

*Recusa no oferecimento de suspensão condicional do processo. Inaplicabilidade à Justiça estadual da Lei nº 10.259/01, pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário. Mesmo que se entendesse aplicável a referida normativa no âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado, de lege lata, aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano (art. 89 da Lei nº 9.099/95).*

ASSESSORIA CRIMINAL

Procedimento Administrativo MP – nº 7680/03

Origem: Juízo de Direito da 26ª Vara da Comarca da Capital (Processo nº 2002.001.150679-1)

Assunto: Art. 28 do Código de Processo Penal – Aplicação por analogia

*Recusa no oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo.* Denúncia oferecida por crime de porte de arma de fogo de uso proibido (art. 10, § 2º, da Lei nº 9.437/97), cuja pena alcança o patamar mínimo de 02 (dois) anos de detenção. Recusa da Promotoria de Justiça a oferecer suspensão condicional do processo. Discordância judicial com remessa dos autos à Chefia do *Parquet*, ao argumento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 10.259/01, a suspensão condicional do processo seria cabível em relação aos crimes cuja pena mínima não fosse superior a 02 (dois) anos, de acordo com entendimento esposado em acórdão prolatado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 12033/MS. Inaplicabilidade à Justiça estadual da Lei nº 10.259/01, pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário. Todavia, mesmo que se entendesse aplicável a referida normativa no âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado de *lege lata* aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Parecer, pois, no sentido de *insistir na não-apresentação da proposta de suspensão condicional do processo.*

## PARECER

Ex.<sup>mo</sup> Sr. Procurador-Geral de Justiça

O Ex.<sup>mo</sup> Dr. Joel Pereira dos Santos, Juiz de Direito da 26<sup>a</sup> Vara da Comarca da Capital, com fundamento em aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, encaminha a esta Procuradoria Geral de Justiça, para os devidos fins, os autos do processo acima referenciado.

Cuida-se de ação penal ajuizada em face de Bruno Severiano Ribeiro de Castro em virtude da prática do delito de porte de arma de fogo de uso proibido. O acusado, em 07 de dezembro de 2002, foi preso em flagrante porque mantinha sob sua guarda uma pistola da marca Taurus, calibre 9 mm, n<sup>o</sup> de série TNE 73211, de uso proibido.

Suspendendo a realização do interrogatório do acusado, o ilustre Magistrado Antônio Carlos Nascimento Amado lançou despacho nos seguintes termos: "(...) Este Juízo tem o entendimento de que, se aplicando a Lei 10.259/2001 na esfera estadual, há de se extrair dela todos os pressupostos, ou seja, inclusive, a aplicação da suspensão do processo naqueles crimes que, cuja pena mínima seja de dois anos nos termos da conhecida decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Assim, ao nosso ver, a recusa na concessão do benefício não se encontra razoavelmente justificada, pelo que determino que os autos sejam remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, para, na forma do artigo 28 do Código de Processo Penal, aplicado à hipótese analogicamente, seja o assunto reexaminado e feita a proposta ao acusado" (fl. 80).

Este o sucinto relatório.

Salvo melhor juízo, a hipótese é de *insistir na não-apresentação de proposta de suspensão condicional do processo*.

Com efeito, o cerne da questão levantada consiste em saber se, com o advento da Lei n<sup>o</sup> 10.259/01 (que estabeleceu conceituação própria acerca de infrações de menor potencial ofensivo no tocante aos Juizados Especiais Federais – crimes cuja pena *máxima* não supere dois anos), é possível a sua aplicação ao instituto da suspensão condicional do processo, de modo a possibilitar a concessão deste aos crimes cuja pena mínima não seja superior a dois anos.

Ressalte-se que, com a redação do art. 2<sup>o</sup>, parágrafo único, da Lei n<sup>o</sup> 10.259/01 – que considera infrações de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não seja superior a 02 (dois) anos –, poder-se-ia suscitar a aplicação do referido dispositivo legal à Justiça estadual, seja sob o fundamento da isonomia, seja por se vislumbrar a possibilidade de aplicação analógica. Porém, cumpre remarcar que esta Assessoria Criminal vem-se pronunciando reiteradamente no sentido de que, *pelo menos até que se tenha firme orientação jurisprudencial em sentido contrário*, as regras contempladas na Lei n<sup>o</sup> 10.259/01 não se aplicam aos Juizados Especiais Criminais Estaduais. Isto diante da impossibilidade de atuação positiva no campo legislativo do Poder Judiciário de modo a ampliar, a hipóteses não contempladas em lei, a incidência de regras legais mais benéficas sob o argumento de ofensa ao princípio da isonomia.



Todavia, e apenas *ad argumentandum tantum*, mesmo se entendesse aplicável a referida normativa ao âmbito estadual, em nada restaria afetado o instituto da suspensão condicional do processo, reservado *de lege lata* aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 01 (um) ano.

Toda a polêmica gira em torno do posicionamento adotado em relação à suspensão condicional do processo em recente acórdão prolatado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa se transcreve:

*“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” (STJ, 5ª Turma, RHC 12033/MS, Rel. Min. Félix Fischer, DJU de 09/09/2002, p. 234).

Como se percebe à simples leitura, tal entendimento possibilita a suspensão condicional do processo em relação aos crimes cuja pena mínima não seja superior a 02 (dois) anos, em virtude de nova conceituação de infração penal de menor ofensivo supostamente aplicável (de maneira indiscriminada) quer à Justiça estadual, quer ao instituto da suspensão condicional do processo.

Assevere-se que, após a publicação do referido acórdão, já há quem sustente, em doutrina, a possibilidade de adoção da tese prestigiada pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça por invocação da analogia *in bonam partem*. Confira-se o entendimento de EMMANUEL JOSÉ PERES NETTO GUTERRES SOARES:

“Assim, se existe a possibilidade de aplicação de outras medidas despenalizadoras como a transação penal e a composição em crimes cuja pena seja de até dois anos, por expressa previsão legal (art. 2º da Lei 10.259/2001) ainda que a novel lei não tenha se referido expressamente à suspensão condicional do processo, tal disposição, *mutatis mutandis*, também pode ser aplicada aos “*sursis processual*”, desde que observados todos os demais requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95 para o benefício. Vale dizer, apenas a pena mínima seria aumentada de um para dois anos, mantendo-se todas as demais condições para sua concessão.

E tal entendimento encontra amparo na possibilidade de aplicação da analogia *in bonam partem* no direito penal e processual penal brasileiro, haja vista o *princípio do favor rei*, decorrente da inequívoca noção de que, em matéria penal, tudo aquilo que possa vir a favorecer o réu deve ser aplicado” (*A possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos crimes de pena mínima de até dois anos*, artigo disponível na internet no site <http://www.ibccrim.org.br>, consultado em 19.12.2002).

Diante destes entendimentos, passemos à contrariedade. O invocado argumento da *analogia in bonam partem* não merece, de longe, acolhida. Vez por outra se olvidam os cultores da ciência jurídica, no que toca à integração das normas jurídicas, do pressuposto fundamental à aplicação analógica: a existência de *lacuna normativa*, vale dizer, de ausência de tratamento normativo. Neste particular, traz-se à colação a lição do grandioso CARLOS MAXIMILIANO:

“A analogia enquadra-se melhor na *Aplicação* do que na *Hermenêutica* do Direito; serve para suprir as *lacunas* dos textos; não para descobrir o sentido e alcance das normas positivas. O intérprete opera só *dedutivamente*; e a analogia tem por base uma *indução incompleta*.

O processo analógico, entretanto, *não cria* direito novo; *descobre* o já existente; *integra* a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteados pela vida social.

(...) A analogia ocupa-se com uma lacuna do Direito Positivo, com hipótese não prevista em dispositivo



*nenhum, e resolve esta por meio de soluções estabelecidas para casos afins” (Hermenêutica e aplicação do direito, pp. 213/215, 17ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998).*

Diante do tratamento legal *expresso* a que se submete o instituto da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), verifica-se a inexistência de lacuna normativa – a previsão legal, ainda que conte com tratamento distinto, existe. Analogia, *in bonam partem* ou não, sem lacuna é como chave sem fechadura: impossível a sua aplicação.

Sob outro aspecto, deve-se deixar remarcada a impossibilidade de se fazer malabarismos à margem da lei para, a todo e qualquer custo, beneficiar àqueles sobre os quais pesem indícios do cometimento de crimes. A atividade dos intérpretes, nestes incluídos os órgãos jurisdicionais, pode e deve ser criadora; todavia, há limites! Não se deve menoscar textos expressos de lei e, a pretexto de atuação ativista e dinâmica, agir tal qual órgão legislativo, *inovando* na criação de normas jurídicas a par das já existentes. Socorrem-nos, neste ponto, as palavras do incomparável jurista italiano MAURO CAPPELLETTI:

“Certamente, do ponto de vista *substancial*, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são ‘*law-making process*’. Mas diverso é o *modo*, ou se se prefere, o *procedimento* ou *estrutura* desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos. O bom juiz pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz” (*Juízes legisladores?* – tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira da obra original *Giudici legislatori?* –, p. 74, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993).

Mais enérgico e enfático, neste particular, foi o saudoso penalista e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal NELSON HUNGRIA:

“Costuma-se elogiar o juiz que faz praça de decidir pelo coração, em contraste franco com o preceito legal. Chamam-lhe *bom juiz*, como ao juiz MAGNAUD. Não percebem, porém, os que assim procedem, que estão exaltando um exemplo de afoito charlatanismo ou uma forma dissimulada de prevaricação, isto é, o abusivo descumprimento da lei e a traição ao cargo

pela vaidade de se ver bafejado pela aura popular ou de impor suas mais ou menos insinceras convicções extralegais de política social.

Acomode-se à lei, na amplitude do seu texto, ao fim de uma justiça consentânea com interesses individuais e sociais. Reconheça-se, com CARNELUTTI, que, no sistema rígido, que é o complexo das normas legais, algumas vezes em antinomia com o complexo das relações sociais, que é uma massa em movimento, 'ocorre *inserire dei giunti elastici, se non si vuole o che il diritto comprima la società o che la società comprima il diritto*'; mas isso sem o repúdio subversivo da lei. Aplique-se a 'justiça do caso concreto', tanto quanto o permita a norma legal ao definir a 'justiça do caso abstrato', e isto mais acentuadamente numa época, como a atual, de profunda crise político-social, a exigir uma longa transfusão de equidade no sistema jurídico, para evitar-lhe o dismantelo e ruína.

Mas fiquem aí os juízes. Não passem daí, pois, do contrário, estariam tomando a iniciativa de demolição da ordem jurídica. Deixar ao livre alvedrio ou variável critério dos juízes a aplicação do que estes, fora da lei, entendem por direito, seria fazer da justiça uma incerteza e uma constante ameaça à segurança dos direitos individuais e sociais. A tese do 'direito livre' de KANTOROWICZ, segundo a qual o juiz deve substituir-se à lei, é apenas um arrojo de panfletário e não pode ser levada a sério, pois importaria em sobrepor à vontade coletiva, expressa na lei, a vontade arbitrária de um só, expressa na sentença judicial" (*Comentários ao Código Penal*, Volume I, Tomo I, pp. 80/81, 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1958).

Convém, ainda neste passo, aclarar a polêmica com a análise da fundamentação constante do teor do voto condutor do insigne Ministro Relator Félix Fischer. Confira-se o principal trecho do voto:

*"Adotando o posicionamento doutrinário indicado, verificamos que o limite de um (01) ano previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, inclusive nos casos previstos na Súmula 234/STJ (concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva), não pode mais ser adotado, devendo ser alterado para dois (02) anos, tendo*



*em vista a derrogação do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 que definia as infrações de menor potencial ofensivo e estabelecia o limite de um (01) ano pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 10.259/01, que também define as infrações de menor potencial ofensivo e estabelece o limite de dois (02) anos. Ademais, sendo a referida lei que aumenta o limite para dois anos mais benéfica para os réus, pois amplia o conceito de infração de menor potencial ofensivo, então a aplicação do limite de dois (02) anos é retroativo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal e o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal.*

*No caso em análise, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 16 c/c o artigo 1º, inciso I da Lei nº 7.492/86 e artigo 71 do Código Penal. O delito previsto no artigo 16 da referida Lei prevê como pena reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, sendo que acrescida do aumento previsto pela continuidade delitiva a pena mínima não ultrapassa o limite de 02 (dois) anos que agora há de ser verificado. Ademais, a Súmula 243 desta Corte deve continuar sendo observada, ressalvando-se que ao invés de se verificar o limite de um (01) ano verifica-se, agora, o limite de dois (02) anos para a concessão do benefício da suspensão do processo” – Grifos no original.*

O entendimento exarado na fundamentação do acórdão e que nos parece equivocado consiste em tratar a suspensão condicional do processo como restrita às infrações de menor potencial ofensivo. Como ressaltou com acentuada argúcia SERGIO DEMORO HAMILTON, a suspensão condicional do processo “*entrou na Lei nº 9.099/95 assim como Pilatos foi parar no Credo: sem saber o porquê*”<sup>1</sup>. Sim, pois os pressupostos para a sua concessão, e mesmo a sua aplicação, refogem à conceituação de menor potencialidade ofensiva. Logo, a suposta ampliação da conceituação de infração de menor potencial ofensivo, que o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 10.259/01 *teria levado a efeito* (crimes cuja pena **máxima** não seja superior a dois anos), jamais teria o condão de interferir com o instituto da *suspensão condicional do processo*. O art. 89 da Lei nº 9.099/95, ao utilizar a expressão “*crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei*”, teve o intento de deixar claro que não se estava a cuidar de infrações de menor potencial ofensivo. Neste contexto, cabe afirmar que a suspensão condicional do processo dista, em muito, *v. g.*, do instituto da *transação penal* previsto no art. 76 da Lei nº 9.099/95 (este, sim,

<sup>1</sup>SERGIO DEMORO HAMILTON, “A vassalagem ao direito de defesa”, in *Temas de Processo Penal*, p. 202, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1998.

jungido ao conceito de infração de menor potencial ofensivo!). Como se percebe, as realidades são substancialmente distintas. Logo, se os desiguais estão recebendo tratamento substancialmente desigual, *não há que se invocar, sob qualquer aspecto, o princípio constitucional da isonomia.*

Com efeito, não se pode correr um véu sobre a expressão “pena mínima” constante do art. 89, *caput*, da Lei nº 9.099/95 e, ao mesmo tempo, dar ao instituto da suspensão condicional do processo o mesmo tratamento que – não sem grandes controvérsias – se pretende dar à conceituação de infração de menor potencial ofensivo e, por conseguinte, à *transação penal*. Neste particular, podemos-nos socorrer das lições do ilustre FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, *lançadas após a entrada em vigor da Lei nº 10.259/01:*

“A diferença, contudo, quanto à transação disciplinada no art. 76 é gritante. Esta só pode ser admitida em se tratando de contravenções ou de crimes cuja pena máxima *in abstracto* não ultrapasse um ano nem se subordinem a procedimento especial (todavia, em face do novo conceito de crime de menor potencial ofensivo introduzido pela Lei do Juizado Especial Criminal Federal, a pena não pode ser superior a dois anos, esteja ou não o crime sujeito a procedimento especial). Já a suspensão condicional do processo é perfeitamente admissível não só em relação a essas infrações como também no que respeita a quaisquer outras, *dês que a pena mínima cominada não supere um ano*” (Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais, p. 163, 2ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002) – *Grifos não constantes do original.*

Finalmente, a par da falta de amparo legal, a adoção da tese sustentada no citado acórdão levaria, em termos práticos, à aceitação da suspensão condicional do processo em delitos de acentuada gravidade, tais como o *homicídio simples* (art. 121, *caput*, do Código Penal), a *lesão corporal seguida de morte* (art. 129, § 3º, do Código Penal), o *roubo* (art. 157, *caput*, do Código Penal) e o *estupro* (art. 213 do Código Penal), *em suas formas tentadas*, pois, com a redução máxima operada por conta da tentativa (*dois terços*, segundo o disposto no art. 14, II, do Código Penal), chegar-se-ia ao patamar mínimo de 02 (dois) anos em relação às sanções cominadas para os referidos tipos penais<sup>2</sup>. E seria no mínimo legítimo pôr-se em dúvida se este teria sido o desiderato do legislador com a edição da Lei nº 10.259/01, que, repise-se, cuidou de infrações de *menor potencial ofensivo!* A resposta, em tudo e por tudo, nos parece negativa.

<sup>2</sup> Neste sentido, entendendo aplicáveis as causas de diminuição de pena em seu percentual máximo para se chegar à pena mínima, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: “Na compreensão da ‘pena mínima cominada não superior a um ano’ para efeito de admissibilidade da suspensão do processo, devem ser



Considere-se ainda, de maneira conclusiva, que, em relação à tão decantada decisão proferida pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (RO em HC nº 12033/MS), o Ministério Público Federal interpôs embargos de declaração aos quais foi dado provimento, – inclusive com a atribuição de efeito modificativo –, resultando do acórdão a seguinte 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.*

I – 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 desprovimento do recurso ordinário” (STJ, 5ª Turma, EDcl no RO em HC nº 12.033/MS, Rel. Min. Félix Fischer) <sup>3</sup>.

Em face de todo o exposto, o parecer é no sentido da *não-apresentação da proposta de suspensão condicional do processo*.

Rio de Janeiro, 15 de abril de 2003.

ALEXANDER ARAUJO DE SOUZA  
Promotor de Justiça Assistente

---

consideradas as causas especiais de diminuição de pena, em seu percentual maior, desde que já reconhecidas na peça de acusação” (STJ, 6ª Turma, HC 4780/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 31.03.1997); “Tratando-se de norma benéfica, deve-se considerar, nos casos de tentativa, a redução máxima de 2/3, sobre o mínimo da pena cominada ao delito. Em tal circunstância, será possível a suspensão do processo, na forma do art. 89, da Lei nº 9.099/95, às hipóteses de tentativa de furto qualificado” (STJ, 6ª Turma, RHC 5720/SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU de 30.06.1997, p. 31080).

<sup>3</sup> Neste julgado, pode-se extrair do voto do Relator Ministro Félix Fischer: “Realmente, o decisório embargado apresenta contradição. O novo patamar para concepção de **infração de menor potencial lesivo**, criado pela Lei nº 10.259/01, afeta o teor do disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Isto porque o mesmo delito não pode, eventualmente, ter tratamento com efeitos penais diversos conforme a competência, federal ou estadual. A *novatio legis* incide, por ser *lex mitior*, na restrição anterior da Lei nº 9.099/95. Todavia, e isto agora parece irresponsável, ela não alcançou o patamar previsto para o denominado *sursis processual* que, de *lege lata*, permanece inalterado”.

**De acordo**

**FERNANDO CHAVES DA COSTA**  
Procurador de Justiça  
Assessor Criminal

**Aprovo.** Devolvam-se os autos ao douto Juízo de origem com as homenagens de estilo. Publique-se e arquite-se o remanescente.

**ANTÔNIO VICENTE DA COSTA JUNIOR**  
Procurador-Geral de Justiça