poderá ser dito acerca da reforma, alinhamos, a seguir, algumas considerações para reflexão dos estudiosos da matéria, os quais darão a última palavra.

I – INDENIZAÇÃO NO CÍVEL

MML – Art. 63 – Diz respeito à execução, no juízo cível, de sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, por parte do ofendido ou seu representante legal ou seus herdeiros.

A modificação refere-se ao acréscimo de parágrafo único possibilitando a execução ser efetuada pelo valor fixado na sentença, nos termos do inciso IV do artigo 387, redação que lhe deu a lei em questão, de seguinte teor: “O juiz ao proferir a sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”. Pela segunda vez o legislador trouxe à legislação processual penal assunto que dizia respeito à área civil. A primeira foi com o advento do Código Brasileiro de Trânsito, artigo 297. A respeito escrevemos, à época: “É consequência da sentença penal condenatória a obrigação de reparar o dano causado pelo crime (Código Penal, art. 91, I). Transitada em julgado a decisão condenatória, a qual constituirá título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 598, II), caberá ao interessado interpor a respectiva ação civil, competindo ao Ministério Público tal incumbência quando ocorrente o estabelecido no artigo 68, do Código de Processo Penal”. Sobre a competência do Ministério Público leia-se Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., p. 117/118, lembrando que em Santa Catarina não existe Defensoria Pública.

A separação da jurisdição penal da civil é absoluta. O Código de Trânsito, no entanto, no seu artigo 297, deu tímido passo à descaracterização da tradicional independência ao criar a denominada multa reparatória, a qual, embora nominada como pena, tem evidente e incontroversa destinação civil, pois visa indenizar o prejuízo material oriundo de crime de trânsito. Leia-se: “A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada em base no disposto no §1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.” (Jurisprudência Catarinense, vol. 104/105, 2003/2004, p. 189).

JMB – Art. 63. Como já firmado no *caput* do art.63 a sentença condenatória transitada em julgado pode de imediato ser executada no cível para reparação do dano sofrido pela vítima.

O problema enfrentado era que previamente à execução era necessário normalmente fazer a liquidação da sentença.

Agora, independentemente desta liquidação para apuração do prejuízo efetivamente sofrido, conforme o inciso IV do art.387, o valor mínimo da reparação pode ser fixado pelo juiz criminal ao prolatar a sentença condenatória.

A pergunta é se para isso haveria possibilidade/necessidade de se alargar a instrução, até mesmo com assistente de acusação, no intuito de oferecer parâmetros para a fixação do valor mínimo na sentença? Em princípio não. A instrução penal não pode ir além da comprovação do tipo do injusto, antijuridicidade e justificação, culpabilidade e exculpação, autoria e participação. Adentrar em seara alheia para fins civis não se coaduna com o objetivo do processo penal, cuja definição moderna resume-se num sistema de garantias do cidadão em face do poder do estado em punir (Canotilho - Cadernos democráticos, Estado de direito. Lisboa: Gradiva, 1999).

II – DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MML – Art. 257 – A antiga redação esclarecia que competia ao Ministério Público promover e fiscalizar a execução da lei. Agora, em dois incisos é prescrito: “Ao Ministério Público cabe: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II – fiscalizar a execução da lei”. De se notar, com a inclusão da expressão “privativamente” não restou revogado o artigo 29, que trata da ação penal privada subsidiária da pública, assim redigido: “Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação principal”.

Criticável, no entanto, o fundamento – “se esta não for intentada no prazo legal” – Acerca do tema, apresentamos a seguinte proposição, quando se cogitava da reforma da Parte Geral do Código Penal, em abril de 1981: “Quinta sugestão. Artigo 100, § 3º. Redação do Anteprojeto: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Redação proposta: A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não se manifestar no prazo legal. Justificativa: Ao receber, o Ministério Público, um inquérito policial ou

qualquer peça de informação, ele não é obrigado, necessariamente, a oferecer denúncia. Cabe-lhe poder discricionário de exame do contido naqueles procedimentos e chegar a uma conclusão acerca da existência, ou não, de um fato delituoso. Ou mesmo, ante a necessidade de maiores esclarecimentos, entender indispensável alguma diligência. Ora, o sentido do dispositivo do Anteprojeto, idêntico ao que está em vigor, é dar ao ofendido ou seu representante legal um certo poder de fiscalização dos atos do Ministério Público no concernente a uma possível desídia. Somente em casos de inércia do Ministério Público é justificável a ação penal privada subsidiária da pública.

Segundo Damásio E. de Jesus, “A ação penal subsidiária da pública só cabe quando o órgão do Ministério Público ultrapassa inerte o prazo para oferecimento da denúncia. Não tem cabência nos casos de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação e quando o Promotor Público requer, tratando-se de indiciado solto, a devolução dos autos à autoridade policial no sentido de realização de diligências imprescindíveis para o oferecimento da denúncia.” (Direito Penal, 1º vol. Ed. Saraiva, 1997, p. 576). A redação proposta visa não só conciliar o que existe na doutrina e na jurisprudência a respeito, como evitar futuras polêmicas interpretativas” (Ofício datado de 28 de abril de 1981, encaminhando sugestões ao Ministério da Justiça). Sem esquecer que, agora, a matéria também é tratada no artigo 5º, inciso LIX, da Constituição Federal de 1988.

JMB – Art. 257. Reforçando o disposto no art.24 do CPP, o inciso I apenas ratificou a legitimidade do Ministério Público para promover privativamente a ação penal pública, adequando o CPP à norma constitucional (art.129, I, da CF).

O inciso II apenas repetiu o que havia no *caput* do art.257.

II – DO DEFENSOR

MML – Art. 265 – Proíbe que o defensor abandone o processo, salvo por motivo imperioso com comunicação prévia, sob pena de aplicação de multa (10 a 100 salários mínimos). Acrescenta dois parágrafos, um possibilitando a transferência da audiência se o defensor não puder comparecer por motivo justificado. Antes não era possível a transferência e a falta era suprida com nomeação de defensor “ad hoc”

(para o ato). Essa nomeação ainda persiste se o defensor não provar impedimento até a abertura da audiência. Consoante previsto no § 2º, “incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato”.

JMB – Art. 265 - O dispositivo repete a questão do abandono do processo apenas por motivo imperioso, havendo agora determinação expressa da necessária comunicação prévia ao juiz. Houve ainda a atualização do valor da multa. De uma forma ou de outra, como se sabe, especialmente em Santa Catarina, salvo é óbvio os bons profissionais, o problema é com a defensoria dativa, cujos não comparecimentos e abandonos são reiterados, não sendo o artigo de grande utilidade, haja vista legislação específica no Estado.

Os §§ 1 e 2º, que substituem o antigo parágrafo único, passam a permitir que a audiência seja transferida, sendo faculdade do juiz acolher ou não a justificativa do defensor, que deverá provar o impedimento até a data do ato. Caso contrário será a audiência realizada, com defensor *ad hoc*.

IV – DA CITAÇÃO E FORMAÇÃO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

MML – Art. 362 – Substituiu a citação por edital (5 dias) quando o réu se oculta para não ser citado, pela citação com hora certa, nos termos dos artigos 227 a 229, do Código de Processo Civil.

MML – Art.363 – A antiga redação dizia respeito às hipóteses pertinentes à citação por edital. Agora refere-se à formalização do processo. Leia-se: “O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.” Os incisos I e II foram revogados, acrescentado o parágrafo 1º, que diz: “Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital”. O parágrafo 2º foi vetado, e tinha a seguinte redação: “Não comparecendo o acusado citado por edital nem constituído defensor”, o que vale dizer, a citação por edital não é eficaz para determinar a formalização do processo, consoante disposto no *caput* do artigo.

Também vetados restaram os incisos I, II e III. Para melhor compreensão, leia-se a matéria que restou vetada e os motivos apresentados:

“§§ 2º e 3º do art. 363 e caput do art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, alterados pelo art. 1º do Projeto de Lei:

“Art. 363. ...

“§ 2º Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

“I - ficará suspenso o curso do prazo prescricional pelo correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação (art. 109 do Código Penal); após, recomeçará a fluir aquele;

“II - o juiz, a requerimento do Ministério Público ou do querelante ou de ofício, determinará a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

“III - o juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos arts. 312 e 313 deste Código.

“§ 3º As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato.”

...

“Art. 366. A citação ainda será feita por edital quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu.”

“Razões dos vetos

“A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer, nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório.

“Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º há também que se indicar o veto daquele.

“Cumpra observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja, a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais” (mensagem nº 421, de 20 de junho de 2008).

Em decorrência, conclui-se que, citado o réu por edital, o processo somente terá prosseguimento com seu comparecimento, consoante determinado no § 4º: “Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos arts. 394 e seguintes deste Código. Tais dispositivos dizem respeito ao procedimento. Entretanto, não só o comparecimento dos réus será suscetível de determinar o fluir do processo, mas a constituição de defensor, consoante previsto no artigo 396, parágrafo único: “No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído”. Até então, o processo e o prazo prescricional estarão suspensos, consoante preconizado no artigo 366 do Código de Processo Penal, redação mantida haja vista o veto à matéria substitutiva.

JMB – Arts. 362 e 363 – Firmado agora que apenas com a citação do acusado é que a relação processual é completada, nos moldes civis. Inovação ficou por conta da citação por hora certa. Para tanto, o CPP, passa a prever três formas de citação:

a) Pessoal:

Em regra a citação deve ser pessoal. Inclusive, como reforçado pelo art.360, do CPP, se o réu estiver preso, será ele pessoalmente citado.

b) Edital:

A citação por edital acontece quando o acusado não é encontrado. Não há mais porém a previsão de citação por edital quando *incerta a pessoa que tiver de ser citada*. Isto pela lógica do atual sistema penal, como acima já visto, garantista e

constitucional. Comparecendo o acusado, em qualquer tempo, segue o procedimento previsto, conforme artigos adiante analisados, abrindo-se prazo para defesa prévia e posterior audiência de instrução e julgamento.

c) Por hora certa:

Importante inovação, por uma questão de obediência ao princípio da ampla defesa, o art.362 alterou o antes no mesmo artigo disposto. Agora, ao invés de proceder à citação por edital, com prazo de 5 dias, no caso do acusado furtar-se a receber a citação haverá a citação por hora certa, nos moldes do processo civil, arts.227-9. Furtar-se a receber a citação não significa recusa em assinar o mandado. Para isto o art.357, II, já estabeleceu que basta a declaração do oficial sobre a recusa, dando-se a citação como pessoal. Furtar-se no caso é quando o réu se oculta, despista, não permite que o oficial de justiça consiga com ele contatar, maliciosamente.

PROCEDIMENTO DA CITAÇÃO POR HORA CERTA

Deverá o Oficial de Justiça:

- procurar por no mínimo três vezes o réu e, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa que com o réu trabalhe próxima (assessor, secretário, funcionário etc.), de que no dia imediato voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.
- no dia e hora designados, independentemente de novo despacho, comparecer ao endereço do réu a fim de realizar a diligência.
- Se o réu não estiver presente, procurar informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o réu se tenha ocultado em outra comarca.
- certificar a ocorrência, deixando contrafé com a pessoa próxima (assessor, secretário, funcionário etc.), declarando-lhe o nome.

Deverá o Escrivão:

- uma vez realizada a citação por hora certa, assim que aportar o mandado certificado aos autos, enviar ao réu carta, dando-lhe ciência de tudo.

Após, completada a citação com hora certa, se o réu não comparecer, o feito segue nomeando-se defensor, caso não haja advogado constituído.

Não se descarta de uma forma ou de outra, caso presentes os pressupostos e requisitos do art. 312 e 313, do CPP, a decretação da prisão preventiva.

V.1. EMENDATIO LIBELLI

MML – Art. 383 – A nova redação é praticamente idêntica à anterior, dizendo respeito à faculdade de o juiz dar nova definição jurídica ao fato descrito na denúncia ou queixa. Acrescentou-se o parágrafo 1º, autorizando a concessão da suspensão condicional do processo, se viável, diante da nova classificação. No parágrafo 2º é determinada a remessa dos autos ao juiz competente, se for o caso.

JMB – Art. 383 e parágrafos – A inovação ficou por conta dos parágrafos.

Solucionou-se velha problemática criada a partir da lei do juizado especial criminal. Com os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, a partir da *emendatio libelli* havia entendimento de que o juiz não poderia sentenciar o mérito e sim interromper a decisão neste momento, declinando da competência ou marcando audiência de suspensão condicional do processo. Outros entendiam que cabia sim ao juiz sentenciar o mérito e somente após abrir a possibilidade de aplicação dos institutos, prorrogando-se a competência. Exemplo clássico disso ocorria quando a acusação imputava ao réu prática de tráfico ilícito de entorpecentes e na sentença o juiz entendia que ficara caracterizado apenas a posse para uso pessoal. Deveria ele encaminhar os autos ao Juizado Especial Criminal, ou sentenciar o mérito?

Pois bem, agora parágrafo primeiro deixa claro que se em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz deverá proceder de acordo com a lei, ou seja, de acordo com o art.89, da Lei n.9.099/95, abrindo-se a oportunidade.

Já pelo parágrafo segundo, uma vez tratando-se de infração da competência de outro juízo, v.g. juizado especial criminal, a este deverá encaminhar os autos.

No mais, o artigo não deixa claro em que momento a *emendatio libelli* poderá ser aplicada, continuando a celeuma doutrinária e jurisprudencial, sendo maioria os defensores de que apenas por ocasião da sentença é possível. Particularmente, entendo que a partir do momento em que o artigo passou a ressaltar a necessidade de aplicação dos institutos da suspensão condicional do processo e de outros juízos (vg juizado), então poderá ser a qualquer tempo, antes ou depois do recebimento da denúncia. Além disso, conforme se verá adiante, poderá o juiz doravante absolver sumariamente o réu, após a defesa, antes da instrução. Ou seja, vale o velho brocardo: *quem pode o mais, pode o menos*.

V.2. MUTATIO LIBELLI

MML – Art. 384 – Na redação primitiva, se o juiz reconhecesse a possibilidade de nova definição jurídica em decorrência de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa, sem agravamento da situação anterior, ouviria a defesa no prazo de oito dias, a qual poderia arrolar até 3 testemunhas. Todavia, se da nova definição implicasse na aplicação de pena mais grave, indispensável seria o aditamento, consoante previsão do parágrafo único, ouvindo-se a defesa, que poderia arrolar até 3 testemunhas. Na nova disposição, excluído o parágrafo único, o aditamento será sempre necessário. Leia-se: “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude deste houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente”.

Foi acrescentado o parágrafo 1º, com aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal (remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça no caso de recusa ao aditamento). No parágrafo 2º, é determinada a ouvida da defesa e, admitido o aditamento, dar-se-á continuidade à audiência, com inquirição de testemunhas, interrogatório, debates e julgamento. Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá (§ 5º). Da decisão caberá recurso em sentido estrito (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 618).

JMB – Art. 384 – Algumas mudanças fundamentais neste instituto foram feitas.

O procedimento para aditamento será um só, independentemente se importar ou não em pena mais grave.

Por outro lado, se o Ministério Público se recusar a aditar, nos termos da decisão judicial, o código passou a deixar claro que aplica-se o art. 28, do CPP, ou seja, encaminham-se os autos à Procuradoria Geral de Justiça na forma disposta.

Se o Ministério Público fizer o aditamento, antes de se o admitir deverá ser ouvida a defesa.

Em sendo admitido, será designada audiência em continuação, quando então serão inquiridas as testemunhas arroladas e feito novo interrogatório, em audiência una.

Também se aplica ainda o mesmo da *emendatio* caso haja possibilidade de suspensão condicional do processo ou declínio de competência.

PROCEDIMENTO DA *MUTATIO LIBELLI*:

- Encerrada a instrução, havendo possibilidade de *mutatio libelli*, o Ministério Público apresenta o aditamento. Se oral, deverá ser reduzido a termo;
- Se o Ministério Público se negar a aditar e o juiz entender cabível o aditamento, aplica-se o art. 28, do CPP;
- Aditado ou retornados os autos da Procuradoria Geral de Justiça com determinação de aditamento e feito este, abre-se vista à defesa para manifestação;
- Após a manifestação o Juiz decide. Se receber o aditamento, não sendo caso de suspensão condicional do processo nem declínio de competência, o juiz marca audiência para oitiva das testemunhas, a serem arroladas pelas partes no prazo de cinco dias (três para cada um no máximo). Na nova audiência, inquiram-se as testemunhas e procede-se à novo interrogatório.
- Não recebido o aditamento, o feito segue normalmente.

VI – SENTENÇA CONDENATÓRIA

MML – Art. 387 – Refere-se às formalidades da sentença condenatória – “O Juiz, ao proferir a sentença condenatória” ... – sendo mantido o inciso I – “mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer”. Também permanece o inciso II, salvo as referências aos artigos 42 e 43, que passaram a ser 59 e 60 – “II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal”. Tais dispositivos dizem respeito à aplicação da pena, inclusive a de multa.

Retirou do inciso III a expressão “se for o caso, a duração das acessórias”. Estas eram previstas no artigo 67 do Código Penal, em sua antiga redação, e seriam a perda da função pública, eletiva ou de nomeação, interdição de direitos e publicação da sentença. Hoje, as hipóteses estão previstas no artigo 92, como efeitos da condenação. Excluída a publicação da sentença, que subsiste na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, art. 78, inciso II. Em suma, o inciso III restou assim redigido: “aplicará as penas de acordo com essas conclusões;”

O inciso IV dispunha de providências inexistentes a partir da reforma de 1984. Ou como nos diz Guilherme de Souza Nucci: “Medida de segurança ao réu perigoso; não mais existe o sistema duplo binário (aplicação concomitante de pena e medida de segurança – ao inimputável)” (Código de Processo Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., p. 387). O referido inciso (IV) teve nova redação: “O juiz ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Ao artigo 387 foi acrescentado parágrafo único com redação seguinte: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”. Revogado, portanto, o artigo 594, pelo qual o réu somente poderia apelar com o recolhimento à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória.

JMB – Art. 387 – O inciso II do art. 387 apenas adequou a remissão ao Código Penal, pois antes se referia aos arts. 42 e 43, alterados com a reforma de 84, passando a ser os de n. 59 e 60.

O inciso III retirou a referência a penas acessórias, pois atualmente o objeto da sentença é a pena principal prevista no tipo. As penas acessórias ou foram extintas ou passaram a ser efeitos da condenação, previstos nos arts. 91 e 92, do CP.

O inciso IV, como já observado no item I supra (art. 63, parágrafo único, do CPP), refere-se à fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, conforme os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Neste ponto, apenas se questiona sobre a fixação ser um dever ou uma faculdade do juiz. Numa interpretação literal, é um imperativo. Ocorre que, uma vez que não se admite dilação probatória no respeitante ao prejuízo sofrido (vide item I supra), muitas vezes não será possível a fixação. O dispositivo é muito mais voltado a crimes contra o patrimônio, onde a *res* não é recuperada e portanto, terá o auto de avaliação indireta servindo de base para a fixação do valor mínimo de reparação. Mas, pergunta-se, e nos crimes onde o dano é moral, em algumas ou em todas as suas modalidades, v.g. crimes contra os costumes? Ou então quando o crime tem como sujeito passivo a coletividade, ou quando é de natureza formal ou de mera conduta, v.g. corrupção ativa ou passiva? Nesses casos, fica impossível fixar um valor mínimo de reparação. Então o juiz deverá consignar na sentença a este respeito, ou seja, que deixa de fixar o valor mínimo da reparação por estes ou outros motivos.

Conclusão: nem todas as sentenças condenatórias terão a fixação do valor mínimo da reparação, mas em todas deverá haver uma manifestação judicial que fixa ou justifica o motivo pelo qual deixou de fixar.

Manutenção da prisão provisória ou decretação por ocasião da sentença:

O parágrafo único do art. 387 complementa e de certa forma altera o art. 594, do CPP, inclusive sedimentando o que a jurisprudência já vinha estabelecendo. Doravante é especificado na lei a obrigatoriedade de fundamentar a manutenção da prisão provisória ou de sua decretação por ocasião da prolação da sentença.

E mais, isto não interfere ou prejudica o conhecimento da apelação que vier a ser interposta. Não é mais possível assim, aliás esta já era o entendimento do STF, tendo o STJ sumulado (Súmula 347/STJ: *O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão*).

VII – ESPÉCIES DE PROCEDIMENTOS

MML – Art. 394 – Determina que o procedimento será comum ou especial. O comum desdobra-se em ordinário, sumário e sumaríssimo. O primeiro aplicável aos crimes cuja sanção máxima cominada seja igual ou superior a 4 anos; o segundo às infrações penais cuja pena restritiva de liberdade cominada for inferior a 4 anos; sumaríssimo para as infrações de menor potencial ofensivo.

O § 2º impõe aplicação a todos os processos o procedimento comum, salvo disposição em contrário. O parágrafo 3º esclarece que aos crimes de competência do Tribunal do Júri aplicar-se-ão as disposições dos artigos 406 a 497. Esses artigos estão disciplinados na Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri e dá outras providências”.

O § 4º manda que se apliquem a todos os procedimentos de primeiro grau, “ainda que não regulados neste Código” os artigos 395 a 398, que dizem respeito às hipóteses de não recebimento da denúncia ou queixa e absolvição sumária.

O § 5º autoriza aplicação subsidiária aos procedimentos especiais, sumário e sumaríssimo das “disposições do procedimento ordinário”.

JMB – Art. 394 – Conforme o art. 394 somente haverá procedimento comum ou especial, ressalvado o procedimento do Tribunal do Júri.

Assim, o procedimento comum é dividido em ordinário (sanção máxima superior a 4 quatro anos de pena privativa de liberdade); sumário (sanção máxima inferior a 4 anos) e sumaríssimo (infrações penais de menor potencial ofensivo).

Para o sumário e sumaríssimo aplica-se ainda o ordinário subsidiariamente.

O § 2º determina para todos os processos a adoção do procedimento comum. Houve a ressalva (§ 2º) sobre disposições contrárias no código ou lei especial. Ou seja, permanecem as disposições referentes a crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, crimes de calúnia etc.

Já o § 4º determina a aplicação dos arts.395 a 398 para todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados pelo código.

Em princípio se poderia crer existente uma contradição entre os §§ 2º e 4º. Não há.

Em regra todos os processos seguirão o procedimento comum, subdividido em ordinário, sumário e sumaríssimo, bem como o procedimento do Júri respectivamente.

Aos crimes com normas especiais do código (honra etc) ou de lei especial (v.g. abuso de autoridade, entorpecentes etc.) não se adota o procedimento comum.

Independentemente disso todos os procedimentos, mesmo que não regulados pelo código, adotarão o disposto nos arts. 395 a 398. Como se verá adiante, estes dispositivos dizem respeito ao Juízo prévio de possibilidade de rejeição de denúncia, de recebimento de denúncia, de defesa prévia e de absolvição sumária.

Não havendo rejeição de denúncia, nem absolvição sumária, passa-se então a seguir o procedimento específico para cada delito, ordinário, sumário ou sumaríssimo ou especial do CPP ou de Lei esparsa.

Ex. Tráfico – procedimento especial de lei esparsa: DENÚNCIA, NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA, RECEBIMENTO OU REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, CITAÇÃO PARA DEFESA, ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU NÃO, CASO NEGATIVO, AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.

Ex. Injúria racial - procedimento especial do CPP: DENÚNCIA, AUDIÊNCIA DE RECONCILIAÇÃO, RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, CITAÇÃO PARA DEFESA, ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU NÃO, CASO NEGATIVO, PROCEDIMENTO ORDINÁRIO.

VIII – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

MML – Art. 395 – “A denúncia ou queixa será rejeitada quando (antes era art. 43): I – for manifestamente inepta” (novidade); II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal” (antes previsto no inciso III, do art. 43); III – faltar justa causa para o exercício ação penal” (novidade).

Anteriormente, a matéria estava regulada no artigo 43 (que restou revogado) e enumerava como causa de rejeição da denúncia ou queixa três situações, quais sejam: o fato narrado evidentemente não constituir crime; (que passou a ser causa de absolvição), já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa (que também passou a ser motivo de absolvição); for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. (mantida no item II, embora com outra redação). Quanto à inépcia da denúncia ou queixa, embora não se encontrasse prevista no texto em vigor antes da reforma, era amplamente utilizada, dês que aquelas peças não se ajustem à exigência do artigo 41, *in verbis*: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Como também, embora não prevista expressamente, a falta de justa causa era fundamento para o não recebimento da denúncia ou queixa, consoante amplamente difundido na doutrina e jurisprudência. A respeito, leia-se Fernando da Costa Tourinho Filho, Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, 4ª edição, p. 121.

JMB – Art. 395 – Por uma das causas do art.395, inépcia da denúncia (repete o art.41), ausência de pressuposto processual ou condição da ação e falta de justa causa (*suporte probatório mínimo em que se deve lastrear a acusação* - **Afrânio Silva Jardim**. Direito Processual Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 80).

IX – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA (ANTECIPADA)

MML – Art. 396 – Recebida a denúncia ou queixa, o acusado será citado para responder no prazo de 10 dias. Tratando-se de citação por edital, o prazo somente terá fluência a partir do comparecimento pessoal do acusado ou de defensor constituído, consoante preconizado no parágrafo único.

MML – Art. 396 A – Na resposta deverão ser alegadas preliminares e tudo o que interesse à defesa, oferecer documentos e justificações, com especificação de provas que pretende demonstrar e arrolar testemunhas, qualificando-as e “requerendo sua intimação, quando necessário”. O parágrafo 1º impõe que “a exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código”.

De acordo com o parágrafo 2º, “não apresentada resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”. Para entendimento dessa disposição, tenha-se em conta o que foi dito com relação ao artigo 363, quando se concluiu que o processo ficará paralisado e suspenso o prazo prescricional quando o acusado, citado por edital, não comparece pessoalmente, ou por intermédio de defensor constituído. Aliás, consoante já referido, o prazo para apresentação da resposta do acusado citado por edital somente terá influência com seu comparecimento ou do defensor constituído (art. 396, parágrafo único).

MML – Art. 397 – Este artigo, em nova redação, trouxe radical alteração no procedimento ao permitir a absolvição sumária. Confira-se: Após o cumprimento do disposto no art. 396A e parágrafos deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: “I – existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – existência manifesta de causa excludente de culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente”.

Contudo, não nos parece razoável cogitar-se de absolvição nessa fase, pelo menos no que diz respeito às decorrentes do exame de mérito (incisos I e II), haja vista que as provas, até então existentes foram colhidas sem o cumprimento do princípio do contraditório, previsto inclusive na Constituição Federal, artigo 5º, inciso LV. Poder-se-ia cogitar, não há como negar, que o dispositivo constitucional diria respeito apenas à defesa, haja vista sua redação: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e os acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes;”. No entanto, o contraditório é princípio consagrado no Direito Processual Penal, na lição de Julio Fabbrini Mirabete: “Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a

igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram no mesmo plano, e a liberdade processual que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar provas que convenham etc.” (Processo Penal, Editora Atlas, 8ª ed., p. 43).

Não basta à caracterização do princípio do contraditório a presença das partes à produção da prova, mas indispensável a do juiz, como estabelecido no artigo 155, do Código de Processo Penal, redação que lhe deu a Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão, exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Logo, inviável a absolvição sumária prevista nos incisos I e II do artigo 397.

Com relação ao item III – “o fato narrado evidentemente não constitui crime” –, deveria ter ficado onde se encontrava anteriormente (causa de não recebimento da denúncia) porquanto, por razões óbvias, a absolvição pressupõe a existência de uma pretensão punitiva válida. Ora, se o fato narrado não constitui crime, a denúncia não deveria ter sido recebida, por ser inepta.

Referente ao inciso IV – “extinta a punibilidade do agente” – o artigo 107 do Código Penal enumera as hipóteses, sendo possível a comprovação, na maioria, por meio de documento. Mas, cuidando-se de perda da pretensão punitiva do Estado, melhor ficaria com mera declaração, como até então era ocorrente, com a extinção do processo, já que o mérito da acusação não será abordado, pois a matéria não lhe diz respeito diretamente.

A absolvição por estar extinta a punibilidade, como quer o novo disciplinamento, importará na revogação do artigo 108 do Código Penal, assim redigido: “A extinção da punibilidade de crime que é pressuposto, elemento constitutivo ou circunstância agravante de outro não se estende a este. Nos crimes conexos, a extinção da punibilidade de um deles não impede, quanto aos outros, a agravação da pena resultante da conexão”.

MML – Art. 398 – revogado (dizia respeito ao número de testemunhas).

JMB – Arts. 396, 396-A, 397, 398 – Inovação no procedimento das mais importantes, deverá (este é o termo da lei) o juiz agora absolver sumariamente o réu

quando verificar: a) existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato, b) existência manifesta de causa excludente de culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade (esta refere-se por óbvio à incapacidade decorrente da doença mental); c) o fato narrado evidentemente não constitui crime, e d) extinta a punibilidade do agente. É um segundo juízo prévio sobre a admissibilidade da denúncia, o primeiro está no art. 396, sobre rejeição da denúncia. Ou seja, caso de plano já tenha se verificado alguma das hipóteses supra, nada impede que o juiz rejeite a denúncia com base nos incisos do art.396, mais precisamente na falta de justa causa. Se após recebida a denúncia o juiz se convencer dos argumentos da defesa, depois da vista à acusação, então absolverá sumariamente.

Repita-se, a partir de agora o procedimento tanto ordinário como sumário, bem como todos os outros demais procedimentos especiais, deverão incluir a disposição prevista nos arts. 395 a 397.

X – PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO

MML – Art. 399 – Vencida a fase inicial (sem absolvição sumária), o juiz designará dia e hora para audiência, ordenando a intimação do acusado e seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e assistente. § 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§ 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”. Esse parágrafo trouxe ao Processo Penal o princípio da identidade física do juiz, até então inexistente. “Na nossa legislação processual penal, ainda se mantêm as regras do procedimento escrito, com pálidos episódios decorrentes da oralidade e concentração. Uma importante exceção foi introduzida com o estabelecimento do procedimento sumaríssimo para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais (art. 81 da Lei n. 9.099/95). O Código de Processo Penal também não consagra o princípio da identidade física do juiz, nem mesmo nos processos sumários, em que há certa concentração e imediatidade. Quando o art. 538, § 2º, alude ao juiz que “logo em seguida proferirá a sentença”, quer se referir ao juiz como órgão do poder jurisdicional, pouco importando qual seja a pessoa física do magistrado no momento” (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, p. 44).

X.1. Audiência de instrução e julgamento

MML – Art. 400 – Disciplina a realização da audiência de instrução e julgamento, sendo o interrogatório realizado por último. As testemunhas arroladas pela acusação serão ouvidas em primeiro lugar, aliás, como era prescrito na antiga redação do artigo 396. Esclarecimento prestado por perito será admitido. Dês que requerido previamente, consoante determina o § 2º do artigo citado.

MML – Art. 401 – Fixa o número de testemunhas (oito), não sendo computadas as que não prestaram compromisso e as referidas (§ 1º). No § 2º é permitida a desistência da ouvida de testemunha arrolada, ressalvando o disposto no artigo 209, que faculta ao juiz a iniciativa da produção de prova oral.

MML – Art. 402 – Após a produção da prova em audiência, há possibilidade de as partes requererem diligência “cuja necessidade se origine de circunstância ou fato apurados na instrução”.

MML – Art. 403 – Inexistindo requerimento ou sendo indeferido, serão apresentadas alegações orais, por 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), “proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

§ 1º Na hipótese de existir mais de um réu, o prazo para alegações orais será “individual”. Não há referência ao Ministério Público, situação que fere o princípio da igualdade das partes. Também lhe deveria ter sido assegurado prazo individual no caso da existência de pluralidade de réus.

§ 2º - Atribui ao assistente o direito de usar a palavra por dez minutos, com prorrogação por igual tempo ao da defesa.

§ 3º - Diante da complexidade do caso ou o número de acusados, o juiz poderá autorizar que as alegações sejam apresentadas por escrito, no prazo de 5 (cinco) dias, devendo proferir a sentença em 10 (dez) dias.

MML – Art. 404 – Este artigo diz respeito à matéria delineada no artigo 403 (possibilidade de realização de diligências). Deferidas, fica suspensa a apresentação das alegações orais, as quais serão apresentadas por memoriais, no prazo de 5 (cinco) dias, com sentença prolatada em 10 (dez) dias.

MML – Art. 405 – “Do ocorrido em audiência, será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos”.

“§ 1º Sempre possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recurso de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”.

“§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição”.

JMB – Arts. 399 a 405 – Como se vê, o interrogatório passa a ser feito por último, podendo então o réu acompanhar toda a instrução e dar sua versão final.

As restrições ao número de testemunhas continuam as mesmas, ou seja, não se faz ressalva, servindo a doutrina e jurisprudência já existentes, segundo as quais o número é para cada fato. As partes podem também desistir da inquirição, ressalvadas testemunhas do Juízo, do art. 209, do CPP.

As alegações finais e sentença passam a ser na audiência. Só não serão realizadas no ato caso diligências sejam determinadas, quando então as alegações finais serão por escrito em 5 dias sucessivos, ou então quando deferido face à complexidade da causa ou número de réus.

FLUXOGRAMA DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO:

- DENÚNCIA OU QUEIXA
- REJEIÇÃO OU RECEBIMENTO
- RECEBIDA A DENÚNCIA - CITAÇÃO
- RESPOSTA EM 10 DIAS COM ARROLAMENTO DE TESTEMUNHAS - caso seja citação por edital, a chamada não é para resposta mas sim para comparecimento, seguindo nos termos já delineados no item IV supra. Caso não apresentada defesa do réu citado pessoalmente ou por hora certa, será nomeado defensor para tanto.
- ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA
- NÃO ABSOLVIDO – RECEBIMENTO DA ACUSAÇÃO – O art.399 fala novamente em recebimento da denúncia ou queixa, mas como esta já deve ter sido recebida,

cf.art.396, deve se ler o disposto como “não absolvido sumariamente o réu”, o juiz designará audiência de instrução e julgamento.

- AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

- declarações da vítima
- inquirição das testemunhas da acusação (até oito) e defesa (até oito)
- esclarecimentos de peritos (requerido previamente) acareações, reconhecimentos
- Interrogatório
- requerimento ou não de diligências ou diligências de ofício – neste ponto o artigo prevê que as partes podem desde já se manifestar não pretenderem diligências ou pode o juiz indeferir as requeridas, concluindo-se a instrução no ato
- Sem diligências - alegações finais (orais ou deferidas para apresentação por escrito)
- Sentença

XI – PROCIMENTO COMUM SUMÁRIO

MML – Até o artigo 531, são aplicadas as disposições dos artigos 395 a 398, conforme preconizado no art. 394, § 4º - “As disposições dos arts. 395 a 398 deste Código aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados neste Código”.

MML – Art. 531 – “Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.” (NR)

MML – Art. 532 – “Na instrução, poderão ser inquiridas até 5 (cinco) testemunhas arroladas pela acusação e 5 (cinco) pela defesa.” (NR)

MML – Art. 533 – “Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código”. Quais sejam: “§ 1º - As provas serão produzidas numa só

audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º - Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes”.

MML – Art. 534 – “As alegações finais serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

“§ 1º - Havendo mais de um acusado, o tempo previsto para a defesa de cada um será individual”. Novamente não há referência ao Ministério Público, assegurando-lhe o direito de usar a palavra por mais tempo quando houver mais de um réu.

Também, expressamente não foi cogitado de as alegações finais e sentença serem deduzidas posteriormente por escrito. Todavia, levando em conta o contido no artigo 394, § 5º, aplicam-se subsidiariamente aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo as disposições do procedimento ordinário – viável aplicação do disposto no art. 402, § 3º, in verbis: “O juiz poderá, considerada a complexidade do caso ou o número de acusados, conceder às partes o prazo de 5 (cinco) dias sucessivamente para a apresentação de memoriais. Nesse caso, terá o prazo de 10 (dez) dias para proferir a sentença”. Ou mesmo do contido no artigo 402: “Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

MML – Art. 535 – “Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer”.

A solução preconizada dificilmente surtirá efeito porquanto, faltando uma testemunha arrolada pela acusação, sua condução coercitiva para a mesma audiência será, praticamente, impossível. Sem dúvida, outra deverá ser designada, com determinação de condução coercitiva da que faltou. Melhor seria que se tivesse determinado a preferência de ouvida das testemunhas de acusação em primeiro lugar. Ademais, não existe testemunha de acusação ou testemunha de defesa, e sim, testemunha arrolada pela acusação ou pela defesa, as quais vêm ao processo para dizer o que sabem acerca da imputação, sem qualquer vinculação aos interesses das partes. Por isso, de importância reduzida o cumprimento da

determinação legal, no sentido de que testemunha arrolada pela acusação será ouvida em primeiro lugar. E quando se tratar de testemunha ouvida por precatória?

Ademais, mesmo não cumprida aquela determinação, a nulidade, se pretendida, somente poderá ser acolhida se comprovado prejuízo à defesa.

Está na hora de se acolher com maior amplitude o disposto no artigo 563 do Código de Processo Penal: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Aliás, orientação expressamente acolhida na Lei n. 9.099/95, art. 65, § 1º: “Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.

MML – Art. 536 – Este artigo aponta solução ao impasse decorrente da obrigatoriedade de as testemunhas ditas de acusação serem inquiridas em primeiro lugar. Atente-se: “A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada, em qualquer caso, a ordem estabelecida no art. 531 deste Código”. Ora, ao se referir ao comparecimento de testemunha, sem mencionar quem a arrolou, é possível concluir, já que vedada a suspensão da audiência, que a ordem estabelecida deve ser obedecida com relação às que se encontram presentes.

MML – Art. 537 – restou revogado (dizia respeito à defesa prévia no antigo procedimento sumário).

JMB – Arts. 531 a 537 – A diferença do procedimento ordinário para o sumário é o número máximo de testemunhas (5 para cada parte) e a ausência de possibilidade de diligências.

Também passa a haver previsão de que toda testemunha que comparecer será inquirida, independentemente do adiamento do ato previsto no art.535 (caso de prova imprescindível). Neste ponto, interessante observar que a lei não faz distinção. Ou seja, pode acontecer que no procedimento sumário alguma testemunha da acusação não compareça, sem possibilidade imediata de condução com reforço policial, tendo a acusação insistido na oitiva. Então, houve-se a vítima e testemunhas da acusação que tenham comparecido e depois houve-se as da defesa, adiando-se o ato no que se refere à testemunha da acusação faltante, quando então prosseguir-se-á na instrução com interrogatório final, alegações e

sentença. Não se questiona aqui em princípio eventual inversão da ordem processual, uma vez que de uma forma ou de outra o réu será interrogado por último. De uma forma ou de outra é interessante ouvir a defesa a este respeito. Se insistir que suas testemunhas sejam ouvidas somente após todas as da acusação, o juiz poderá eventualmente suspender o ato. É razoável.

FLUXOGRAMA DO PROCEDIMENTO COMUM SUMÁRIO

- DENÚNCIA OU QUEIXA
- REJEIÇÃO OU RECEBIMENTO
- RECEBIDA A DENÚNCIA - CITAÇÃO
- RESPOSTA EM 10 DIAS COM ARROLAMENTO DE TESTEMUNHAS - caso seja citação por edital, a chamada não é para resposta mas sim para comparecimento, seguindo nos termos já delineados no item IV supra. Caso não apresentada defesa do réu citado pessoalmente ou por hora certa, será nomeado defensor para tanto.
- ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA
- NÃO ABSOLVIDO – RECEBIMENTO DA ACUSAÇÃO
- AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO:
 - declarações da vítima
 - inquirição das testemunhas da acusação (até cinco) e defesa (até cinco)
 - esclarecimentos de peritos
 - interrogatório
 - alegações finais.
 - Sentença – que poderá ser remetida a gabinete conforme a complexidade ou número de acusados

XII – PROCEDIMENTO SUMÁRIO PARA FEITOS VINDOS DO JEC

MML – Art. 538 – Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo”.

Na Lei n. 9.099/95, não há previsão de o réu ser citado por edital. Neste caso, os autos deverão ser remetidos ao juizado, nos termos do artigo 66 e

seu parágrafo único: “A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado. Parágrafo único: Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei”.

JMB – Art. 538 – Os feitos relativos a crimes de menor potencial ofensivo, quando vindos do Juizado por algum motivo, vg. réu não encontrado para citação, seguirão o procedimento sumário (art. 538).

XIII – PRECATÓRIA

JMB – Em ambos os procedimentos, a ordem de instrução é ressalvada pela inquirição de testemunhas por precatória. O cuidado então é expedir a precatória com prazo, no sentido de ter ela retornado por ocasião da audiência de instrução e julgamento.

XIV – DISPOSITIVOS REVOGADOS – JMB

ART. 43

ART. 398

ART. 498

ART. 499

ART. 500

ART. 501

ART. 502,

ART. 537

ART. 539

ART. 540

ART. 594,

§§ 1º E 2º DO ART. 366

§§1º A 4º DO ART. 533

§§1º E 2º DO ART. 535

§§1º 1 4º DO ART. 538