

Reforma do processo penal: instrução e julgamento

Antonio Carlos Santoro Filho
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

SUMÁRIO: 1. Da designação de audiência. 2. Das provas. 3. Da *mutatio e emendatio libelli*. 4. Das diligências, conclusão da audiência e sentença. 5. Peculiaridades do procedimento sumário

101

1. Da designação de audiência

Recebida a denúncia ou queixa¹ por crime cuja pena *máxima* seja igual ou superior a quatro anos de prisão, adotar-se-á o procedimento *ordinário*. No ato de recebimento, designará o juiz data e horário para *audiência de instrução e julgamento una*, para a qual deverão ser intimados pessoalmente o Ministério Público, o querelante, o réu e, se for a hipótese, o assistente da acusação².

Quanto ao réu *preso*, deverá ser *requisitado* para a audiência, bem como para o interrogatório, cumprindo ao Estado a sua apresentação³.

O projeto original previa, ao lado do prazo de sessenta dias para a entrada em vigor das modificações legislativas, que o novo sistema somente teria aplicação aos processos nos quais ainda não houvesse o recebimento da denúncia ou

1 Entendemos que a designação da audiência, a fim se evitar a prática de atos desnecessários, somente deverá ocorrer após a ratificação do recebimento da inicial acusatória, isto é, em não se tratando de hipótese de absolvição sumária ou de acolhimento de eventuais preliminares levantadas pelo réu, o que somente poderá ser verificado após o oferecimento de resposta pelo réu. A questão será melhor tratada, no entanto, em futuro artigo a respeito da citação, resposta do acusado e juízo de admissibilidade da acusação.

2 CPP, art. 399, *caput*, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.719/08.

3 CPP, art. 399, § 1º, em sua nova redação.

queixa, o que solucionaria o problema relativo à aplicabilidade da nova legislação aos processos em andamento.

Pensamos que, se é verdade que a norma em vigor rege o ato processual, não menos certo é que não parece cabível a conjugação dos procedimentos – novo e revogado – com a criação, pelo Juiz, de um terceiro procedimento, em atuação própria – e exclusiva – do legislador.

Parece-nos, portanto, para se evitar tumulto no andamento dos feitos, que o novo procedimento somente deverá ser aplicado àqueles processos em que ainda não tenha sido interrogado o réu, sendo possível, em tal caso, o cancelamento da audiência para tal fim designada e a designação, em substituição, da audiência de instrução e julgamento. Nos demais feitos prosseguir-se-á nos termos do procedimento revogado, sendo possível a realização de novo interrogatório do acusado ao final da instrução, o que evitará eventual alegação de prejuízo pela Defesa.

A audiência, conforme nova redação do art. 400, do CPP, deverá ser designada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

Apesar de louvável a preocupação do legislador com a celeridade do processo penal, forçoso reconhecer que tal prazo encontra-se completamente divorciado da realidade das varas criminais, para não se falar daquelas em que, além da competência criminal, acumula-se também as áreas cível, de família, de fazenda pública e até mesmo a competência federal – denominadas “*cumulativas*”.

De fato, para discorrermos sobre a realidade que já vivenciamos, não se pode desconhecer que no Estado de São Paulo, em virtude da grande movimentação processual e acúmulo de serviço, as varas criminais dificilmente possuem pauta de audiências compatível com o prazo exíguo fixado pelo legislador – ao menos para os réus soltos –, pois, sem dúvida, os processos com réus presos devem gozar de preferência, uma vez que se encontra em conflito o seu direito à *liberdade*.

Além disso, estando o réu preso em outra comarca – situação bastante comum, provocada pela descentralização dos sistemas de centros de detenção provisória e prisional –, o prazo mínimo para atendimento de requisições é, em regra, de 20 (vinte) dias úteis, o que, por si só, já causará dificuldades ao término da instrução no lapso fixado em lei.

Por fim, não se pode deixar de objetar que, com a *concentração* dos atos processuais em uma *única* audiência, a organização das pautas deverá sofrer profundas modificações, o que implicará a designação de um menor número de solenidades por dia, de modo a permitir a sua *conclusão* na mesma data sem o esgotamento mental de todos os envolvidos no processo – juízes, promotores e advogados.

Portanto, a fixação de prazo exíguo para a realização de audiência sem a dotação, ao Poder Judiciário, de número de varas suficiente e mínimas condições para o julgamento célere, não se prestará, como por “*mágica*”, a atacar o problema da morosidade.

2. Das provas

2.1. Do ofendido

Sempre que possível, *de preferência* no início da audiência, será ouvido em declarações o *ofendido*, devendo ser perguntado sobre as circunstâncias

da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor e as provas que possa indicar⁴.

Caso o ofendido, regularmente intimado, não compareça, poderá ser conduzido coercitivamente⁵.

Tanto antes, como durante a audiência, deverá ser reservado ao ofendido espaço separado para a sua permanência, evitando-se, assim, o seu contato com o réu ou com as testemunhas⁶.

Para se preservar o bem-estar, segurança e intimidade do ofendido, o art. 201, do CPP, em seus parágrafos, de acordo com a redação que lhe conferiu a Lei 11.690 de 9 de junho de 2008, prevê uma série de medidas cautelatórias.

Assim, pode o juiz decretar o segredo de justiça em relação a seus dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito, para evitar a sua exposição nos meios de comunicações; deverá ser comunicado do *andamento* processual, especialmente dos atos relativos ao ingresso ou saída do réu da prisão, o resultado da sentença, bem como acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

Possível ao juiz, ainda, caso entenda *necessário*, encaminhar o ofendido a serviços de atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, às expensas do Estado ou do *ofensor*.

Poder-se-ia cogitar de inconstitucionalidade da previsão de custeio de despesas da vítima pelo ofensor, na medida em que representaria "*juízo antecipado*", em contrariedade ao princípio do estado de inocência.

Creemos, contudo, que a crítica não deve resistir, uma vez que a medida não envolve o reconhecimento de *culpa*, mas se trata de *providência de natureza cautelar*, semelhante em tudo àquelas determinadas no processo civil – e inclusive possível neste âmbito, em processo autônomo – e que demandam a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Assim, para que o juiz determine o atendimento multidisciplinar do ofendido às custas do ofensor, indispensável será que se encontrem presentes os pressupostos da tutela cautelar. Ausentes ou duvidosos estes pressupostos, e sendo necessário o atendimento, deverá ser prestado às expensas do Estado, pois a mera existência do processo não se presta àquele efeito.

Embora não se trate o ofendido de *testemunha*, após a colheita das informações previstas pelo art. 201, do CPP, a sua oitiva deverá seguir as mesmas diretrizes impostas pelo art. 212, isto é, perguntas formuladas diretamente pelas partes, com a *supervisão* e, se necessário, *complementação* pelo juízo.

2.2. Das testemunhas

Cada parte poderá arrolar até oito testemunhas – na inicial acusatória (denúncia ou queixa) e resposta –, não se compreendendo neste número aquelas

4 CPP, art. 201, *caput*, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.690 de 09 de junho de 2008.

5 CPP, art. 201, § 1º, em sua nova redação.

6 CPP, art. 201, § 4º, em sua nova redação.

que não prestem compromisso⁷ e as referidas, cuja oitiva tenha o caráter de imprescindibilidade⁸.

As partes poderão desistir da oitiva de testemunhas arroladas, independentemente da *anuência* da outra⁹, sem prejuízo, no entanto, de sua oitiva de ofício pelo juiz, conforme art. 209, do CPP.

Deverá ser preservada, antes da oitiva, a *incomunicabilidade* das testemunhas, devendo ser separadas, ao menos, aquelas arroladas pela acusação e defesa.

De qualquer forma, as testemunhas deverão ser ouvidas uma de cada vez, garantindo-se que não ouçam os depoimentos umas das outras e que não mantenham contato, após a oitiva, com as demais, o que evitará o conhecimento do teor dos depoimentos e das perguntas formuladas¹⁰.

Antes do início do depoimento a testemunha deverá ser advertida de seu dever de dizer a verdade, bem como das penas para o crime de falso testemunho¹¹.

Entendemos que, também antes do depoimento propriamente dito, até mesmo por economia processual, deve ser realizado, pela testemunha, o reconhecimento de pessoas ou coisas, com as cautelas, *se possível*¹², do art. 226, do Código de Processo Penal.

Ainda antes do início do depoimento, se o juiz verificar ou for alertado de que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha, com risco à verdade do depoimento, fará a sua inquirição, *se materialmente possível*, por videoconferência e, na impossibilidade, determinará a retirada do acusado, prosseguindo com a inquirição, na presença do defensor¹³. A mesma providência é também cabível quando da oitiva do ofendido. A adoção de qualquer destas medidas, assim como seus fundamentos, deverão constar do termo de audiência¹⁴.

Pensamos que a citada providência somente não será possível na hipótese de se tratar de réu advogado, que atue em causa própria – situação incomum, mas não rara –, pois, em tal caso, a sua retirada do recinto da audiência implicaria cerceamento da defesa técnica e imposição, sem amparo legal – ou constitucional – de defesa dativa em substituição à “*constituída*”.

Qualificada e advertida a testemunha das penas do crime de falso testemunho, inicia-se o depoimento, com a formulação *direta* pelas partes das per-

7 Estão isentos do compromisso, nos termos do art. 208, do CPP, os doentes e deficientes mentais, os menores de 14 anos, bem como as pessoas a que se refere o art. 206, do CPP, isto é, o ascendente, o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado, o irmão, o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado.

8 CPP, art. 401, § 1º, em sua nova redação.

9 CPP, art. 401, § 2º. O projeto original previa tal anuência. De qualquer forma, tratando-se de prova imprescindível à apuração da verdade real, pode o juiz, de ofício, determinar a oitiva, nos termos do art. 209, do CPP, conforme já anotado no corpo deste artigo.

10 CPP, art. 210, em sua nova redação.

11 CPP, art. 210, *caput*, em sua nova redação.

12 Neste sentido o posicionamento pacífico da jurisprudência. Somente a título de ilustração: “Normalmente, réus e vítimas (e testemunhas) são postos vis-à-vis durante a audiência, de sorte que a reconhecimento (ou sua confirmação) é feita sem maiores dificuldades. Ocasionalmente há, todavia, em que o juiz faz retirar o réu (CPP, art. 217), contingência em que o reconhecimento é feito através, ou de visor instalado na porta da sala de audiências, ou, quando inexistente esse dispositivo, da porta entreaberta. Não sendo o caso de presumir imperfeito reconhecimento levado a cabo em tais circunstâncias, a procedência de sua impugnação exige demonstração convincente. De outra parte, é necessário ter bem claro na mente que a formalidade indicada no inciso II do art. 226 (CPP) não integra a essência do ato recognitivo, pois apenas será preenchida “se possível”; pois bem, é de imediata compreensão, para quem tem os pés na terra e não tem olhos perdidos no horizonte da utopia, que aquela providência é “impossível” nas habituais condições de desenvolvimento das audiências”. (TACRIM-SP, Apelação-Reclusão nº 1.112.413-1)

13 CPP, art. 217, *caput*, em sua nova redação.

14 CPP, art. 217, parágrafo único, em sua nova redação.

guntas¹⁵. Tratando-se de testemunha arrolada pela acusação, primeiro serão formuladas as perguntas pelo Ministério Público e assistente da acusação – ou querelante, se se tratar de ação privada – e, depois, pelos defensores; a ordem será invertida quando da oitiva das testemunhas arroladas pela defesa.

Serão indeferidas pelo juiz as perguntas que possam induzir a resposta – como, por exemplo, aquelas que já contêm a resposta em seu conteúdo e que fornecem elementos e circunstâncias à testemunha¹⁶ –, as que não tiverem relação com a causa – ou seja, com a acusação ou eventual tese de defesa – ou que importarem repetição de questões já respondidas. Em qualquer caso, em havendo inconformismo, a requerimento da parte a questão não admitida deverá constar do termo.

Diante da nova redação do art. 212, *caput*, do Código de Processo Penal, que objetivou a *simplificação* da colheita de provas, pensamos que os depoimentos das testemunhas devem ser iniciados já com as perguntas formuladas pelas partes, cabendo ao juiz, na forma do parágrafo único do citado artigo, apenas a *complementação* da inquirição sobre pontos que lhe parecem relevantes e que não restaram esclarecidos.

Apesar deste nosso posicionamento, não vislumbramos *prejuízo* na hipótese do juiz, antes de dar a palavra às partes, formular algumas perguntas à testemunha, especialmente aquelas que tenham por objetivo apurar a forma como os fatos controvertidos chegaram ao conhecimento do depoente, isto é, se se trata de testemunha presencial ou indireta.

Os depoimentos, preferencialmente e quando possível, serão registrados por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, inclusive audiovisual, o que tem por escopo obter maior fidelidade das informações produzidas. Caso não seja viável o registro por qualquer desses sistemas, incumbirá ao juiz – e não às partes – o *ditado* do depoimento, em termo próprio, bem como o registro das eventuais perguntas não admitidas.

2.3. Dos esclarecimentos dos peritos e assistentes técnicos

No curso do processo poderão as partes requerer esclarecimentos dos peritos subscritores das provas técnicas.

Tais esclarecimentos poderão se dar de duas formas: por laudo complementar; por oitiva em audiência.

Os esclarecimentos requeridos, contudo, deverão ser desde logo apontados, cabendo ao interessado indicar as *questões* ou *quesitos* suplementares.

De qualquer forma, para que reste viabilizada a diligência, o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas deverão ser encaminhados com antecedência *mínima* de dez dias, a fim de viabilizar os trabalhos técnicos¹⁷.

15 CPP, art. 212, *caput*, em sua nova redação.

16 Para se extrair a verdade sem indução, as perguntas devem ser sequenciais e evitar o fornecimento à testemunha da resposta que se pretende. Assim, se havia um carro sedã verde no local dos fatos, deverão ser formuladas as seguintes perguntas: Havia um carro no local dos fatos? Qual era o seu tipo? Qual era a sua cor? Inadmissível, assim, questionar-se: Havia um carro sedã verde no local dos fatos? De igual forma, para se extrair se o réu estava armado, e qual o tipo de armamento, deve-se questionar: O réu estava armado? Qual o modelo da arma? A arma era comum ou niquelada? Não pode o juiz admitir, sobre esta questão, a seguinte pergunta: O senhor viu em poder do réu a pistola 9mm niquelada apreendida?

17 CPP, art. 159, § 5º, inciso I, em sua nova redação.

Podem as partes, ainda, para respaldar as suas alegações com relação à prova pericial, valer-se da indicação de *assistentes técnicos*, os quais deverão apresentar os seus pareceres, em prazo *fixado pelo juiz* – após o qual, em princípio, ocorrerá a preclusão temporal –, ou para serem ouvidos em audiência¹⁸.

Para viabilizar os trabalhos dos assistentes técnicos e havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial – sendo vedada, portanto, a sua retirada, ainda que parcial –, na presença do perito oficial – com o qual deverá ser agendada a vistoria –, salvo impossibilidade de sua conservação.

2.4. Do interrogatório do réu

À semelhança do que já ocorria no procedimento dos Juizados Especiais Criminais, o legislador optou por deixar o interrogatório como último ato da instrução, a fim de permitir ao acusado o mais amplo exercício do direito de defesa, na medida em que poderá se pronunciar, pessoalmente, sobre todas as provas produzidas.

À exceção do momento processual de sua produção, o novo sistema procedimental não trouxe alterações sensíveis na disciplina deste meio de *prova* e de *defesa*.

Assim, após ser alertado de seu direito de permanecer em silêncio e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, passará o juiz a perguntar-lhe sobre a sua pessoa e sobre os fatos.

Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato a ser esclarecido e *formulará*, se entender pertinente e relevante, as perguntas respectivas.

Ao interrogatório do réu, portanto, por falta de previsão legal, não se aplica, a nosso ver, a disposição contida no art. 212, *caput*, do CPP¹⁹, ou seja, não se faculta às partes a *formulação de perguntas diretas* ao acusado, mas, tão-somente, o eventual requerimento de esclarecimentos, que, se relevantes e pertinentes, serão questionados.

Concluído o interrogatório, encerra-se, em princípio, a instrução criminal.

18 CPP, art. 159, § 5º, inciso II, em sua nova redação.

19 E nem o disposto no art. 474, § 1º, do CPP, na redação que lhe deu a Lei n. 1.689 de 9 de junho de 2008, que tem seu âmbito de aplicação, tão-somente, na instrução em plenário do Júri. Reza o referido artigo: “Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção. § 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado”.

3. Da *mutatio e emendatio libelli*

3.1. Da *mutatio libelli*

A disciplina da *mutatio libelli* sofreu, também, sensíveis alterações com a novel legislação.

Com efeito, trata-se, agora, de providência cuja verificação cabe em princípio ao Ministério Público, em ação penal de iniciativa pública.

Assim, após o encerramento da instrução probatória, se entender o Ministério Público cabível nova definição jurídica do fato, em *consequência* de prova existente nos autos de *elemento ou circunstância* da infração penal não contida na acusação, poderá aditar a denúncia ou queixa-crime subsidiária.

Para a *mutatio libelli*, portanto, devem concorrer os seguintes requisitos: (a) tratar-se de ação penal de iniciativa pública, o que torna incabível a providência no âmbito das ações penais privadas próprias; (b) haver prova de elemento ou circunstância que implique a alteração da definição jurídica – subsunção típica – do fato²⁰; (c) não estar tal circunstância ou elemento contidos na acusação, na medida em que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados, e não da respectiva definição jurídica.

A *mutatio libelli*, assim, não mais constitui pressuposto a possibilidade de *aplicação de pena mais grave*, exigida no regime anterior, mas apenas a nova definição jurídica decorrente da prova produzida.

O aditamento será formulado oralmente e reduzido a termo, quando na audiência, ou por escrito, se já encerrada a solenidade. Em qualquer caso, será ouvido a respeito o defensor do acusado²¹, em até cinco dias.

A *mutatio libelli*, em vista das normas que a regulam, deve ser efetivada, obrigatoriamente, em primeiro grau, permanecendo íntegra, portanto, a súmula n. 453, do Supremo Tribunal Federal: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do CPP [art. 384, *caput*, do CPP]”.

Recebido o aditamento, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias²² e, se *houver requerimento*, designará o juiz dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, debates e julgamento²³.

Em vista da necessidade de correlação entre a acusação e sentença, o juiz, recebido o aditamento, ficará adstrito a seus termos, não podendo, por força de eventuais circunstâncias apuradas na instrução, que não constaram do referido aditamento, *ampliar* a imputação.

A designação de audiência em continuação é condicionada ao requerimento das partes porque estas, desde logo, poderão informar que não têm outras testemunhas ou provas a produzir, hipótese em que será realizado o interrogatório do réu sobre o aditamento²⁴.

20 Assim, por exemplo, se durante a instrução criminal relativa a um crime de furto restar demonstrado que houve a perpetração de violência ou ameaça para a subtração da coisa, cabível será o aditamento para incluir esta circunstância na acusação, aditando-se a denúncia. Da mesma forma deverá proceder o órgão acusador na hipótese contrária – mesmo havendo diminuição da pena cominada –, ou ainda quando não houver alteração da pena abstratamente cominada –, por ex.: furto e apropriação indébita.

21 CPP, art. 384, § 2º, em sua nova redação.

22 CPP, art. 384, § 4º, em sua nova redação.

23 CPP, *idem*.

24 A realização de novo interrogatório sobre os termos do aditamento é, a nosso ver, indispensável, pois há de se conferir ao acusado a oportunidade para se defender *pessoalmente* sobre os *novos fatos* que lhe são imputados.

Se não houver o recebimento do aditamento, a audiência prosseguirá, o que leva à conclusão de que tal decisão é irrecorrível²⁵.

Se em consequência da nova definição jurídica houver possibilidade de suspensão condicional do processo, o juiz dará vista ao Ministério Público para a formulação de proposta²⁶. Tratando-se a infração capitulada, decorrente do aditamento, de competência do Jecrim, a este serão encaminhados os autos²⁷.

Caso o Ministério Público, entretanto, recuse-se a aditar a denúncia e, entendendo o juiz a existência de prova de elemento ou circunstância que implique a alteração da definição jurídica do fato, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28, do CPP.

3.2. Da emendatio libelli

Trata-se a *emendatio libelli* de correção da capitulação jurídica contida na denúncia, *pelo juiz*, sem qualquer modificação quanto ao fato descrito, ainda que em virtude de tal alteração tenha de aplicar pena mais grave²⁸.

Se em consequência da nova definição jurídica houver possibilidade de suspensão do processo – por exemplo, furto simples, e não qualificado –, dará o juiz vista ao Ministério Público para a formulação de proposta²⁹; tratando-se de infração de competência do Juizado Especial Criminal – por exemplo, tráfico de entorpecentes desclassificado para *porte* para uso próprio –, a este serão remetidos os autos.

4. Das diligências, conclusão da audiência e sentença.

Produzidas as provas, ao final da audiência passa-se à fase antes disciplinada pelo art. 499, do Código de Processo Penal – agora revogado.

Assim, o Ministério Público, o querelante, o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade ou conveniência se origine de circunstâncias ou fatos *apurados na instrução*³⁰. Pode o juiz, também, determiná-las de ofício³¹.

25 A jurisprudência, antes da reforma, era controvertida a respeito da recorribilidade da decisão que rejeitava o aditamento. O Supremo Tribunal já admitiu o recurso em sentido estrito para impugnar a decisão: "DENÚNCIA - Aditamento - Rejeição - Recurso em sentido estrito interposto do despacho - Cabimento - Inexistência de flagrante controvérsia a respeito na doutrina e na jurisprudência - Recurso extraordinário não conhecido - Inteligência do art. 581, I, do CPP (STF) RT 607/410. Também neste sentido o posicionamento predominante no STJ: "PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ADITAMENTO À DENÚNCIA. REJEIÇÃO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. É cabível o recurso stricto sensu da decisão que indefere o aditamento da denúncia. Inteligência do art. 581, I, CPP. Recurso especial conhecido e provido" (REsp. 435.256-CE – 5ª T. – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca – j. 15.4.2003, v.u.). Orientação semelhante: REsp. 184477, j. 19.02.2002; REsp. 48152, j. 30.11.1994. Assim, admitida a recorribilidade da decisão, esta deverá ser impugnada por recurso em sentido estrito.

26 CPP, art. 384, § 3º, em sua nova redação.

27 Idem.

28 CPP, art. 383, *caput*.

29 Sempre entendemos que havendo recusa *injustificada* do Ministério Público, por se tratar a suspensão condicional do processo de direito subjetivo público do denunciado, possível seria a formulação de proposta *de ofício*, na medida em que entre *proposta de suspensão do processo e arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação* inexistente qualquer similitude apta a ensejar a aplicação de dispositivo legal por analogia. O Supremo Tribunal Federal, todavia, resolveu a controvérsia em sentido contrário, nos termos de sua Súmula n. 696: "Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal".

30 CPP, art. 402, em sua nova redação.

31 CPP, art. 404, em sua nova redação.

Trata-se de fase processual, portanto, que não se destina ao requerimento amplo de provas – cuja postulação já deveria constar da inicial acusatória ou da resposta –, mas apenas daquelas cuja necessidade ou conveniência decorra da *apuração da instrução*.

É este, assim, o momento oportuno, por exemplo, para o requerimento de oitiva das testemunhas referidas ou da juntada de documentos antes desconhecidos, mencionados pelas testemunhas.

De qualquer forma, cabe ao juiz apreciar a *necessidade* ou *conveniência* das diligências requeridas, devendo indeferir aquelas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias³².

Contra esta decisão não cabe recurso, devendo ser alegado, se a hipótese, cerceamento de acusação ou de defesa nas alegações finais e eventuais razões de apelação contra a sentença.

Ordenada a diligência, a audiência será concluída sem as alegações finais, que serão substituídas por memoriais após o cumprimento do quanto determinado.

Ausente ou indeferido, no entanto, eventual requerimento, deverão ser oferecidas *alegações orais* pelas partes.

As alegações finais serão inicialmente oferecidas pelo Ministério Público, no prazo de vinte minutos, prorrogáveis por mais dez³³. Se houver assistente da acusação, este também terá a palavra, pelo prazo de dez minutos, improrrogáveis, ante a ausência de previsão neste sentido³⁴.

Após a manifestação da acusação, a palavra será dada à defesa. *Cada defensor* terá o prazo também de vinte minutos para se manifestar, prorrogáveis por mais dez, ou por mais vinte, caso haja assistente da acusação com manifestação.

Colhidas as manifestações das partes, proferirá o juiz a sentença, *na mesma oportunidade*, isto é, também no termo, que deverá conter o resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência³⁵.

Tratando-se de processo complexo ou com grande número de acusados, *poderá*³⁶ o juiz conceder às partes, sucessivamente, o prazo de cinco dias para apresentação de memoriais. *Nesse caso*, a sentença deverá ser proferida em dez dias³⁷.

Desta previsão depreende-se que, não sendo conferida às partes oportunidade para a apresentação de memoriais, cumpre ao juiz, no encerramento da solenidade, o proferimento de sentença, não lhe facultando o Código a determinação de *posterior* conclusão dos autos.

Em qualquer hipótese, entretanto, seja com a apresentação de alegações orais, seja por memoriais, o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença³⁸.

Trata-se de inovação bastante relevante, pois introduzido o instituto da *vinculação do juiz* no processo penal.

32 CPP, art. 403, em sua nova redação.

33 CPP, art. 403, *caput*, em sua nova redação.

34 CPP, art. 403, 2º, em sua nova redação.

35 CPP, artigos 403, *caput*, e 405, *caput*, ambos de acordo com a nova redação estabelecida pela Lei n. 11.719/08.

36 Não se trata, portanto, de direito subjetivo das partes, ficando a questão ao prudente critério do juiz.

37 CPP, art. 403, § 3º, em sua nova redação.

38 CPP, art. 399, § 2º, em sua nova redação.

Embora a novel legislação não tenha previsto qualquer exceção a tal vinculação, entendemos que, por analogia, o disposto no art. 132, do Código de Processo Civil, deve ser aplicado à espécie, pois prevê determinadas situações em que a observância do princípio da identidade física do juiz implicaria julgamento nulo.

Assim, cessará a vinculação se o juiz estiver convocado, licenciado ou afastado por qualquer motivo³⁹ – em suma, afastado da jurisdição no Juízo –, se for *promovido* – pois lhe falta competência para dispor sobre o processo – ou *aposentado* – sem jurisdição alguma.

Em tais casos, os autos deverão ser passados ao *sucessor* do magistrado que presidiu os atos de instrução, isto é, aquele que estiver *respondendo* pelo juízo.

Proferida sentença, *se condenatória*, o juiz fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido⁴⁰.

A nosso ver é de duvidosa constitucionalidade o referido dispositivo, ao menos quanto aos danos materiais, na medida em que, embora a condenação torne certa a obrigação de reparar o dano, nos termos do art. 91, inciso I, do Código Penal, não se pode deixar de observar que a quantificação, isto é, a *liquidação* do dano, não constitui, em regra, *objeto* da imputação contida no processo criminal, de forma que, sobre este ponto, em verdade não há a formulação de pedido certo e determinado e muito menos o estabelecimento de contraditório pleno, com todos os recursos – e provas – a ele inerentes.

Assim, para uma interpretação conforme a Constituição, entendemos que a nova disposição deverá ser interpretada nos seguintes termos: se na inicial acusatória constar a *quantificação* dos prejuízos *materiais*⁴¹ sofridos pelo ofendido, a sentença condenatória poderá fixar o valor mínimo para a reparação, *igual* ou *inferior* a esse *quantum*, pois conferida ao réu oportunidade para se defender de todos os termos da imputação, inclusive do prejuízo causado cuja responsabilidade lhe é atribuída; se não houver a apresentação de valor *líquido* do prejuízo, descabida será a fixação *arbitrária* pelo juízo, devendo o ofendido *liquidar* o dano na justiça cível.

Ainda em caso de decisão condenatória, decidirá o juiz, fundamentadamente – não bastando, assim, mera anotação de permanência dos pressupostos da prisão cautelar –, sobre a *manutenção* ou *decretação* da prisão preventiva ou qualquer outra medida cautelar, as quais, ainda que não efetivadas, não impedirão o conhecimento do recurso de apelação⁴².

39 Aqui não se inclui, a nosso ver, o gozo de férias, que possui disciplina própria e que não constitui modalidade de *licenciamento* ou *afastamento*.

40 CPP, art. 387, inciso IV, c.c. art. 63, parágrafo único, em suas novas redações.

41 Com relação aos danos morais decorrentes do sofrimento do ato ilícito, no entanto, tal quantificação *prévia* parece despendianda, não padecendo o dispositivo de inconstitucionalidade alguma, na medida em que a jurisprudência, inclusive do STJ, já deixou assentado que o dano moral independe de outras provas, sendo suficiente, para a sua configuração, a demonstração apenas do fato que o ocasionou (REsp nº 595.355/MG, Terceira Turma, Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 11.4.05). Assim, uma vez que o réu defende-se da imputação, reconhecendo a sentença condenatória a *ocorrência* do ilícito penal, o dano moral, cuja compensação fica sujeita ao *arbitramento judicial*, torna-se certo, de maneira que a fixação do valor da indenização pelo próprio juiz criminal em nada afeta o direito de defesa do condenado, pois a liquidação no juízo cível também se daria por mero arbitramento, independentemente de outras provas. Trata-se de medida, portanto, que proporciona economia processual sem menosprezar, por um lado, os direitos do acusado, e que, por outro, vai ao encontro dos interesses da vítima.

42 A alteração está de acordo com a Súmula n. 347 do STJ: “O conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão”.

Se absolutória a sentença, ordenará o juiz a cessação das medidas cautelares – prisão e, inclusive, a nosso ver, o custeamento de atendimento multidisciplinar da vítima pelo ofensor⁴³.

5. Peculiaridades do procedimento sumário

A reforma do processo penal alterou o critério para a adoção do procedimento ordinário ou sumário, antes fundada na espécie de pena, isto é, reclusão/ordinário, detenção/sumário.

Estabeleceu-se que o procedimento sumário será adotado quando tiver por objeto crime cuja pena máxima seja inferior a quatro anos de *prisão*, desde que não se trate de infração de menor potencial ofensivo⁴⁴.

Ao procedimento sumário são aplicáveis todas as normas relativas à fase preliminar, previstas pelos artigos 395 a 398, do CPP.

As mínimas distinções entre os procedimentos ordinário e sumário não parecem justificar a aparente desnecessária dicotomia.

A primeira distinção refere-se ao número de testemunhas.

Se no procedimento ordinário há a possibilidade de oferecimento de rol de até oito testemunhas, no sumário tal número é limitado a cinco. Como o legislador não estendeu a aplicabilidade do art. 401, § 1º ao procedimento sumário, compreende-se que nesse número estarão incluídas também as testemunhas referidas e que não prestem compromisso, salvo se o juízo, de ofício, determinar a sua oitiva.

No procedimento sumário nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível a prova faltante, o que ficará a critério do juiz, conforme dispõe o artigo 535, do CPP, que permite, ainda que implicitamente, o indeferimento das provas impertinentes, irrelevantes ou protelatórias.

Por critério do juiz, todavia, não há de se entender *arbitrio*, de forma que a testemunha tempestivamente arrolada e que deixar de comparecer não poderá ter a sua oitiva de plano indeferida, sob pena de cerceamento de acusação ou defesa, cumprindo, em tal hipótese, a determinação de condução coercitiva.

De qualquer forma, comparecendo a testemunha e não sendo possível a conclusão da instrução, será ela ouvida, *salvo* se tal oitiva implicar a inversão da prova⁴⁵.

Para o procedimento sumário não previu o legislador a fase de requerimento de diligências, devendo a instrução, após a produção de provas em audiência, ser encerrada.

Isto não significa, entretanto, a nosso ver, que seja obrigatória a realização de debates e prolação de sentença na própria audiência, pois eventualmente pode haver prova faltante imprescindível, como, por exemplo, laudo pericial definitivo. Neste caso, *necessária* será a conversão do julgamento em diligência para a prestação da tutela jurisdicional adequada, de forma que, cumprida a providência faltante, deve-se conceder às partes oportunidade para apresen-

43 CPP, art. 386, parágrafo único, inciso II, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.690 de 9 de junho de 2008.

44 Infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais – independentemente da pena cominada – e os crimes aos quais não seja cominada pena máxima superior a dois anos de prisão. Caso o Juizado Especial determine a remessa ao Juízo comum das peças existentes para a adoção de outro procedimento – como, por exemplo, em havendo a necessidade de citação por edital –, será adotado o procedimento sumário.

45 CPP, art. 536, em sua nova redação.

tação de memoriais, por aplicação supletiva das disposições previstas para o procedimento ordinário⁴⁶.

Inexistindo, todavia, providência imprescindível faltante, parece-nos obrigatória, *em regra*, a realização dos debates – ou seja, a apresentação de alegações finais orais ao final da própria audiência – e, em seqüência, o proferimento de sentença, com a intimação das partes no próprio ato. Tratando-se, todavia, de processo complexo – possibilidade que não pode ser excluída pela simples circunstância de sujeitar-se ao procedimento sumário –, ou com grande número de acusados, viável será a concessão de prazo para a apresentação de memoriais pelas partes, e posterior prolação de sentença em dez dias, mediante a aplicação supletiva das disposições previstas para o procedimento ordinário em hipótese semelhante.

⁴⁶ CPP, art. 394, § 5º, em sua nova redação.