

HIGYNA JOSITA

Curso Prático de  
**AUDIÊNCIAS**  
**CRIMINAIS**

para o advogado que tem pressa

5<sup>a</sup>  
edição

revista  
atualizada  
ampliada

2024

 EDITORA  
*Jus*PODIVM  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO EM AUDIÊNCIA DO RITO COMUM SUMARÍSSIMO

### 1. RITO SUMARÍSSIMO

A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os juizados especiais criminais, no dizer de Nestor Távora<sup>1</sup>, *propiciou o ingresso da justiça criminal consensual no sistema jurídico brasileiro*. O que significa dizer que colocando em prática os princípios da simplicidade, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, deve-se substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com ênfase para a reparação dos danos sofridos pela vítima. Não se pode, entretanto, a despeito da existência desses princípios que norteiam o rito sumaríssimo, mitigar os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Cumpre ressaltar que, as mudanças trazidas pelo Pacote Anticrime não alteraram o rito sumaríssimo, nem trouxe a necessidade de um juiz das garantias, como ficou expresso no art. 3º-C, que excluiu todas as infrações de menor potencial ofensivo.

É importante aos advogados que vão litigar nessa seara saber os termos corretos usados. A nomenclatura muda um pouco, sendo: autor do fato (acusado), termo circunstanciado de ocorrência – TCO (investigação policial), medida (ao invés de pena) e usa também transação ou acordo quando se chega a um consenso entre as partes.

O rito sumaríssimo abarca as contravenções penais e os crimes com pena máxima em abstrato de até 02 anos, estando inseridos nesse rito quaisquer delitos nessas condições, em leis extravagantes ou no Código Penal. Digamos que sejam vários crimes com penas pequenas, então a competência será definida pela soma das penas máximas para que se possa saber se efetivamente vai tramitar sob o rito do juizado. Cito, como exemplo, um agente

---

1. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 14. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

que está sendo acusado de ameaça (art. 147, CP), dano (art. 163, *caput*, CP) e desobediência (art. 330, CP), os três com penas máximas em abstrato de 06 meses, de modo que ele responderia perante o Juizado especial criminal, já que somadas dariam pena superior a um ano e oito meses.

#### RESPOSTA PARA QUEM TEM PRESSA – QUADRO O

##### **O seu cliente poderá ser preso em flagrante por crime de menor potencial ofensivo?**

Ressalte-se que a Lei nº 9.099/95 não descriminalizou nenhuma conduta penal, apenas trouxe um rito diferente para tratar de crimes que considerou de pequena monta, de modo que a pessoa que estiver efetivamente praticando infrações da competência do JECRIM terão a prisão efetivada, mas o auto de prisão em flagrante não será lavrado se ao ser conduzido à delegacia ele se comprometer a comparecer aos atos do processo. Essa regra não vale para crimes praticados sob o manto da Lei Maria da Penha, mesmo que a pena seja até dois anos. Então, se o marido praticou ameaça contra a esposa e tal crime fora noticiado à autoridade policial, ele pode ser preso em flagrante e será apresentado em audiência de custódia.

Antes de adentrarmos nas fases do rito, é importante ressaltar que, a Lei n. 14.245, que entrou em vigor em 22 de novembro de 2021, trouxe alteração na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo.

Irradiando efeitos sobre o rito sumaríssimo, tal lei criou os seguintes dispositivos:

Art. 81. [...]

§ 1º-A. Durante a audiência, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I – a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II – a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Para comentários sobre o tema, remeto o leitor ao capítulo V, item 3, sobre rito ordinário das audiências criminais.

Esse rito comporta algumas fases. Vejamos.

## 1.1. FASE PRELIMINAR E COMPOSIÇÃO

Digamos que o advogado recebeu um telefonema da família do preso, dizendo que seu cliente foi conduzido à delegacia porque foi flagrado fazendo pichação, que é um crime previsto no art. 65 da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), cuja pena máxima é de um ano de detenção.

### RESPOSTA PARA O ADVOGADO QUE TEM PRESSA – QUADRO P

#### O que o advogado precisa saber para se sair bem dessa situação?

Primeiro, que o seu cliente, pretense autor da infração, não ficará preso, salvo se houver recusa por parte dele em comparecer perante o Juizado criminal (JECRIM), por força do que dispõe o parágrafo único do art. 69, da Lei nº 9.099/95.

Segundo, que ele não pagará fiança, conforme vedação inserta no mesmo dispositivo legal.

Terceiro, que será lavrado um TCO (termo circunstanciado), que é uma miniatura de um auto de prisão em flagrante, onde a autoridade policial coloca resumo dos fatos, identifica as partes e colhe exames periciais, se for necessário, como no caso de crimes de lesão corporal (art. 69 da Lei n. 9.099/95). Durante a lavratura do TCO, em regra, não se interroga o autor da infração, nem a vítima.

Quarto, que o pretense autor da infração terá que assinar um termo de comparecimento a todos os atos do processo para o qual for chamado. Isso implica comunicar endereço em caso de eventual mudança ao Juízo competente. Em algumas delegacias, ele já fica cientificado da data da audiência, porque esta é disponibilizada pelo juízo previamente.

No dia da audiência preliminar, estando presentes autor da infração, vítima ou ofendido, promotor de justiça e juiz ou conciliador, a audiência se iniciará. O presidente da audiência tenta fazer uma conciliação entre as partes, isso implica a composição dos danos civis, ou seja, o autor da infração oferece valor pecuniário como forma de ressarcimento à vítima ou se retrata. É válido ressaltar que pode ser necessário que o responsável civil compareça à audiência para que possa fazer face à parte pecuniária do acordo feito em sede de JECRIM. Digamos que alguém contrate um pedreiro para fazer uma reforma na varanda do prédio e este deixe cair um tijolo na cabeça de alguém que vá passando na rua, vindo a lesioná-lo. O pedreiro é o responsável criminal, mas a pessoa que o contratou para fazer a reforma é o responsável civil. Caso haja acordo envolvendo o responsável civil (dono da varanda) este ficará desobrigado de pagar outra indenização na seara cível. Daí o interesse na composição.

A título de exemplo, digamos que o crime seja contra a honra do ofendido, difamação ou injúria. O juiz vai na tentativa de conciliação ver

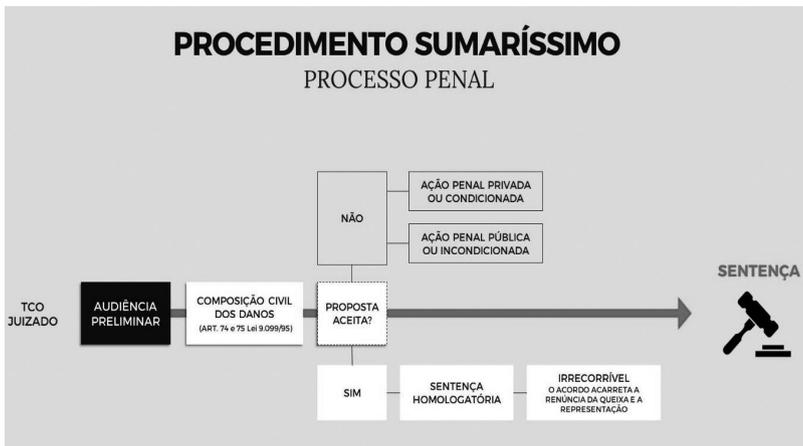
a possibilidade de o autor da infração se retratar das palavras injuriosas proferidas contra a vítima e averiguar também se esta aceita “as desculpas” daquele. Caso a injúria tenha sido feita em grupo de *WhatsApp*, a vítima pode colocar, como condição à aceitação do acordo, a obrigação de fazer consistente no autor da infração se retratar publicamente no mesmo grupo onde ocorreu o pretense crime.

Outro exemplo, digamos que o crime seja o de lesão corporal na direção de veículo automotor (art. 303 do Código de Trânsito); o autor da infração por descuido (imperícia, negligência ou imprudência) lesiona alguém enquanto dirige seu veículo, as partes podem acordar de o autor da infração indenizar a vítima pelos danos materiais sofridos, remédios que comprou, tempo que ficou sem trabalhar etc.

Caso cheguem a um acordo, haverá a composição civil, que será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, tendo eficácia de título a ser executado no Juízo cível competente, o que significa dizer que se não for cumprida poderá ser executada no referido Juízo. O acordo implica, renúncia ao direito de queixa ou de representação, com conseqüente extinção da punibilidade do agente.

Mesmo que o crime seja de ação penal pública incondicionada, cuja instauração não depende de vontade da vítima, haverá possibilidade de acordo, no que tange aos danos causados por uma parte em detrimento da outra, porque isso evita que o ofendido ingresse com outra ação na seara civil. No caso, havendo composição civil, a parte criminal prossegue, porque dela não se pode dispor.

## Quadro sinótico X



## 1.2. AUSÊNCIA DE COMPOSIÇÃO

Se não houver composição, abrem-se 3 caminhos que veremos adiante.

### 1.2.1. Crimes de ação penal privada

» SE o crime for de ação penal privada:

- a) vítima ausente à audiência, o juiz aguarda o prazo de 06 meses, a contar do dia que o ofendido teve conhecimento de quem era o autor da infração, para que seja apresentada a queixa; caso não seja interposta nesse prazo, existirá a extinção da punibilidade pela decadência; se propuser a queixa, segue o rito do quadro. Entretanto, o Enunciado 117 do FONAJE, afirma que *a ausência da vítima na audiência, quando intimada ou não localizada, importará renúncia tácita à representação*, de modo que se a vítima (de crime de ação privada ou pública condicionada à representação) foi devidamente intimada para comparecimento à audiência e não veio, o advogado poderá pleitear que o juiz aplique de plano esse enunciado e extinga a punibilidade do agente.
- b) vítima presente à audiência, o juiz perguntará a esta se ela deseja prosseguir com o processo ou quer renunciar ao direito de oferecer queixa contra o autor da infração. Caso manifeste vontade de renunciar, o processo será arquivado, porque haverá extinção da punibilidade do agente. Se não quiser renunciar, poderá oferecer, por meio de advogado, a queixa-crime oralmente em audiência ou caso não o faça, o juiz suspenderá a audiência e aguardará pelo prazo de 6 meses que a vítima ingresse com a queixa-crime escrita. Como o prazo é decadencial, se não ingressar nesse prazo, contado da data do conhecimento de quem era o autor da infração, haverá extinção da punibilidade.

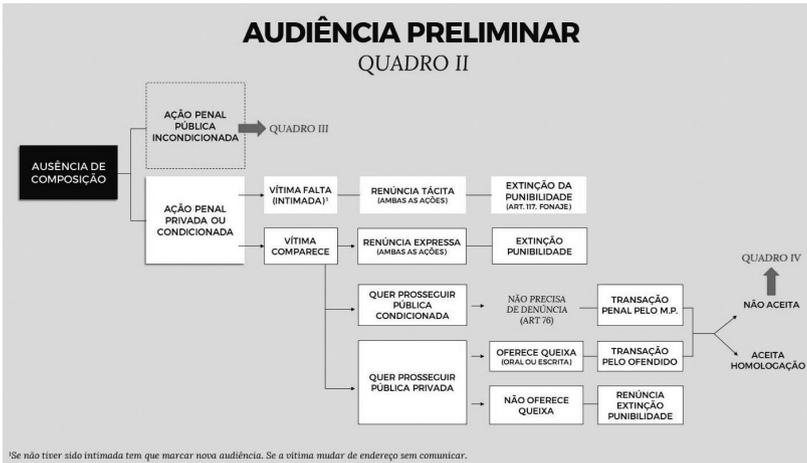
Por que o juiz precisa esperar o prazo para a vítima oferecer queixa-crime? Para que não seja oferecida transação penal sem saber o real desejo da vítima.

#### DICA AO ADVOGADO

Se o ofendido, dentro desse período de seis meses, propuser a queixa, segue o rito do quadro abaixo. A procuração que o advogado deverá acostar junto com a petição de queixa-crime deverá atender aos requisitos do art. 44, CPP, deve ter poderes especiais, devendo constar do instrumento do mandato o nome do querelante e a menção do fato criminoso, exceto quando não for possível saber sobre a infração naquele momento. Nesse sentido o enunciado n. 100 do FONAJE. Caso não preencha esses requisitos deverá o advogado suscitar a ilegalidade na procuração.

## 1.2.2. Crimes de ação pública condicionada

## Quadro sinótico XI



» SE o crime for de ação pública condicionada:

- a) vítima ausente à audiência: o Enunciado 117 do FONAJE, afirma que a ausência da vítima na audiência, quando intimada ou não localizada, importará renúncia tácita à representação, de modo que se a vítima (de crime de ação privada ou pública condicionada à representação) foi devidamente intimada para comparecimento à audiência e não veio, o advogado poderá pleitear que o juiz aplique de plano esse enunciado e extinga a punibilidade do agente;
- b) vítima presente à audiência que renuncia expressamente ao direito de representação: o juiz declara por sentença a extinção da punibilidade do agente e arquivamento;
- c) vítima presente ratifica a representação: o promotor de justiça, na maioria das vezes, passa a oferecer ao autor da infração a transação penal, prevista no art. 76 da lei dos juizados.

O representante do MP pode tomar outras providências, antes de oferecer a transação penal, quais sejam: I) requerer diligências complementares, caso precise sanar dúvida a respeito de algum ponto ou esteja faltando algum documento importante junto do TCO vindo da delegacia; II) requerer o arquivamento do TCO por atipicidade ou mesmo por falta de condição de procedibilidade; III) requerer remessa dos autos ao Juízo competente, se entender que não se trata de infração de menor potencial ofensivo; e, IV)

se recusar a propor a transação penal, fundamentadamente, por entender faltarem pressupostos objetivos e subjetivos.

Caso o MP suscite o ponto IV, ou seja, que justifique deixar de propor a substituição pelo fato de o autor da infração possuir antecedentes criminais, peça a palavra para se manifestar e provar que seu cliente tem direito a transação penal.

#### DICA AO ADVOGADO

**O advogado pode se manifestar, nos seguintes termos:** – *Excelência, pela ordem, gostaria de requerer ao douto Promotor de justiça que reconsiderasse a decisão de não propor a transação ao autor da infração, porque o fato dele possuir processos em andamento não implica a vedação ao direito à transação penal. Como já decidiu o STJ (AgRg no AREsp 545.027), a Súmula 444 (é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base) também pode ser aplicada em sede desse instituto da transação penal, lembrando aqui a teoria dos poderes implícitos que preconiza: quem pode o mais – que é ter pena substituída, que é algo mais gravoso – pode o menos – que é ter oferta de transação penal, cujo crime é de menor potencial ofensivo, onde vigora o prestígio à Justiça penal consensual. Por tudo isso, peço ao douto promotor que reconsidere seu direcionamento.*

**Atenção, advogado:** o crime de que o autor da infração estiver sendo acusado pode não ter materialidade (não ter ocorrido) ou não ter indícios mínimos de ser o mesmo autor do crime ou até mesmo ser fato atípico, devendo pedir a palavra para suscitar isso e tentar convencer o juiz antes de o promotor passar à fase de oferecimento da proposta do art. 76 da Lei nº 9.099/95. Cito um exemplo elucidativo: digamos que o autor da infração está sendo acusado do crime previsto no art. 309 do Código, sob imputação de estar dirigindo com carteira suspensa. Esse fato é atípico, porque de acordo com jurisprudência pacificada do STJ (REsp 1688163), se o agente conduzia veículo automotor com o direito de dirigir suspenso, causando perigo de dano, não configura ilícito penal. Porque a carteira suspensa não é o mesmo que cassada, nem o mesmo de não possuir CNH. O que o legislador quis proteger foi a incolumidade pública, de ficar vulnerável com uma pessoa inabilitada, que não passou por testes, dirigindo em via pública, podendo lesionar as pessoas.

O mesmo raciocínio se aplica para o fato de dirigir com carteira de habilitação vencida. É fato atípico.

Então, antes de o promotor iniciar a proposta de transação, peça a palavra pela ordem e suscite alguma dessas teses, deixando o juiz apreciar, porque se ele acatar uma delas, ele já profere sentença extintiva da punibilidade do agente e arquiva os autos.

Caso o autor não tenha direito à transação (já teve outra no prazo de 5 anos ou tem condenação criminal) o MP oferece denúncia e segue o rito do quadro.

### 1.2.3. Crimes de ação pública incondicionada

#### Quadro sinótico XII



- a) vítima ausente à audiência: pode ser realizada a primeira audiência no bojo da qual o MP oferta transação penal ao réu, restando prejudicada, entretanto, a possibilidade de composição que, poderá ser renovada na audiência de instrução;
- b) autor da infração ausente: a audiência pode ser realizada, porque como o crime é de ação pública incondicionada, o MP oferece denúncia. Depois se tenta citar o mesmo para os termos da ação, mas se não for encontrado, o processo será remetido ao Juízo comum, porque no juizado não existe citação por edital. Caso o réu seja encontrado depois, o processo deverá continuar tramitando no Juízo comum, não pode ser remetido de volta para o juizado; Aqui não tem problema se a vítima não comparecer, porque o MP não precisa de autorização do ofendido para atuar. Se a vítima faltar, ficará prejudicada a tentativa de composição, mas nada impede que ela seja renovada pelo juiz, caso haja audiência de instrução ou mesmo coloque o ressarcimento do dano como condição da transação penal.
- c) presente o réu: o MP oferta proposta de transação penal, que se aceita e homologada extingue a punibilidade do agente. Caso não aceita, o MP oferece denúncia oral, o juiz entrega cópia da denúncia ao autor da infração e deixa ele citado da data de audiência da instrução. Segue o quadro.

**RESPOSTA PARA O ADVOGADO QUE TEM PRESSA – QUADRO Q**

O que acontece se o autor da infração aceitar a transação penal e depois descumprir, sem motivo relevante, as condições impostas?

O processo voltará a tramitar normalmente contra o autor da infração. Nesse sentido a Súmula Vinculante 35 do STF, que dispõe: a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995, não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

**Quadro sinótico XIII**



**DICA AO ADVOGADO**

Se o MP propuser multa, o advogado poderá requerer ao juiz que reduza o valor, com base no art. 76, § 1º da Lei nº 9.099/95. A única hora em que o juiz poderá alterar a proposta do MP é essa, porque nos demais, o juiz se restringe a homologar ou não o acordo, sem que possa interferir nas condições da proposta do MP. O autor da infração, entretanto, tem poder para fazer contraproposta ao MP.

O STJ já pacificou entendimento que, se a pena for somente de multa alternativa (vier no tipo “ou multa”), aplica-se o *sursis* processual mesmo que a pena mínima seja superior a um ano, bem como a transação, mesmo que seja superior a 2 anos. Para esclarecer, vejamos o exemplo previsto no art. 280 do Código Penal tem pena de detenção de um a três anos, ou multa. Nesse caso, a ação penal não vai tramitar sob rito sumaríssimo porque a pena máxima ultrapassa dois anos; entretanto, caberá transação e *sursis* processual, pelo fato de estar prevista alternativamente a pena de multa.

## 2. SURSIS PROCESSUAL

*Sursis* processual é um instituto criado pelo art. 89 da Lei nº 9.099/95, que possibilita a suspensão do processo do autor da infração, durante o prazo de 2 a 4 anos, quando a pena mínima em abstrato prevista for de até um ano. Se a pena trouxer a expressão “ou multa”, cabe o *sursis*, ainda que a pena mínima seja superior a um ano, de modo que poderá ser apresentada fora do rito do juizado. O momento do oferecimento do *sursis* é depois que a denúncia for apresentada pelo MP e depois de recebida pelo juiz. Isso porque quando o juiz recebe a denúncia, está dizendo que existe viabilidade no objeto da demanda. Se não tiver requisitos mínimos para ser recebida, não há razão para se impor *sursis* ao autor da infração.

Há necessidade de que haja uma sentença homologatória do juiz, que poderá se recusar a isso, contrariamente a opinião do *Parquet* (STJ/AgRg no RHC 83.511).

Para que o imputado tenha direito ao *sursis*, precisa preencher requisitos de ordem objetiva e subjetiva. Vejamos. Os de ordem objetiva são:

- A) pena mínima igual ou inferior a 01 ano ou tiver no tipo penal a expressão “ou multa”;
- B) não está sendo processado por outro crime. Ser processado significa que existe ação penal em curso, que somente se inicia com o recebimento da denúncia, de modo que a existência de inquéritos não basta para impedir o *sursis*, conforme entendimento do STJ (RHC 79.751);
- C) não tenha sido condenado por outro crime;
- D) não ter sido beneficiado nos últimos cinco anos com o mesmo instituto.

Os de ordem subjetiva são a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias que autorizem a concessão do benefício.

## 3. RECURSOS CABÍVEIS

No que tange aos recursos, o mais usado é a apelação. Em sede de juizados, tal recurso é proposto no prazo de 10 dias, já devendo vir junto com as razões recursais, dirigido à Turma Recursal, devendo conter pedido de modificação do julgado, sob pena de não conhecimento. Alguns casos de cabimento desse recurso:

- A) se o juiz se recusar, por alguma razão, a homologar a transação penal;
- B) se o juiz homologar a transação penal, digamos que a vítima fique insatisfeita com isso;
- C) se o juiz rejeitar a inicial, por entender que o fato é atípico ou que não tem indícios de autoria e materialidade;
- D) da sentença condenatória ou absolutória prolatada após a instrução.

Caberá embargos de declaração, face a alguma omissão, obscuridade ou contradição da sentença, no prazo de 05 dias, interrompendo o prazo para recurso de apelação.

Os erros materiais o juiz poderá corrigir de ofício, nada impedindo que o advogado peça a correção por simples petição, quando perceber que houve erro material.

Também cabível a correção parcial ou *habeas corpus* (se houver previsão de pena privativa) para casos excepcionais como alguma atitude do juiz que tumultue o processo. Por exemplo, quando na primeira audiência de crime de ação pública condicionada, a vítima falta a audiência e o juiz ao invés de reconhecer a renúncia tácita ou suspender e esperar o prazo decadencial (6 meses), ele marca nova audiência. Nesse caso cabe correção parcial porque o ato judicial causou tumulto no processo ou mesmo HC para trancamento da ação penal.

#### RESPOSTA PARA O ADVOGADO QUE TEM PRESSA – QUADRO R

Que argumentos o advogado deverá usar para convencer o seu cliente a aceitar composição, transação ou *sursis*?

- se o constituinte aceitar ressarcir a vítima pelo dano sofrido, ficará desincumbido da possibilidade de sofrer nova ação cível, já que a composição extingue essa possibilidade, bem como que o valor lá pode ser negociado, mas que no âmbito civil pode vir a ser arbitrado pelo juiz;
- a composição civil acaba de vez o processo criminal (se for de ação privada ou pública condicionada à representação), não precisará gastar mais tempo, nem custos com advogado, para responder a um processo criminal com a carga de complexidade que ele traz e os riscos de uma condenação;
- que ele não está reconhecendo a culpa, de modo que não haverá qualquer anotação de antecedentes criminais na ficha do autor da infração;
- que, caso não consiga pagar o valor acordado não será preso, sofrerá ação de execução *a posteriori*;

– se ele sofrer algum TCO novamente, poderá usar o benefício da transação penal porque o fato de ter feito a composição não fica anotada para nenhum fim.

#### **MUDANÇAS TRAZIDAS PELO PACOTE ANTICRIME AO RITO SUMARÍSSIMO**

1. O instituto do Juiz das garantias não se aplica ao rito sumaríssimo, por expressa determinação do art. 3º-C do CPP.

## ATUAÇÃO DO ADVOGADO EM AUDIÊNCIAS DO RITO ESPECIAL

### 1. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA EM CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

Inicialmente é preciso ficar claro que o instituto do Juiz das Garantias não se aplica aos crimes de violência doméstica contra a mulher (Lei n. 11.340/2006). Nesse sentido, a decisão do STF ao julgar as ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, tendo concluído que o Juiz das Garantias não atuará nos processos que envolvam violência doméstica contra a mulher, exceto na realização de audiências de custódia decorrentes de prisões em flagrantes envolvendo tal matéria. Isso, por que, segundo afirmou o Ministro Dias Toffoli, em liminar deferida na ADI<sup>1</sup> 6298, *“revela-se necessário, também, ressalvar os processos criminais relativos aos casos de violência doméstica e familiar. De fato, a violência doméstica é um fenômeno dinâmico, caracterizado por uma linha temporal que inicia com a comunicação da agressão. Depois dessa comunicação, sucede-se, no decorrer do tempo, ou a minoração ou o agravamento do quadro. Uma cisão rígida entre as fases de investigação e de instrução/julgamento impediria que o juiz conhecesse toda a dinâmica do contexto de agressão. Portanto, pela sua natureza, os casos de violência doméstica e familiar exigem disciplina processual penal específica, que traduza um procedimento mais dinâmico, apto a promover o pronto e efetivo amparo e proteção da vítima de violência doméstica”*.

O que o advogado precisa saber para atuar com excelência em uma audiência cuja imputação é de crime de violência doméstica contra a mulher?

---

1. O Ministro Fux do STF, relator da ADI n. 6.298, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e outras entidades, concedeu liminar revogando a liminar dada anteriormente pelo Ministro Dias Toffoli. Acredito, entretanto, que esse posicionamento de não caber Juiz das garantias para os crimes de violência doméstica é o que perdurará.

Para incidência da Lei Maria da Penha, é necessário que a violência doméstica e familiar contra a mulher:

- A) decorra de ação ou omissão baseada no gênero, significando isso que a violência decorre do fato de a vítima ser uma mulher e só por causa dessa condição de “ser mulher” que ostenta poder ser vítima de agressão;
- B) ocorra no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto. Não precisa haver coabitação para que o crime ocorra, já que é permitida quando existe ou existiu relação de afeto;
- C) possa vir a resultar em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Para melhor elucidação vou dar alguns exemplos do que é ou não relação de gênero:

- A) briga entre duas irmãs. Não se aplica a Lei Maria da Penha, porque não existe relação de gênero. Nesse sentido: STJ (AgRg no REsp 1430724), cujo acórdão afirma que *para a aplicação da Lei 11.340/2006, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher e numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas também há necessidade de demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero. A mesma regra serve para mãe e filha (STJ/HC 50636<sup>2</sup>)*;
- B) pai e filha. Aplica-se a Lei nº 11.340/06, segundo já decidiu o STJ (HC 181.246), tendo afirmado que os delitos praticados contra mulher, em que exista relação íntima de afeto (entre pai e filha está presente, em tese, esse requisito), deve ser aplicada a Lei Maria da Penha, já que a filha no caso era mulher numa perspectiva de gênero e em condições de hipossuficiência ou inferioridade física e econômica em relações patriarcais;

---

2. [...] 1. Para incidência da Lei Maria da Penha, é necessário que a violência doméstica e familiar contra a mulher decorra de: (a) ação ou omissão baseada no gênero; (b) no âmbito da unidade doméstica, familiar ou relação de afeto; decorrendo daí (c) morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. 2. A definição do gênero sobre o qual baseada a conduta comissiva ou omissiva decorre do equivocado entendimento/motivação do sujeito ativo de possuir “direitos” sobre a mulher ou de que ela lhe pertence, evidenciando vulnerabilidade pela redução ou nulidade da autodeterminação, caracterizando-se, assim, conduta baseada no gênero para efeitos da Lei n. 11.340/2006. 3. No caso em comento, não se verifica o preenchimento dos pressupostos elementares da violência doméstica e familiar contra a mulher, porquanto, embora a agressão perpetrada tenha ocorrido no âmbito familiar, decorreu de desentendimentos múltiplos entre mãe e filha, restando descaracterizada a ação baseada no gênero. [...] (RHC 50.636/AL, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017).

- C) namorado com namorada. Aplica-se a referida lei, porque o namoro é uma relação íntima de afeto que independe de coabitação (súmula 600- STJ); portanto, a agressão do namorado contra a namorada, ainda que tenha cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, caracteriza violência doméstica. Isso serve para casais que sejam companheiros, casados, noivos, amantes, porque a situação de vulnerabilidade e fragilidade da mulher, envolvida em relacionamento íntimo de afeto, nas circunstâncias descritas pela lei de regência, se revela *ipso facto* (como consequência do fato). Com efeito, a presunção de hipossuficiência da mulher, a implicar a necessidade de o Estado oferecer proteção especial para reequilibrar a desproporcionalidade existente, constitui-se em pressuposto de validade da própria lei. Vale ressaltar que, em nenhum momento, o legislador condicionou esse tratamento diferenciado à demonstração dessa presunção, que, aliás, é insita à condição da mulher na sociedade hodierna (STJ/REsp 1416580).

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) só traz em seu bojo apenas o crime previsto no art. 24-A. Para que um crime esteja sob a égide da lei faz-se mister que o agente tenha praticado algum delito previsto no CP ou na legislação extravagante contra a mulher, por questão de gênero, devendo tal crime ser cumulado com a Lei nº 11.340/2006. Então, por exemplo, o crime de ameaça (art. 147 do CP) contra a mulher será considerado crime de violência doméstica, cuja imputação será art. 147, CP c/c a Lei nº 11.340/2006.

O sujeito ativo da violência doméstica pode ser homem ou mulher. Mas, o sujeito passivo só pode ser mulher, como já decidiu o STJ (HC 250.435).

Se o agente estiver sendo acusado por crime de violência doméstica, o processo não tramitará sob a competência dos juizados especiais criminais, mesmo que a pena seja de até dois anos. Também não é cabível proposta de transação penal ou *sursis* processual. Por essa razão, o agente poderá ser preso em flagrante, devendo nesse caso ser encaminhado à apresentação perante o magistrado. Os delegados não costumam aplicar fiança em crimes de violência doméstica, a despeito de não existir vedação legal para tanto.

#### DICA AO ADVOGADO

Apesar de não caber a transação penal ou o *sursis* processual (Súmula 536 – STJ), os crimes praticados sob a égide da Lei Maria da Penha comportam, em caso de condenação, a substituição prevista no art. 44, CP (se for praticado sem violência), ou seja, substituição por pena restritiva de direitos (pena pecuniária e prestação de serviços à comunidade). Caberá, ainda, o *sursis* da pena (art. 77, CP), caso tenha havido violência, desde que preenchidos os requisitos, exigidos no dispositivo legal.

Os crimes de ação privada, praticados com violência doméstica, como, por exemplo, injúria, difamação e calúnia, desafiam queixa-crime proposta no prazo decadencial de seis meses para deflagrar a ação penal.

Quando a denúncia aporta perante o juiz, poderá ser marcada uma audiência especial prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha, para que a vítima possa se retratar da representação feita na delegacia, devendo ser ouvida perante o magistrado em audiência e manifeste sua vontade de ver seu agressor processado. Entretanto, é preciso que seja instado a tanto. Então, o advogado do réu deve ver a possibilidade de a vítima assinar uma declaração requerendo a designação de audiência especial do art. 16 da Lei nº 11.340/06, o que precisa ser feito antes do recebimento da denúncia. Somente na presença do juiz ela poderá renunciar à queixa ou representação, nos crimes de ação privada (contra a honra) ou pública condicionada (ameaça, dano, perigo de contágio venéreo etc.).

Na própria delegacia, a vítima oferece representação e pode requerer à autoridade policial a aplicação de medidas protetivas de urgência. Mas, somente o juiz poderá decretá-las, de modo que o delegado deve encaminhar pedido ao Judiciário.

No que tange às medidas protetivas de urgência, é importante frisar que elas podem ter natureza jurídica de cautelar cível, de modo que não precisará de processo criminal para existirem, porque são autônomas. Nesse sentido, o STJ (REsp 1419421/GO) já decidiu que as medidas protetivas previstas na Lei nº 11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteadas de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor. Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza de cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. “O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas” (DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na justiça*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).<sup>3</sup>

---

3. A Recomendação 105, de agosto de 2021 do CNJ, dispõe sobre a necessidade de se conferir prioridade à apreciação das hipóteses de descumprimento de medidas protetivas de urgência e à atuação em rede, com o Ministério Público e os órgãos integrantes da Segurança Pública, para se conferir maior efetividade às medidas protetivas de urgência, e dá outras providências.