

OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A LEI Nº. 9.099/95¹

O Ministro Celso de Mello indeferiu o Habeas Corpus nº. 109353, impetrado pelo comerciante W.M.N., acusado de vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial. O crime é previsto no artigo 7º., II, da Lei 8.137/1990. O comerciante foi denunciado perante o juízo da 30ª. Vara Criminal de São Paulo. Antes do recebimento da denúncia, a defesa pleiteou que o feito fosse redistribuído ao Juizado Especial Criminal, porque o delito imputado, por cominar pena alternativa de multa, caracterizaria infração de menor potencial ofensivo. O juízo indeferiu os pedidos e recebeu a denúncia. Dessa decisão, a defesa recorreu, sucessivamente, ao Tribunal de Justiça de São Paulo que negou a ordem, e ao Superior Tribunal de Justiça. Nessa Corte, a Ministra relatora concedeu liminar, suspendendo o curso do processo. Entretanto, no julgamento de mérito, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem apenas parcialmente, para que o Ministério Público de São Paulo se manifestasse acerca da proposta de suspensão condicional do processo. O Ministro Celso de Mello acolheu parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela denegação do HC 109353. O relator alegou que os fundamentos da manifestação do MPF ajustam-se à jurisprudência do STF no sentido de que a cominação da pena de multa, por si só, não é suficiente para caracterizar a infração como de menor potencial ofensivo, quando a punição não atender os parâmetros do artigo 61 da Lei 9.099/1995. O Ministro Celso de Mello assinalou ainda que, tal como acentuado no acórdão do Superior Tribunal de Justiça, *“apesar da previsão de pena alternativa de multa, o critério eleito pelo legislador para definir a competência dos Juizados Especiais Criminais é o quantum máximo de pena privativa de liberdade abstratamente cominada”*.

Corretíssima a decisão proferida pela Suprema Corte.

¹ Rômulo de Andrade Moreira é Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos do Ministério Público do Estado da Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (atualmente exercendo a função de Secretário). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG) e IELF (SP). Autor das obras “Curso Temático de Direito Processual Penal” e “Comentários à Lei Maria da Penha” (em coautoria com Issac Guimarães), ambas editadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba); “A Prisão Processual, a Fiança, a Liberdade Provisória e as demais Medidas Cautelares” (2011), “Juizados Especiais Criminais – O Procedimento Sumaríssimo” (2013) e “A Nova Lei de Organização Criminosa” (no prelo), publicadas pela Editora LexMagister, (Porto Alegre), além de coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal” (Editora JusPodivm, 2008). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Com efeito, os arts. 1º. e 60 da Lei nº. 9.099/95, regulamentando o art. 98 da Constituição Federal, previram a criação pelos Estados e pela União (no Distrito Federal) dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Ordinária (Justiça Comum Estadual e Justiça Comum do Distrito Federal). Com a Emenda Constitucional nº. 22/99, acrescentou-se um parágrafo único ao referido art. 98, determinando que “*lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal*”, o que veio a se efetivar com o surgimento da Lei nº. 10.259/2001.

A Lei nº. 11.313/06 modificou as leis dos Juizados Especiais Criminais, Estaduais e Federais, que passaram a ter a seguinte redação: “*Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis. Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*”

Andou bem o legislador da Lei nº. 11.313/2006, pois, unificando (na Lei nº. 9.099/95) o respectivo conceito, sepultou quaisquer dúvidas acaso existentes quanto àquela definição (e quase já não existiam).

Como se sabe, a redação anterior do art. 61 da Lei nº. 9.099/95 conceituava infração penal de menor potencial ofensivo como sendo todos os crimes cuja pena máxima não excedesse a um ano, excetuados aqueles que obedecessem a um procedimento especial, além de todas as contravenções penais.

Por sua vez, a Lei nº. 10.259/01, que regulamentou os Juizados Especiais Federais Criminais, no parágrafo único do art. 2º., passou a considerar infração de menor potencial ofensivo os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, retirando a ressalva quanto ao procedimento especial, não se referindo, evidentemente às contravenções penais, pois, como se sabe, tais infrações estão excluídas da competência da Justiça Federal, por força do art. 109, IV da Constituição.

Assim, a Lei dos Juizados Especiais Federais conceituou de modo diferente crime de menor potencial ofensivo, derogando, deste modo, o art. 61 da Lei nº. 9.099/95, que se aproveitava apenas quando tratava das contravenções penais.

Agora, o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo está previsto apenas na Lei nº. 9.099/95, excluindo qualquer outro entendimento que adotasse duas definições a respeito daquela infração penal. A propósito, a expressão “*para os efeitos desta lei*” é de uma inutilidade ímpar, pois o conceito é para o sistema jurídico-penal brasileiro; se assim não o for, qual a competência dos Juizados Especiais Criminais Federais? O que seriam aquelas infrações penais de menor potencial ofensivo previstas no art. 2º., **caput** da Lei nº. 10.259/2001?

Aliás, por força do disposto no art. 5º, **caput** da Constituição Federal que consagra o princípio da igualdade/isonomia, já era um absurdo admitir-se que uma mesma conduta fosse considerada um delito de menor potencial ofensivo (com todas as vantagens advindas) e, em outro momento (tendo em vista, por exemplo, o seu sujeito passivo ou o local onde foi cometida) não o fosse. Evidentemente que uma mesma ação e um resultado igual devem gerar uma mesma consequência jurídica. Se desacato um Delegado da Polícia Civil devo ter o mesmo tratamento jurídico-penal dado a quem desacata um Delegado de Polícia Federal; se furto uma televisão, devo ser tratado penal e processualmente da mesma forma de quem furta uma televisão a bordo de um navio ou de uma aeronave. Se um piloto de uma aeronave assedia sexualmente um(a) tripulante, o tratamento penal a ser dado a ele deve ser o mesmo, quer o faça a bordo ou no saguão do aeroporto. É óbvio! Por outro lado, o art. 20 da Lei nº. 10.259/01, não somente se dirige às causas cíveis² (tanto que faz referência expressa ao art. 4º. da Lei nº. 9.099/95, que diz respeito ao Juizado Especial Cível), como também tenciona impedir que se aplique o disposto no art. 109, §§ 3º. e 4º. da Constituição Federal³.

Como lembra Cezar Roberto Bitencourt o que identifica a essência ou lesividade de um delito não é a condição das partes (autor do fato ou vítima), a espécie procedimental ou a natureza da jurisdição (federal ou estadual), mas exatamente a sua potencialidade lesiva. Afirmo textualmente o autor citado que, *“na verdade, critérios de competência que delimitam a jurisdição penal em federal e estadual não têm legitimidade – científica, jurídica ou política – para estabelecer distinções conceituais sobre a potencialidade lesiva de uma conduta. Com efeito, a ilicitude típica não ganha contornos distintos de acordo com a espécie de jurisdição a que esteja sujeita, de forma a alterar a ofensividade ao bem jurídico.”*⁴

Assim, já nos parecia tranquilo o entendimento que a definição de crime de menor potencial ofensivo havia sido elasticada e unificada.

Hoje, evidentemente, que este assunto não comporta maiores indagações, pois a Lei nº. 10.259/01 não mais conceitua infração penal de menor potencial ofensivo, deixando esta matéria a cargo exclusivamente da Lei nº. 9.099/95. Portanto, são infrações penais de menor potencial ofensivo todas as contravenções penais e todos os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, independentemente da previsão de procedimento especial.

Quanto à cominação de pena de multa, também a inovação foi importante para dirimir outra controvérsia; a questão consistia em saber como interpretar a última parte do parágrafo único do art. 2º. da Lei nº. 10.259/01 (com a redação anterior). Para nós, a pena máxima de dois anos sempre foi o limite intransponível para o respectivo conceito, ou seja, qualquer delito cuja pena em abstrato fosse superior a dois anos estava fora do âmbito dos Juizados, tivesse ou não pena de multa alternativa ou cumulativamente cominada, pois o critério do legislador, ao conceituar tais delitos, foi sempre a pena máxima, não a mínima (multa). Ainda que a pena de multa seja cumulada com a pena de detenção ou reclusão igual ou inferior a

² Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, “Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 22.

³ Cezar Roberto Bitencourt, Juizados Especiais Criminais Federais, São Paulo: Saraiva, 2003, p 10.

⁴ Juizados Especiais Criminais Federais, São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 3 e 4.

dois anos, a situação não muda, ou seja, continua sendo de menor potencial ofensivo⁵. A Lei nº. 11.313/06 resolveu definitivamente a questão: não interessa a cominação da pena de multa para a definição de infração penal de menor potencial ofensivo, pouco importando seja a pena pecuniária cominada alternativa ou cumulativamente (se for cumulada não retira da infração a natureza de menor potencial ofensivo – como afirma a nova lei, com muito mais razão se a cominação for alternativamente).

Ressalta-se que na definição de infração de menor potencial ofensivo são levadas em conta as causas de aumento (no máximo) e de diminuição (no mínimo), inclusive a tentativa e o arrependimento posterior (art. 16 do Código Penal), excluídas as agravantes e as atenuantes genéricas, pois estas, além de não haver um quantum de aumento ou de diminuição estabelecido, não podem aumentar a pena acima do máximo nem diminuí-la aquém do mínimo (Enunciado 231 da súmula do Superior Tribunal de Justiça).

Assim, podemos afirmar que são crimes de menor potencial ofensivo, dentre inúmeros outros, o abuso de autoridade (Lei nº. 4.898/65)⁶, contra a honra (calúnia⁷, difamação⁸ e injúria⁹) e, mesmo, o aborto provocado pela gestante ou com o seu consentimento, quando na sua forma tentada (arts. 124 c/c 14, II do Código Penal). Sobre este último crime, observa-se que em caso de tentativa incidirá sobre a pena máxima cominada (três anos) a causa de diminuição de pena (1/3), restando a pena máxima de dois anos. O fato de ser crime doloso contra a vida não é óbice a esta afirmativa, pois é a própria Constituição Federal que no seu art. 98, I excepciona o disposto no seu art. 5º., XXXVIII, “d”. Lembremo-nos, ademais, que nos casos de competência determinada pela prerrogativa de função (em vista de dispositivo

⁵ Neste sentido conferir o livro de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, “Juizados Criminais Federais, seus reflexos nos Juizados Estaduais e outros estudos”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁶ A tese contrária, segundo a qual este crime não estaria englobado no conceito de menor potencial ofensivo, não nos convenceu, pois, como se disse acima, o critério para a definição é (e sempre foi) a pena máxima cominada. Ora, apesar de vir estabelecida na Lei nº. 4.898/65, como sanção, a perda do cargo, o certo é que a pena máxima para este crime continua sendo a de seis meses de detenção (art. 6º., § 3º., b), abaixo, portanto, do limite de dois anos. Evidentemente que a transação penal, nestes casos, só pode ter por objeto a multa ou uma das penas restritivas de direitos elencadas no art. 43 do Código Penal, jamais a perda do cargo ou a inabilitação para função pública (alínea c do referido art. 6º.), pois assim está estabelecido no **caput** do art. 76 da Lei nº. 9.099/95; o que não significa que tais sanções (aliás, não seriam mais propriamente efeitos da sentença condenatória?) não possam ser aplicadas pelo Juiz sentenciante, caso haja processo instaurado (no caso de não ter havido a transação penal e de ter sido oferecida a peça acusatória). Ademais, a transação penal pode deixar de ser proposta pelo Ministério Público com fundamento no art. 76, § 2º., III (requisitos subjetivos).

⁷ Salvo se incidir a causa de aumento de pena prevista no art. 141 do Código Penal.

⁸ Também não são crimes de menor potencial ofensivo a calúnia e a difamação previstas na Lei nº. 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), cuja pena máxima é de quatro anos e os sujeitos passivos são o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados e o do Supremo Tribunal Federal. Nestes casos, a competência será da Justiça Comum Federal, a teor do art. 109, IV da Constituição Federal.

⁹ Com exceção da chamada injúria com preconceito ou discriminatória - art. 140, § 3º., CP (cuja pena máxima é de três anos). A propósito, nota-se que este delito tem pena de reclusão de um a três, enquanto o homicídio culposo (art. 121, § 3º., CP) é apenado com detenção de um a três anos, violando claramente o princípio da proporcionalidade, “já que não houve a observância do justo equilíbrio que deve existir entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta.” (Luiz Regis Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 2, Parte Especial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1ª. ed., 2000, p. 252).

contido na Carta Magna), o julgamento também não será do Júri Popular, mas do respectivo Tribunal¹⁰. Quanto ao porte de arma (que era de menor potencial ofensivo à luz da legislação revogada), a nova lei o excluiu deste rol. Assim, na Lei nº. 10.826/2003 apenas o crime do art. 13 (omissão de cautela) é de menor potencial ofensivo.

Tal conceito evidentemente não foi alterado pelo art. 94 da Lei nº. 10.741/03 (Estatuto do Idoso) que dispõe: “*aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.*” Para nós, esta nova lei apenas determina sejam aplicadas as normas procedimentais da Lei nº. 9.099/95 (normas processuais puras, no dizer de Taipa de Carvalho) aos processos referentes aos crimes (com pena máxima de quatro anos) tipificados no Estatuto, excluindo-se a aplicação de suas medidas despenalizadoras (composição civil dos danos e transação penal), pois não seria coerente um diploma legal que visa a proteger os interesses das vítimas idosas permitir benefícios aos autores dos respectivos crimes.¹¹ Esta interpretação guarda coerência, pois tais crimes (graves, pois praticados contra idosos) serão julgados por meio de um procedimento mais célere, possibilitando mais rapidamente o desfecho do processo (sem olvidar-se da ampla defesa e do contraditório, evidentemente). Esta questão foi definida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3096. Para a relatora do processo, Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, o art. 94 deve ser interpretado de acordo com a Constituição Federal, no sentido de que sejam aplicados aos crimes previstos no estatuto do idoso apenas os “*procedimentos*” previstos na Lei nº. 9.099/95 - para dar celeridade aos processos -, e não os benefícios, como possibilidade de conciliação, transação penal ou a conversão da pena. Com isso, frisou a Ministra, os idosos teriam a possibilidade de ver os autores dos crimes processados de forma ágil, sem, contudo, vê-los beneficiados pela Lei nº. 9.099/95. O debate incluiu a participação de todos os Ministros presentes à sessão. O Ministro Marco Aurélio manifestou sua dificuldade em acompanhar a relatora. Para ele, seria inócuo aplicar interpretação conforme ao dispositivo, uma vez que a Lei dos Juizados Especiais já abrange crimes com pena inferior a dois anos. O estatuto só teria feito ampliar a aplicação dessa lei para crimes com penas até quatro anos. Já a Ministra Ellen Gracie revelou seu entendimento no sentido de que o legislador teria embasado a redação deste dispositivo em estatísticas que demonstram que grande parte dos crimes contra idosos são praticados no seio familiar. Assim, para Ellen Gracie pode ser importante que se tenha um mecanismo legal possibilitando uma solução pacificadora. Celso de Mello,

¹⁰ Quanto à prerrogativa de função no crime doloso contra a vida, veja-se no STF o julgamento proferido no HC nº. 693440/130, 2ª. Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, bem como o Enunciado 721 do STF. Aliás, no julgamento da Ação Penal (AP) 333, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu novamente que cabe ao STF julgar crime doloso contra a vida praticado por quem tem prerrogativa de função.

¹¹ Para Damásio de Jesus, este artigo apenas “*disciplina a espécie de procedimento aplicável ao processo, não cuidando de infrações de menor potencial ofensivo. Temos, pois, disposições sobre temas diversos, cada uma impondo regras sobre institutos diferentes, sendo incabível a invocação do princípio da proporcionalidade.*” (Repertório de Jurisprudência IOB – nº. 24/03 – Dezembro, p. 678). Neste mesmo sentido, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira, in *Direito Eleitoral – Crimes Eleitorais & Processo Penal Eleitoral*, Salvador: Podium, 2004, p. 65.

decano da Corte, disse que, em princípio, o art. 94 permite que o idoso que sofre algum crime veja a solução de seu caso, de forma ágil. O Ministro Cezar Peluso disse entender que o dispositivo pode acabar beneficiando, também, os autores dos crimes praticados contra idosos. Muitos crimes não são cometidos por familiares, e seus autores também se beneficiariam do dispositivo. Para ele, deve se analisar, no caso, o respeito ao princípio da isonomia. Ele citou como exemplo uma situação fictícia, em que duas pessoas cometem crime com penas inferiores a quatro anos, um contra um idoso e outro não. O primeiro será processado pela Lei nº. 9.099/95 e o outro pela justiça comum. Segundo Peluso, isso pode levar à perigosa conclusão de que é mais conveniente cometer crime contra idoso. Não se pode criar esse tipo de discriminação, concluiu Cezar Peluso. O Ministro Eros Grau disse entender que não compete à Corte analisar a razoabilidade da lei. Assim, o Ministro votou pela improcedência da ADI. O julgamento foi concluído com o retorno do voto-vista do Ministro Ayres Britto, no sentido que o dispositivo legal deve ser interpretado em favor do seu específico destinatário – o próprio idoso – e não de quem lhe viole os direitos. Com isso, os infratores não poderão ter acesso a benefícios despenalizadores de direito material, como conciliação, transação penal, composição civil de danos ou conversão da pena. Somente se aplicam as normas estritamente processuais para que o processo termine mais rapidamente, em benefício do idoso. Ao acompanhar a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, o Ministro Ayres Britto procurou resumir numa frase o entendimento da ministra relatora em relação ao equívoco cometido pelos legisladores na confecção do Estatuto do Idoso. *“Autores de crimes do mesmo potencial ofensivo serão submetidos a tratamentos diversos, sendo que o tratamento mais benéfico está sendo paradoxalmente conferido ao agente que desrespeitou o bem jurídico mais valioso: a incolumidade e a inviolabilidade do próprio idoso”*, afirmou. Por maioria de votos, vencidos os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, o Plenário decidiu que os benefícios despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 e também no Código Penal não podem beneficiar os autores de crimes cujas vítimas sejam pessoas idosas. Para a relatora do processo, a interpretação conforme à Constituição do artigo 94 do Estatuto implica apenas na celeridade do processo e não nos benefícios. O Ministro Marco Aurélio manifestou sua tese contrária à relatora. *“Creio que quanto ao procedimento da lei, partiu-se para uma opção político-normativa. Não podemos atuar como legisladores positivos e fazer surgir no cenário uma normatização que seja diversa daquela aprovada pelas duas Casas do Congresso Nacional”*. Por isso, o Ministro Marco Aurélio considerou o dispositivo integralmente inconstitucional, tendo em vista que o Estatuto ampliou para pena não superior a quatro anos a aplicação de benefício que a Lei dos Juizados Especiais limita a pena não superior a dois anos. *“Eu me pergunto: se não houvesse o Estatuto do Idoso, o que se teria? A aplicação pura e simples da Lei nº 9.099 e aí só seriam realmente beneficiados pela lei agentes que a lei beneficia, ou seja, aqueles cujas penas máximas não ultrapassem dois anos. A meu ver, na contramão dos interesses sociais, se elasteceu a aplicação da Lei nº 9.099”*, concluiu o Ministro.

Em relação à suspensão condicional do processo, o entendimento necessariamente é diverso, como veremos a seguir.

Com efeito, no art. 89 prevê-se a suspensão condicional do processo para os crimes apenados com pena mínima igual ou inferior a um ano, cuja natureza jurídica não é de direito subjetivo público do acusado, mas a de ato transacional (ambas as partes cedem para se chegar a um acordo). Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“HABEAS CORPUS N.º. 75343 / MINAS GERAIS

*Relator: Ministro OCTAVIO GALLOTTI – Relator do acórdão: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 12/11/1997- Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação:Diário da Justiça 18-06-01. P. 003. EMENTA: Suspensão condicional do processo (Lei n.º. 9.099/95, art. 89): natureza consensual: recusa do Promotor: aplicação, **mutatis mutandis**, do art. 28 do Código de Processo Penal. A natureza consensual da suspensão condicional do processo - ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público - não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso. Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional dos seus membros e a unidade da instituição é aquela que - uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do sursis processual (art. 89 caput) ad instar do art. 28 do Código de Processo Penal - impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor à sua pactuação, que há de ser motivada.”*

Aliás, este entendimento restou cristalizado na Súmula 696 do STF: “*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*”.¹²

Em que pese a literalidade do **caput** do art. 89, o certo é que em relação às contravenções penais também é cabível a medida despenalizadora, pois seria um absurdo admiti-la em relação aos crimes e não para as contravenções. Aliás, há entendimento doutrinário que quando se tratar de contravenção penal, o período de prova será de um a três anos, aplicando-se a analogia com o art. 11 da Lei das Contravenções Penais que estabelece este período de prova para o **sursis**.¹³

Para a viabilidade da proposta, deverão estar presentes determinados requisitos objetivos e subjetivos. Quanto ao primeiro dos requisitos objetivos, observa-se que se o acusado estiver sendo processado por uma contravenção (e não por crime) é possível, em tese, a proposta. Aqui, a interpretação tem que ser restritiva, pois se trata de norma excludente de um benefício penal-processual.

Por outro lado, deve-se observar neste aspecto, por analogia, o art. 64, I do Código Penal (neste sentido, conferir TACrim/SP, Ap. n.º. 1.332.339/8, 16ª. C. Crim., Rel. Juiz Mesquita de Paula, j. 07/01/03), concluindo-se que não será também causa impeditiva do benefício quando entre o cumprimento da pena relativa à condenação anterior e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos.

Este é um posicionamento praticamente unânime na doutrina, valendo transcrever, por todos, o pensamento de Ada **et alli**, além de Tourinho Filho, respectivamente:

¹² No mesmo sentido: *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - RECURSO ESPECIAL N.º. 826.532 - RJ (2006/0050455-2) - RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER.*

¹³ Neste sentido, conferir Geraldo Prado, ob. cit., p. 282.

“Se a lei fala em ‘crime’, é evidente que a condenação anterior por contravenção, em princípio, não impede a suspensão do processo. (...) Aplicando-se analogicamente o art. 64, I, do CP, cremos que se deva respeitar o limite de cinco anos, consoante o sistema da temporariedade.”¹⁴

“(...) considerando que a norma do art. 89 tem um acentuado conteúdo penal, considerando que ela é sumamente benéfica, não só pelo fato de não permitir o andamento do processo, verdadeiro anátema a estigmatizar o acusado, como inclusive pela possibilidade de, cumprido o período de provas, ser decretada extinta a punibilidade, parece-nos que, se praticada nova infração depois de decorrido aquele período quinquenal de que trata o art. 64 do CP, cessa o obstáculo para a concessão do benefício.”¹⁵

Quanto ao requisito objetivo da sanção penal, atente-se que devem ser levadas em conta as causas de aumento (no mínimo) e de diminuição da pena (no máximo), inclusive a tentativa e o arrependimento posterior, excluídas as agravantes e atenuantes;

No caso de concurso de crimes, crime continuado e concurso formal entendemos que não deve haver a soma das penas, nem os aumentos respectivos, adotando-se o critério bifásico - individual/global¹⁶, utilizando-se analogicamente o art. 119 do Código Penal e o Enunciado 497 do Supremo Tribunal Federal¹⁷. O certo (?), porém, é que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu exatamente o contrário com a edição do Enunciado 243: *“O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de (01) ano”*. Neste mesmo sentido, em relação ao crime continuado, veja-se o Enunciado 723 do Supremo Tribunal Federal: *“Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”*. Porém, aplicando-se tais enunciados, é de se observar, ao final, quando da sentença condenatória, o Enunciado n.º. 337 do Superior Tribunal de Justiça: *“É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.”* (Grifo nosso). Ou seja, caso tenha havido denúncia por dois crimes em concurso material (ou formal ou mesmo continuidade delitiva), caso o Juiz venha a absolver o réu (ou réus) por um dos delitos, deverá ser analisada a possibilidade da suspensão condicional do processo em relação ao outro delito (cuja pena mínima não excede a um ano).

Como agora acabou de decidir o Supremo Tribunal Federal, a suspensão condicional do processo é cabível se houver pena de multa também cominada abstratamente (e alternativamente), ainda que a pena privativa

¹⁴ Ada Pellegrini Grinover e outros, Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 1999, p. 291.

¹⁵ Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Saraiva, 2002, 2ª. ed., p. 170.

¹⁶ Ada Pellegrini Grinover e outros, Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª. ed., 1999, p. 255. Neste sentido, conferir TACrimSP, RSE n.º. 1.331.987/5, 6ª. Câmara Criminal, Rel. Juíza Angélica Almeida, j. 16/12/02).

¹⁷ *“Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.”*

de liberdade ultrapasse o patamar de um ano, pois o que se deve levar em conta é a pena mínima (e a multa, evidentemente, é inferior à pena privativa de liberdade). Neste sentido, veja-se esta decisão unânime do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o Ministro Cesar Peluzo:

“Para a suspensão condicional do processo, a Lei 9.099/95 exige que a infração imputada ao réu tenha mínima cominada igual ou inferior a 1 (um) ano. Entendo que entra no âmbito de admissibilidade da suspensão condicional a imputação de delito que comine pena de multa de forma alternativa à privativa de liberdade, ainda que esta tenha limite mínimo superior a 1 (um) ano. Nesses casos, a pena mínima cominada, parece-me óbvio, é a de multa, em tudo e por tudo, menor em escala e menos gravosa do que qualquer pena privativa de liberdade ou restritiva de direito. É o que se tira ao art. 32 do Código Penal, onde as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa são capituladas na ordem decrescente de gravidade. Por isso, se prevista, alternativamente, pena de multa, tem-se por satisfeito um dos requisitos legais para a admissibilidade de suspensão condicional do processo. É o que convém ao caso.” (2ª. T., HC 83.926-6, - j. 07.08.07).

Aliás, no julgamento do referido Habeas Corpus, a própria Procuradoria-Geral da República, entendeu ser cabível a proposta da suspensão condicional do processo nestes casos:

“A impetração, no que lhe assiste razão, insiste na tese do cabimento da suspensão condicional do processo. Com efeito, para os delitos do artigo 7º da Lei 8.137/90 são cominadas as penas alternativas de reclusão, de 2 a 5 anos, ou multa. Tais as circunstâncias, bem demonstram a esmerada petição que, para fins de aplicação do artigo 89 da Lei 9.099/95, a pena mínima a ser considerada é a de multa que, em tese, pode ser a única aplicada. (...) Tal o quadro, resulta caracterizado o constrangimento ilegal decorrente do ato da Procuradoria-Geral de Justiça que, incorretamente, afirmou a impossibilidade jurídica da suspensão condicional do processo. Isso posto, retificando-me a manifestação anterior, opino pelo deferimento da ordem, com extensão de ofício ao co-réu, para que, reconhecida em tese a possibilidade de suspensão condicional do processo cuja proposta foi indevidamente recusada, gerando ameaça à liberdade do paciente, retornem os autos ao Ministério Público estadual para manifestação fundamentada do Promotor de Justiça sobre a oportunidade ou não da proposta de suspensão do processo”².

Neste sentido, é a opinião da doutrina:

*“Nas hipóteses em que penas diversas vêm cominadas alternativamente (prisão mínima acima de um ano ou multa, ad exemplum, arts. 4º, 5º e 7º da Lei 8.137/90), nos parece muito evidente o cabimento da suspensão do processo, pela seguinte razão: a pena mínima cominada é a de multa. Se a lei (art. 89) autoriza a suspensão condicional do processo em caso de pena privativa de liberdade mínima até um ano, **a fortiori**, conclui-se que, quando a pena mínima cominada é a multa, também cabe tal instituto. Pouco importa que a multa seja, no caso, alternativa. Se o legislador previu tal pena como alternativa possível é porque, no seu entender, o delito não é daqueles que necessariamente devam ser punidos com pena de prisão. Se, para os efeitos de prevenção geral, contentou-se a lei, em nível de cominação abstrata, com a multa alternativa, é porque, conforme seu entendimento, não se trata de delito de alta reprovabilidade. Sendo assim, entra no amplo espectro da sua nova política criminal de priorizar a ressocialização do infrator por outras vias,*

que não a prisional. Na essência da suspensão condicional, ademais, outros interesses estão presentes: reparação da vítima, desburocratização da Justiça etc. Para os crimes de média gravidade (e dentro desse conceito entram evidentemente os delitos punidos em abstrato com pena – alternativa — de prisão ou multa) a resposta estatal adequada é a de que acaba de ser descrita.”¹⁸

Este requisito objetivo (pena mínima de um ano) não foi alterado pela lei dos Juizados Especiais Federais. O Superior Tribunal de Justiça até havia decidido contrariamente, mas, a tempo, em sede de embargos declaratórios, voltou atrás. Eis a primeira decisão, que causou surpresa em todos nós:

“RHC 12033 / MS ; RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS 2001/0129618-4. Fonte: DJ DATA:09/09/2002 PG:00234 RJTAMG VOL.:00087 PG:00379. Relator: Min. FELIX FISCHER (1109). Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI Nº. 9.099/95. LIMITE DE 01 (UM) ANO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO). LEI Nº 10.259/01. LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. SÚMULA 243/STJ. I – Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada. II – "O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano." Súmula 243/STJ. III – A Lei nº 10.259/01, ao definir as infrações penais de menor potencial ofensivo, estabeleceu o limite de dois (2) anos para a pena mínima cominada. Daí que o artigo 61 da Lei nº 9.099/95 foi derogado, sendo o limite de um (01) ano alterado para dois (dois) anos, o que não escapa do espírito da Súmula 243 desta Corte. Recurso provido para afastar o limite de um (01) ano, e estabelecer o de dois (02) anos, para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo. Data da Decisão: 13/08/2002. Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA”

Veja-se agora a correção proferida nos embargos declaratórios: *“EDRHC 12033 / MS; EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS 2001/0129618-4. Fonte: DJ DATA:10/03/2003 PG:00243. Relator: Min. FELIX FISCHER (1109). Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL LESIVO. SURSIS. PROCESSUAL PENAL. LEI Nº. 10.259/01 E LEI Nº 9.099/95. EFEITOS INFRINGENTES. A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. II - Entretanto, tal alteração não afetou o patamar para o sursis processual (Aplicação da Súmula nº 243-STJ). Contradição reconhecida com efeito infringente. Embargos acolhidos, ensejando o desprovemento do recurso ordinário. Data da Decisão: 03/12/2002. Orgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA”.*

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. Juizados Especiais Criminais. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 255-265.

Este entendimento restou, finalmente, pacificado naquela Corte Superior: “*Habeas corpus. Processual penal. Crime de furto qualificado. Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei 9.099/95. Extrapolação do limite temporal – “As inovações da Lei n.º 10.259/01 derrogaram o art. 61 da Lei n.º 9.099/95, passando a considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles cuja pena máxima cominada seja de 2 (dois) anos. Tais inovações, porém, segundo entendimento pacífico desta Corte, não alcançaram o instituto do sursis processual, previsto no art. 89 da Lei n.º 9.099/95, permanecendo, pois, inalterado o seu cabimento tão-somente para os delitos com a cominação de pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano.”* (STJ, 5ª T., HC 96.627, rel. Laurita Vaz, j. 11.03.2008, DJU 14.04.2008).

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu neste último sentido:

“*SEGUNDA TURMA HABEAS CORPUS 86.452-0 RIO GRANDE DO SUL. RELATOR: MIN. JOAQUIM BARBOSA. O réu responde aos fatos que lhe são imputados, não à eventual capitulação destes. Não-acolhimento do parecer da Procuradoria-Geral da República, a qual, omitindo-se acerca do conteúdo racial da injúria explicitamente apontado na queixa-crime, opina pelo reconhecimento da prescrição. Na espécie, a queixa-crime abrange o crime de injúria qualificada por racismo (artigo 140, parágrafo terceiro, do Código Penal). Prazo prescricional de oito anos. As causas de acréscimo devem ser consideradas em adição à pena em abstrato, para efeito de concessão de suspensão condicional do processo. Precedentes. A Lei dos Juizados Especiais Federais, ao estipular que são infrações de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não seja superior a dois anos, não produziu o efeito de ampliar o limite, de um para dois anos, para o fim da suspensão condicional do processo. Ordem de habeas corpus indeferida. VOTO: (...) O segundo argumento é no sentido de que a superveniência da Lei nº 10.259/2001 teria refletido sobre a pena mínima para a concessão de suspensão condicional do processo. A tese também não socorre o paciente. Por ocasião do julgamento do HC 83.104, de que foi relator o ministro Gilmar Mendes, esta Segunda Turma concluiu que a Lei dos Juizados Especiais Federais, ao estipular que são infrações de menor potencial ofensivo aquelas cuja pena máxima não seja superior a dois anos, não produziu o efeito de ampliar o limite, de um para dois anos, para o fim da suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995. Transcrevo a ementa do precedente: "Habeas corpus. 2. Processo Penal. 3. Lei nº 10.259/02, artigo 2º, parágrafo único. 4. Suspensão condicional do processo. 5. A Lei dos Juizados Especiais Federais não ampliou o limite para o sursis processual previsto no artigo 89, da Lei nº 9.099/95. 6. Habeas corpus indeferido." Do exposto, voto pelo indeferimento do habeas corpus.*” (Grifo nosso).