

HABEAS CORPUS N. 36.557 – SP (2004,0093923-7)

Relator: Ministro Nilson Naves

Impetrante: Luciano Alencar Negrão Caserta - Procuradoria da Assistência Judiciária

Impetrado: Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São

Paciente: Alex Sandro Mataruco de Godoy

EMENTA

Infração de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo/transação penal (possibilidade). Ministério Público (iniciativa).

1. Há um só conceito de infração de menor potencial ofensivo, exatamente o constante da Lei n. 10.259, de 2001.

2. Havendo elementos que, em tese, justifiquem a transação penal, o exame do caso deve ser feito à luz dos textos legais pertinentes; defeso, portanto, deixar o Ministério Público de fazê-lo ao abrigo de eventual poder discricionário.

3. **Habeas corpus** deferido, determinando-se seja feito o exame à luz dos textos pertinentes; em caso de proposta não feita, sejam os autos encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido, que acompanhou a Relatoria, no que foi seguido pelos Srs. Ministros Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus** nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo Medina. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Relator

DJ 02.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário. No Tribunal de Justiça de São Paulo, da impetração não se conheceu nos termos seguintes, em síntese:

“Trata-se de impetração que sustenta sofrer o paciente constrangimento ilegal da parte do eminente Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, que negou vigência à Lei n. 10.259/2001, ao não lhe conceder a possibilidade de transação penal, em delito agora considerado de menor potencial ofensivo Cart. 16 da Lei n. 6.368/1976).

(...)

A celeuma criada em torno da aplicação da norma invocada já vem sendo pouco a pouco superada e, nesta Câmara, já é pacífico o entendimento no sentido da possibilidade da aplicação da lei nova.

Não se pode perder de vista, todavia, que o legislador previu a possibilidade de transação e o conceito desse instituto nos é ministrado pelo Direito Civil, sendo fora de dúvida que a transação é um acordo a que chegam as partes, mediante concessões recíprocas e, evidentemente de livre e espontânea vontade.

Isso é suficiente para que se veja que não pode o Juízo tomar a iniciativa da transação, a qual compete tão-só ao Ministério Público, como titular que é da ação; e este é também o motivo pelo qual não se pode obrigar o representante do *Parquet* ao oferecimento de proposta de transação, providência esta que também não pode partir desta Corte, o que significa dizer que a impetração não pode ser conhecida.

Posto isto e adotada a judiciosa manifestação ministerial, não conhecem do pedido.”

Aqui no Superior Tribunal, o pedido do impetrante não é diferente do anteriormente apresentado, ei-lo:

“... a concessão definitiva da ordem de **habeas corpus**, reconhecendo-se a existência do constrangimento ilegal contra o Paciente, para que cesse o constrangimento ilegal, decretando-se nulo o despacho de recebimento da denúncia e de todos os atos subseqüentes, inclusive da audiência onde ocorreu a suspensão condicional do processo concedida ao Paciente e

designando-se audiência para a realização da proposta de transação penal em favor desse, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem. Veja-se: “... a obtenção da transação, com todas as vantagens dela decorrentes, constitui direito subjetivo do autor da infração. O fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta não altera a natureza do instituto.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves (Relator): Malgrado a conclusão de origem tenha sido no sentido de não se conhecer do pedido, o certo é que lá não se deixou de dar atenção ao fundamento do pedido. Por isso estou indo em frente.

2. Estando em curso a ação penal, a acusação opinou pela desclassificação do fato para o art. 16 da Lei n. 6.368, de 1976, e a sentença acolheu a proposta, determinando o magistrado se abrisse vista “ao Ministério Público para que se manifeste sobre a possibilidade de propor a suspensão condicional do processo ante a primariedade do réu”.

Isso se realizou, tendo-se registrado, em 18.09.2003, o seguinte: “Presentes os requisitos legais, suspendo o curso do processo e do prazo prescricional por 2 (dois) anos, submetendo o acusado a período de prova, sob as condições acima impostas pelo Ministério Público.” No mesmo dia, entretanto, a Assistência Judiciária alegou em petição que o réu fazia jus à transação penal “nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995: pena detentiva não superior a dois anos, não ter sido beneficiado anteriormente pela aplicação de pena restritiva ou multa e os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias indicam ser suficiente a adoção da medida em questão.” Assim, requereu fosse designada audiência para tanto.

O Ministério Público do Estado, logo após, foi de parecer contrário à proposta, resumidamente:

“Por tais razões, o legislador, ao estabelecer requisitos para a transação penal e, também, para a suspensão condicional do processo, não pretendeu criar um direito subjetivo para o acusado ou ainda obrigar o membro do Ministério Público a não agir. Na verdade, as regras estabelecidas têm como objetivo precípua não permitir que o Promotor de Justiça extrapole o poder discricionário, propondo aquelas benesses nas hipóteses de infrações penais que não possam ser consideradas de menor potencial ofensivo.

A própria Constituição Federal distingue, claramente, para fins de instituição dos Juizados Especiais, as Justiças Estadual e Federal. Nossa Carta Política, originariamente, nem sequer admitia a transação penal ou o procedimento sumaríssimo na Justiça Federal (art. 98, **caput**), tanto que foi necessária a edição da Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, dispondo expressamente sobre a criação dos juizados no âmbito da Justiça Federal (cf. parágrafo único do art. 98).

Portanto, não há que se falar em quebra do princípio da isonomia, posto que se trata de situações distintas cujo tratamento foi distinto (antes da criação dos Juizados criminais no âmbito federal) e deve ser diverso.”

E o parecer foi acolhido pela Juíza:

“1. Acolho o parecer do Ministério Público cujos fundamentos adoto como razão de decidir.

2. Não bastasse, na audiência designada o requerente, acompanhado do ilustre profissional que subscreveu a petição de fls. 107/110, aceitou a proposta de suspensão condicional do processo, sem qualquer objeção, quando lhe era permitido discordar, entendendo que fazia jus à transação penal. Não o fez no momento oportuno, sua pretensão está irremediavelmente preclusa.

3. Posto isto, indefiro o pedido de fls. 107/110.”

3. Ao contrário do sustentado pelo Ministério Público do Estado, em primeiro lugar, não existem dois sistemas relativamente a infrações penais de menor potencial ofensivo, há um único sistema. Em segundo lugar, os requisitos da transação são aqueles estabelecidos em lei, a cujo exame há de dar atenção o órgão ministerial, dele não podendo escapar ao abrigo do poder discricionário. Por outro lado, O fundamento da preclusão, acrescentado pelo magistrado, não calha, não vindo, assim, em adequado modo, porquanto o que está em jogo é a liberdade de ir, ficar e vir.

A minha convicção, por isso, é a de que tem razão o Subprocurador-Geral Jair Brandão, **in verbis**:

“9. A ordem merece ser concedida.

10. **In casu**, pretende-se a transação penal no crime de uso/porte ilegal de entorpecente, cuja pena máxima é igual a dois anos, em face da Lei n. 10.259/2001.

11. Com efeito, a Lei n. 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Comum Estadual, em seu art. 61, considera infração de menor

potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano.

12. Por sua vez, a Lei n. 10.259/2001, que criou os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, assim dispõe em seu art. 2, caput e parágrafo único, **verbis**:

‘Art. 2 Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. *Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa*. (Sem grifos no original).

13. Tem se consagrado o entendimento de que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995, ou seja, o conceito de infração de menor potencial ofensivo foi alterado, ampliando **quantum** da pena máxima, de um para dois anos, e demarcando a incidência em torno das condutas cuja pena privativa não esse limite (**sic**).

14. Ora, se ambas as leis emanam da mesma fonte normativa – legislações federais – não se pode admitir a instituição de dois sistemas distintos juizados especiais. O simples fato de determinado crime estar inserido, âmbito de competência da Justiça Federal ou Estadual não é motivo basta para que a lei confira tratamento diferenciado.

15. Dessarte, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos na lei art. 79, § 2º, incisos I, II e III, Lei n. 9.099/1995 – a obtenção da transação, com todas as vantagens dela decorrentes, constitui direito subjetivo do autor da infração. O fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta não altera a natureza do instituto.

16. Nesse sentido, esclarecem **Weber Martins Batista** e **Luiz Fux**, in ‘Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal’, Forense, 1999, p. 321: ‘A lei, por argumento a contrário, estabelece os pressupostos que devem ser satisfeitos para que o autor do fato obtenha as vantagens do instituto. Presentes todos eles, nasce para o mesmo um direito subjetivo à obtenção da transação’.

17. Em caso idêntico ao que ora se examina, esse Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso – RHC n. 14.168-SP (2003/0038704-5) – determinando a remessa dos autos ao Ministério Público para que procedesse à análise dos requisitos

necessários ao oferecimento da proposta de transação penal ao paciente, valendo destacar os seguintes trechos do r. julgado:

...”

4. Dessa sorte, voto pela concessão da ordem de **habeas corpus**, determinando que o caso seja examinado à luz do art. 76 e §§ da Lei n. 9.099, de 1995; caso contrário, que os autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Senhor Presidente, **habeas corpus** contra a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que não conheceu do pedido impetrado em favor de Alex Sandro Mataruco de Godoy, denunciado pela prática do crime tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976 (uso de entorpecente), em que se alegava constrangimento ilegal decorrente da não-aplicação ao paciente do instituto da transação penal.

Sustenta-se que a Lei n. 10.259/2001 ampliou o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, de modo que, sob pena de violação ao princípio da isonomia, deve ter incidência nos Juizados Especiais Estaduais.

Alega-se, nesse passo, que o paciente preenche todos os requisitos legais para ser beneficiário da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/1995), a saber: pena detentiva não superior a 2 anos; não ter sido beneficiado anteriormente pela aplicação de pena restritiva ou multa; e os antecedentes, a conduta social e a sua personalidade, os motivos e as circunstâncias indicarem ser suficiente a adoção da medida em questão.

Afirma-se, de outro lado, que, preenchidos os requisitos legais, impõe-se a realização da transação penal, cuja falta, exatamente diante de sua natureza jurídica de condição de procedibilidade, impede o recebimento da denúncia.

Pugna-se, ao final, pela concessão da ordem para que seja decretada a nulidade do despacho de recebimento da denúncia e de todos os atos subsequentes, inclusive da audiência de suspensão condicional do processo, designando-se, nesse passo, audiência para a realização da proposta de transação penal ao paciente.

O Ministério Público Federal veio pela concessão da ordem.

O Ministro Nilson Naves, Relator, concedeu a ordem de **habeas corpus**, determinando que o caso seja examinado à luz do art. 76 e §§, da Lei n. 9.099, de 1995; caso contrário, que os autos sejam encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça.

Pedi vista para melhor examinar a espécie.

Conforme declinado no voto do Relator, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça sufragou o entendimento de que a Lei n. 10.259/2001, com força revocatória, ajustada à Constituição da República, redefiniu as infrações penais de pequeno potencial ofensivo, identificando-as, em natureza, com os

delitos a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, derogando, neste sentido, o art. 614 da Lei n. 9.099/1995.

A propósito, e por todos, o seguinte precedente:

“Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Art. 16 da Lei de Tóxicos. Infração de menor potencial lesivo. Transação penal. Lei n. 10.259/2001 e Lei n. 9.099/1995.

I – Com o advento da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito.

II - Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9099/1995, aqueles a que a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.

Ordem concedida. (HC n. 25.195-SP, Relator Ministro Felix Fischer, in DJ de 30.06.2003).

In casu, o delito é o tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/1976, que prevê pena de detenção de 6 meses a 2 anos, compreendido, portanto, pelo conceito legal de menor potencial ofensivo, o que, por certo, viabiliza o oferecimento da transação penal ao paciente, e exclui, exatamente por se cuidar de aplicação de lei penal mais benéfica, a alegação de preclusão diante da assunção do **sursis** processual.

Nesse sentido:

“Processual Penal. Recurso ordinário constitucional. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976. Crime de menor potencial ofensivo. Suspensão do processo com base no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Superveniência da Lei n. 10.259/2001. Pleito da defesa direcionado ao oferecimento da proposta de transação penal. Derrogação do art. 61 da Lei n. 9.099/1995.

Sendo a transação penal instituto que se afigura mais benéfico ao réu, não pode o Juiz substituí-la pela suspensão condicional do processo.

Recurso provido para permitir ao réu o direito de ver proposta a transação penal em substituição à suspensão condicional do processo.” (RHC n. 15489-SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, in DJ de 17.05.2004)

“Recurso ordinário em habeas corpus. Penal e Processual Penal. Uso de entorpecente. Art. 16 da Lei n. 6.368/1976.

Infração de menor potencial ofensivo. Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001. Transação penal. Possibilidade. Lei posterior mais benéfica. Retroação.

O parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 ampliou a definição de crimes de menor potencial ofensivo, porquanto, além de ausentes as exceções elencadas no art. 61 da Lei n. 9.099/1995, foi alterado o limite da pena máxima abstratamente cominada para 02 (dois) anos, sem distinção entre crimes da competência da Justiça Estadual ou Federal. Precedentes do STJ.

Tendo-se em conta que o delito imputado ao ora Paciente é o capitulado no art.16 da Lei n.6.368/1976, cuja pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e pagamento de multa, tido, pois, como de menor potencial ofensivo, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76 da Lei n. 9.099/1995, ser-lhe oferecido o benefício da transação penal, apesar de já existir concordância do Paciente com a proposta de suspensão do processo.

3. É que, na presente hipótese, estando o ora paciente se submetendo ao período de prova do *sursis* processual, torna-se mais benéfico o instituto da transação, devendo, assim, a lei posterior mais benéfica retroagir, sob pena de ofensa ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

4. Recurso provido." (RHC n. 14.857-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, in DJ de 13.10.2003)

Pelo exposto, e por não se cuidar de direito subjetivo do réu (cf. REsp n. 628.294-SP, in DJ de 18.10.2004), acompanho o Relator para, concedendo a ordem de *habeas corpus*, determinar que se oportunize ao paciente a possibilidade de transação penal, sendo eventual discordância entre o Promotor de Justiça e o Juiz a quo solucionada à luz do art. 28 do Código de Processo Penal.

É o voto.