

A Lei 9.099/95. Questões controvertidas

MARCELLUS POLASTRI LIMA (*)

De há muito existem tentativas de atenuar o rígido princípio da indisponibilidade da ação penal pública, e para demonstrar a veracidade desta assertiva basta conferir o Anteprojeto José Frederico Marques, que previa proposta de multa que levaria à perempção, e o Substitutivo ao Projeto de Código de Processo Penal que disputava sobre a extinção do processo sem julgamento do mérito (arts. 84 e 207, II, respectivamente).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inovou-se a respeito, dispondo o seu art. 98, I, que:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I. Juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de primeiro grau.”

Assim, como já observamos anteriormente, constitucionalmente estava prevista uma exceção aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo a serem definidos pela legislação ordinária.⁽¹⁾

Necessária era a regulamentação, via lei federal, que apontasse e dispusesse sobre as chamadas “infrações de menor potencial ofensivo” que permitiriam transação e conciliação, já que, versando tal legislação sobre matéria penal, a iniciativa de lei seria da União, *ex-vi* do art. 22, I, da C.F., que acabou por emergir na Lei 9.099/95.

O legislador da Lei 9.099/95 adotou quatro medidas despenalizadoras, ou sejam “medidas penais ou processuais alternativas que procuram evitar a pena de prisão”, consoante definição de Ada Pellegrini Grinover.⁽²⁾ São elas:

⁽¹⁾ Cf. LIMA, Marcellus Polastri. *Oportunidade e Disponibilidade da Ação Penal Pública - Uma exceção constitucional* - in “Livro de Estudos Jurídicos”, 5, R.J., I.E.J., 1992, págs. 354-362.

⁽²⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Juizados Especiais Criminais*. S.P., ed. Revista dos Tribunais, 1996, pág. 18.

1. A composição civil prevista no art. 74, parágrafo único, cujo efeito é a extinção da punibilidade.
2. Transação com proposta de aplicação imediata de pena alternativa pelo Ministério Público (art. 76).
3. Exigência de representação no caso de lesões leves dolosas ou lesões culposas (art. 88).
4. Suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima abstrata não ultrapasse um ano.

I. *Âmbito de admissibilidade e competência*

Em primeiro lugar examinemos o âmbito de admissibilidade para o Juizado Especial, cujo critério de fixação de competência é *rationae materiae*, ou sejam os delitos de **pequeno potencial ofensivo** definidos no art. 61 da Lei 9.099/95, *verbis*:

“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 um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial.”

Aqui surge a primeira *vexata quaestio*: Tal competência seria de natureza constitucional ou não? Se reconhecida como constitucional resultaria na separação de processos em caso de concurso de delitos de pequeno potencial ofensivo e delitos comuns.

Antonio José Campos Moreira, em artigo sobre o tema, sustenta ser a competência constitucional determinada pela matéria, em vista do disposto no art. 98, I, da C.F.⁽³⁾

A princípio comungávamos da mesma opinião do ilustre professor, mas, melhor refletindo, verificamos que, na verdade, a Constituição somente impôs e autorizou a **criação dos Juizados Especiais**, deixando para as legislação ordinária a **definição dos limites da competência ao definir os delitos de pequeno potencial ofensivo**.

Portanto, estamos com Júlio Fabbrini Mirabete quando ensina que “... não podem ser apreciados pelo juizado especial os crimes de menor potencial ofensivo quando praticados em concurso com crimes que estão excluídos de tal competência. Tratando-se de continência ou conexão, no caso de crimes comuns, a competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave (art. 78 do CPP).”⁽⁴⁾

Desta forma, havendo conexão com delito comum, a competência para julgamento de ambos os delitos é do juízo comum.

⁽³⁾ MOREIRA, Antonio José Campos. *Breves Considerações sobre a competência do Juizado Especial Criminal*. in Bol. da FEMPERJ, III, R.J., pág. 57.

⁽⁴⁾ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *A Exclusão de Competência nos Juizados Especiais Criminais*, in “Ensaio Jurídico - O Direito em revista”, R.J., IBAJ, 1996, pág. 473.

Outra questão diz respeito às contravenções penais e aos crimes que são processados com rito próprio ou especial.

Consoante Ada Pellegrini Grinover, o artigo 61 da lei só excetua da competência do Juizado Especial os crimes cujos procedimentos previstos sejam especiais, sendo que todas as contravenções estariam abrangidas, pois “pela sua própria natureza, deve ser sempre considerada de menor potencial ofensivo”.⁽⁵⁾

Também esta foi a orientação da denominada “Comissão Nacional de Interpretação da Escola Nacional da Magistratura” que se reuniu na cidade de Belo Horizonte para elaborar conclusões sobre a referida lei.

Entretanto, a redação do dispositivo legal não autoriza tal interpretação, sendo certo que a restrição, aposta após uma vírgula, abrange tanto os crimes como as contravenções processadas mediante procedimento especial.

Melhor neste ponto a orientação de Damásio E. de Jesus, *verbis*:

“Entendemos que a ressalva não se refere exclusivamente aos crimes. A contravenção do jogo de bicho, p. ex., que tem rito especial, dadas as suas características e potencial ofensivo relacionado com outras infrações penais não convém que seja processada e julgada pelo Juizado Especial Criminal”⁽⁶⁾

Obviamente que, em relação aos crimes, ao excetuar a lei aqueles cujos procedimentos são especiais, indubitavelmente abrange os previstos no próprio corpo do Código de Processo Penal (Título, II, do CPP), e não só os previstos em leis esparsas.

Porém, a lei aplica-se ao procedimento sumário previsto para os delitos punidos com pena de detenção e para as contravenções penais em geral, o que se vê com pequeno esforço interpretativo, já que a Lei 9.099/95 abrange tanto as contravenções como os delitos punidos com detenção, que são precisamente o objeto maior da lei (art. 61 e 88), excetuando-se, conforme visto, somente **as infrações para quais a lei preveja procedimento especial.**

Ora, como já observava com acuidade Magalhães Noronha: “O processo sumário não é processo *especial*, destinado à persecução de crimes punidos com detenção e de contravenções. O procedimento especial destina-se a certa classe de delitos que, por natureza, exigem providências que escapam ao âmbito do outro, o que não sucede com o de que tratam os arts. 531 *usque* 540 do Código. Este é forma comum de processo relativo a uma classe de infrações. É uma variante do processo ordinário”. *

⁽⁵⁾ *Ob. citada*, pág. 66.

⁽⁶⁾ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, S.P., Saraiva, 1995, pág. 36.

NORONHA, Magalhães E. *Curso de Direito Processual Penal*, São Paulo, Saraiva, 1983, pág. 308.

Por outro lado, ressalva o legislador no art. 97 a **revogação da Lei 4611/65**, justamente a responsável pela modificação e introdução das normas do rito sumário dos arts. 531 e 538 para os crimes de trânsito, e no artigo 88 refere-se expressamente às lesões dolosas leves e às lesões culposas.

Com efeito, o motivo do legislador estabelecer expressamente, no art. 97 da lei, a revogação da Lei 4611/65 foi exatamente em razão do rito especial sumário então em vigor estabelecido para as lesões corporais culposas, e assim, esta lei que estava **derrogada** pela Constituição Federal, não tendo sido recepcionada no que tange à instauração da ação penal por portaria da Autoridade Policial ou Judiciária, com o advento da Lei 9.099/95 foi agora totalmente ab-rogada, dando-se a revogação de seu último efeito no ordenamento processual penal, ou seja a imposição do rito sumário para aqueles casos.

É intuitivo que se o legislador quisesse abranger outros crimes processados mediante rito especial ou a contravenção do jogo de bicho, por exemplo, também teria feito constar no art. 97 da lei a revogação de seus procedimentos especiais.

Na verdade, além dos ritos previstos em leis especiais para crimes e contravenções, o legislador quis excetuar no art. 61 da lei justamente aqueles procedimentos destinados a crimes com objetividade jurídica própria ou cometidos por certos agentes que exijam providências particulares no processamento incompatíveis com a celeridade e especial natureza do Juizado Especial, a saber os verdadeiros procedimentos especiais do Código: crimes contra a honra (audiência de reconciliação, exceção da verdade na calúnia), propriedade imaterial (perícia prévia) e crimes cometidos por funcionário público (resposta prévia e julgamento liminar).

Por fim, para averiguação do âmbito de admissibilidade do Juizado Especial deve ser considerado o máximo da pena em abstrato, e, destarte, incluídas as causas de aumento de pena e as qualificadoras, e, ainda, por outro lado as causas de diminuição de pena e atenuantes.

Destarte, no caso de concurso de crimes, seja formal, material ou continuado, para a averiguação da admissibilidade do julgamento pelo Juizado deverá ser feita a soma dos delitos em que incidiu o autor do fato (concurso material) ou fazer incidir o aumento máximo da causa geral de aumento de pena (concurso formal e crime continuado), e, caso o resultado seja pena maior do que um ano abstratamente, não será possível o julgamento pelo juizado, devendo haver o processamento no juízo comum.

Neste sentido Damásio de Jesus: as causas de aumento de pena “devem ser levadas em conta para eventualmente afastar a competência do Juizado Especial Criminal, estejam previstas na Parte Geral ou Especial do CP ou na legislação especial”.⁽⁷⁾

⁽⁷⁾ *Ob. citada*, pág. 39.

Não cabe aqui aplicar analogicamente o art. 119 do CP que estabelece que para aferição da ocorrência da prescrição devem os crimes em concurso ser considerados isoladamente, sob o fundamento que é cabível a analogia em benefício do réu.

Ora, tratam-se de hipóteses diversas, lá referente à causa de extinção de punibilidade, ou seja à prescrição, aqui de critério de fixação de competência, e considerar que por ser o rito especial mais benéfico deve ser aplicada aquela norma por analogia é um sofisma, pois a aplicação do princípio da *lex mitior* só se dá em relação a hipóteses similares, o que não é o caso. Diversa seria a hipótese de consideração da prescrição nos delitos em concurso julgados pelo juizado (no caso, p. ex. de concurso material cuja soma fosse um ano), já que, neste caso, poderá ser aplicado o art. 119 por analogia, mas frise-se: somente **para aferição da ocorrência de prescrição**, uma vez que a Lei 9.099 é omissa a respeito.

Outra conclusão iria contra o espírito da lei, que quer justamente propiciar rito especial somente para a ação de pequeno potencial ofensivo, assim reconhecida nas infrações que a lei preveja abstratamente pena até um ano, não havendo como negar que, atingindo a soma de penas ou a resultante da pena após o aumento operado, abstratamente, mais de um ano, o agir do autor do fato é de **maior potencial ofensivo**.

II. O acordo civil

O parágrafo único do artigo 74 da Lei 9.099/95, sem dúvida, constitui norma despenalizadora, já que considera como efeito do chamado acordo civil, no caso de ação penal privada ou pública condicionada, a renúncia ao direito de queixa ou representação, *verbis*:

“Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”

Assim, havendo composição dos danos civis, homologada pelo juiz, haverá renúncia ao direito de queixa ou representação, conforme o caso, ocorrendo a extinção da punibilidade, e, portanto, **a lei criou nova hipótese de extinção de punibilidade não elencada no rol do art. 107 do CP, criando, por outro lado, a figura da “renúncia ao direito de representação.”**

Com efeito, se antes já era prevista a possibilidade de renúncia ao direito de queixa (arts. 104 e 107, IV, do CP), não era possível haver renúncia de representação, já que, neste caso, ou se representava ou não se representava. O que era possível e previsto era a retratação da representação antes da denúncia.

Note-se que tal composição terá efeito de extinguir a punibilidade não só quando realizada anteriormente à denúncia, como também no decorrer do processo, prevenido o art. 79 nova tentativa no curso do processo.

No curso do processo se dá verdadeira exceção à regra da irretratabilidade da representação após o oferecimento da denúncia e da indisponibilidade ou irretratabilidade da ação penal pública (art. 42 do CPP), com derrogação do art. 102 do CP no que tange aos delitos de pequeno potencial ofensivo.

Apesar da lei se referir ao acordo homologado pelo juiz, mediante sentença irrecurável, entendemos que, em caso de já haver composição ou acordo anterior devidamente comprovado nos autos de inquérito ou termo circunstanciado, o Ministério Público poderá arquivar tais procedimentos, sendo que aqui a renúncia, tácita ou expressa, poderá servir de **razões de arquivamento com fulcro na extinção de punibilidade**.

Como bem lembra Ada Pellegrini Grinover “o art. 585, II, do CPC (na redação dada pela Lei 8.953/94) considera título executivo extrajudicial o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.”⁽⁸⁾

No pedido de arquivamento, o juiz reconhecerá o acordo e determinará o arquivamento, resultando em homologação da composição.

Nunca é demais lembrar que a norma do parágrafo único do artigo 74 é de natureza penal e processual, uma vez que implica em extinção de punibilidade, e, assim, segundo ainda Ada Pellegrini Grinover, “podem e devem ser aplicadas imediatamente por qualquer juízo, sobretudo o comum ... aplica-se retroativamente até o limite da coisa julgada, colhendo todos os processos em andamento.”⁽⁹⁾

Em relação à representação, é preciso frisar que no Juizado Especial esta é feita **perante o juiz**, consoante se depreende do art. 75 da lei:

“Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a **oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo**.” (grifo nosso).

Assim, está derogado o art. 5º, § 4º, do CPP que condicionava o agir policial à apresentação de representação. Agora, no que tange aos delitos abrangidos pela lei a autoridade policial deverá lavrar o termo circunstanciado e encaminhá-lo ao Juizado independentemente de representação.

Nada obsta, porém que seja tomada a representação, que, entretanto, não terá valia para o Juizado, uma vez que a **representação válida é aquela feita por termo em juízo**.

O legislador quis, na verdade, que a composição fosse tentada em juízo, para só depois permitir-se a representação. O intuito foi de evitar o máximo a representação e, conseqüentemente, o oferecimento da denúncia e o resultante procedimento criminal.

⁽⁸⁾ Ob. citada, pág. 117.

⁽⁹⁾ Ob. citada, págs. 20 e 119.

III. A transação penal

Consoante o artigo 76 da Lei 9.099/95:

“Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Em primeiro lugar, é preciso salientar que a transação, como é intuitivo, só poderá se dar entre **partes**.

Certo é que o art. 72 prevê a presença do autor do fato e da vítima, mas é óbvio que o legislador somente quis facilitar a tentativa de conciliação prevista no parágrafo único do art. 74, ou seja a reparação do dano civil.

Tratando-se da transação inculpada no artigo 76, esta deve ser realizada entre as partes, ou seja autor e réu, pois na ação penal pública o lesado não é **parte**, como é intuitivo, sendo o Ministério Público o *dominus litis*. O *Parquet* é o titular exclusivo da ação penal pública, cumprindo-lhe promovê-la com **exclusividade** (art. 129, I, da CF) e o lesado não integra a relação processual como parte, não passando de sujeito passivo do delito, sendo que a conclusão diversa seria o resgate dos tempos remotos da vingança privada.

Portanto, a transação só se dá entre o Estado, representado pelo Ministério Público, e o réu, partes que são na relação processual, pois o Estado tem o monopólio da ação penal pública, não podendo permitir a vingança privada ou a **negociação entre os sujeitos do crime de ação penal pública**.⁽¹⁰⁾

Assim, se é certo que no Juizado Especial há maior satisfação à vítima, mormente no que diz respeito à composição e reparação do dano civil, não é menos certo que sua presença é verdadeiro **ônus e não dever**.⁽¹¹⁾

Destarte, no caso do art. 76, tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, cabe ao Ministério Público a **proposição** de aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, cabendo ao agente, por sua vez, aceitar ou não a proposta.

A vítima aqui não pode interferir, pois, consoante Ada Pellegrini Grinover “A lei é expressa ao considerar apenas a vontade do Ministério Público e do autuado, tanto no § 4º como no § 5º do art. 76”.⁽¹²⁾

⁽¹⁰⁾ Antes do advento da lei assim nos pronunciamos sobre o dispositivo constitucional que previa os Juizados Especiais, no artigo já anteriormente citado, págs. 359/360.

⁽¹¹⁾ No dever é acarretada maior conseqüência processual pela não realização do ato, pois é imperativa sua realização. No ônus não existe imperatividade ou obrigação, suportando o descumpridor ou omitente apenas o eventual prejuízo de sua omissão.

⁽¹²⁾ *Ob. citada*, pág. 133.

Lembre-se que, sendo caso de ação penal pública condicionada, como vimos, na forma da primeira parte do art. 76 da lei, a transação para aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade só é possível se for oferecida a representação pelo ofendido.

Não comungamos da posição de Ada Pellegrini Grinover que entende ser possível, com socorro da analogia, a aplicação da transação em relação à ação privada.⁽¹³⁾

Equívocada, também a conclusão a respeito da chamada “Comissão Nacional de Interpretação”, formada pela Escola Nacional da Magistratura.

Ora, a vítima não tem interesse na aplicação da pena, pois como já vimos tal interesse é do Estado, e daí não ter o dispositivo legal se referido à ação penal privada e tão-somente à pública incondicionada ou condicionada, restando clara a interpretação literal da lei. Caso a parte privada queira beneficiar o agente o fará mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão.

Melhor orientação é a de Damásio de Jesus que entende ser inaplicável a transação em ação penal privada.⁽¹⁴⁾

Conforme esclarecido no *caput* do dispositivo legal, a transação só será proposta pelo Ministério Público **se não for caso de arquivamento**, o que, convenhamos, seria dispensável constar do texto legal, pois, sendo caso de arquivamento, é óbvio que o Ministério Público logo que receber as peças de informação ou termo circunstanciado deverá proceder ao arquivamento se presentes as hipóteses do art. 43 do CPP ou faltar justa causa para início do procedimento.

Entendemos que se trata de **poder-dever** do Ministério Público e não mera faculdade de propositura da transação, uma vez que, presentes os requisitos objetivos e subjetivos legais, deverá o *Parquet* apresentar a proposta.

Assim, deverá ser examinado pelo promotor se o agente preenche os requisitos legais, não tendo os impedimentos do § 2º do art. 76 contra si, ou sejam: 1. não ser primário; 2. ter sido beneficiado pela lei no prazo de cinco anos; 3. ter maus antecedentes e má conduta social ou má personalidade, sendo-lhe desfavorável os motivos e circunstâncias do fato.

Estando presentes os requisitos da lei, deverá o Ministério Público propor a transação, e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu **direito subjetivo**, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do *jus puniendi* original) mais benéfica.

Vexata quaestio reside no caso de não haver proposta do Ministério Público, ou a negativa fundamentada de oferecimento de proposta, entendendo o juiz que o caso seria de transação. Poderia o juiz propor e realizar de ofício a transação?

⁽¹³⁾ *Ob. citada*, págs. 122/123.

⁽¹⁴⁾ *Ob. citada*, pág. 65.

Damásio de Jesus entende que sim ⁽¹⁵⁾. Porém, entendemos que, em face do princípio da imparcialidade do juiz e do sistema acusatório adotado pela Constituição, a atuação do magistrado de ofício seria incabível e inconstitucional, pois não deixaria de estar promovendo atividade persecutória, ao arrepio do art. 129, I, da CF.

Neste sentido Ada Pellegrini Grinover, não admitindo a transação de ofício pelo juiz antes e mesmo após a denúncia, rechaçando, inclusive, a 13ª conclusão da chamada “Comissão Nacional de Interpretação” da qual fez parte, *verbis*:

A Comissão Nacional... no caso do art. 76 “(concluiu que), o juiz não poderia substituir-se à vontade do Ministério Público, porquanto ainda não existe processo e a homologação da transação representaria instauração da ação penal *ex officio*, mas para os casos dos arts. 79... poderia o juiz substituir-se à vontade do promotor... Mas, mesmo para transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o juiz homologue uma transação... contra vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais...” ⁽¹⁶⁾

O Ministério Público, como é intuitivo, não poderá deixar de fundamentar a recusa de oferecimento da proposta (art. 43, III, da Lei 8.625/93), sendo que, no caso de omissão deverá ser provocado para aduzir suas razões.

Entendemos que a única solução para o caso de não oferecimento de proposta, fundamentada ou não, pelo Ministério Público, entendendo o juiz que o caso seria de transação, será a aplicação analógica do art. 28 do CPP, conforme sustenta Ada Pellegrini Grinover ⁽¹⁷⁾, pois, na verdade, o promotor está deixando de promover a retribuição estatal ao crime prevista em lei, ou seja: **aplicação imediata de pena não restritiva de liberdade**. Atinge-se aqui, também, o princípio da obrigatoriedade no sentido de que se deixa de propor pena prevista em lei.

Não sendo alcançada a composição (art. 74) e a transação penal (art. 76), o Ministério Público oferecerá a denúncia oral, mas, entretanto, conforme já visto, consoante o art. 79 da Lei 9.099/95, deverá haver nova tentativa de conciliação e transação no curso do processo.

IV. A representação nos delitos de lesões corporais

A Lei 9.099/95, por outro lado, dispõe em seu art. 88 que em relação aos crimes de lesões dolosas leves (art. 129, *caput*, do Código Penal) e de lesões culposas (art. 129, § 6º, do Código Penal), se passará a exigir representação, e, portanto, estes delitos que eram de ação pública incondicionada, passaram a ser de ação pública condicionada.

⁽¹⁵⁾ *Obra citada*, pág. 67.

⁽¹⁶⁾ *Obra citada*, págs. 125/126.

⁽¹⁷⁾ *Obra citada*, pág. 126.

Assim, nos inquéritos policiais em andamento na polícia judiciária relativos a tais delitos, a vítima deve ser intimada para apresentar representação formal.

Apesar de tratarem-se de inquéritos instaurados antes da vigência da lei, o art. 91 da lei é expresso no sentido da exigência de representação no prazo de trinta dias nas hipóteses que se passou a exigí-la, sendo que o art. 90 veda somente a **retroatividade das normas processuais** puras naqueles processos cuja instrução tenha iniciado, não podendo vedar a retroatividade de norma que tenha carga penal.

Trata-se aqui de norma processual mista, ou seja de caráter processual e penal, não se aplicando, quanto aos efeitos penais o princípio *tempus regit actum* (aplicação imediata) sem prejuízo dos atos antes praticados, previsto no art. 2º do CPP, pois, de acordo com Mirabete: “Se um preceito legal, embora processual, abriga uma regra de direito material, aplica-se a ela não o disposto no art. 2º do CPP, mas os princípios constitucionais que regem a aplicação da lei penal, ou seja de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.”⁽¹⁸⁾

Ora, tratando-se de hipótese que poderá levar à decadência por falta da representação formal, o que implicará em extinção de punibilidade, obviamente que a matéria é penal, intimamente ligada ao *jus puniendi*, e, assim a norma mais benéfica deve retroagir, beneficiando o agente do delito.

Em suma a representação, condição de procedibilidade, é de caráter processual, passando a exigência a ter incidência imediata, mas como a sua falta implica em decadência, instituto penal cuja ocorrência beneficia o réu, entendemos que em qualquer fase que se encontre o processo deve a vítima ser intimada a externar seu desejo de persecução penal. Interpretação outra do art. 90 da lei incidiria em flagrante inconstitucionalidade, por afrontar o princípio da retroatividade da *lex mitior*.

A representação na espécie deverá ser **expressa**, já que o art. 91 estabelece que, nos processos em andamento e nos casos que a lei passa a exigir representação, “o ofendido ou seu representante legal **será** intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.”

Obviamente que, nos processos já em andamento, nas hipóteses em que não for possível localizar a vítima e a vontade de processar por parte da vítima é inequívoca em suas declarações anteriores, tal manifestação equivalerá à representação, consoante a anterior interpretação doutrinária e jurisprudencial, pois não se exige aqui **representação formal, bastando manifestação do ofendido.**

Como se vê, prevê a lei, para as hipóteses que passa a exigir representação, prazo decadencial especial fora da regra geral do art. 103 do CP, que reza que o prazo decadencial será de seis meses. Tal exceção, obviamente, aplica-se somente transitoriamente aos feitos já em andamento, como verdadeira condição de prosseguibili-

⁽¹⁸⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, S.P., Atlas, 1994, pág. 32.

dade, já que, em se tratando de delito praticado após a vigência da lei nova o prazo continua sendo o previsto no CP de seis meses, sendo que a **representação deverá ser apresentada oralmente e reduzida a termo** (formal e expressamente), perante o Juizado na fase judicial preliminar, logo que não realizado o acordo, *ex-vi* do art. 75, e, caso não seja oferecida a representação, de imediato, a vítima poderá ainda oferecê-la no prazo decadencial normal de seis meses (parágrafo único).

Apesar do entendimento acima esposado, e que é majoritário na já existente doutrina, existem doutrinadores que entendem contrariamente, como se vê da opinião do sempre respeitável Julio Fabbrini Mirabete.

O ilustre autor rebate a conclusão de que a exigência da representações e dá em qualquer fase do processo, *verbis*:

“Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir esta condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação e, portanto, na sua falta como causa de extinção da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente... Não é possível sujeitar agora o **prosseguimento da ação penal** à essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve anteceder à propositura da ação penal.”⁽¹⁹⁾

Ousamos discordar do referido mestre, apesar da brilhante argumentação de sua tese a princípio impressionar.

Na verdade, o legislador, apesar de assim não se referir, estabeleceu verdadeira **norma transitória consistente em condição de prosseguibilidade**.

Ora, sendo o disposto no art. 88 e 91 da Lei 9.099/95 norma mista, já que contém carga penal, uma vez que a decadência extingue a punibilidade, obviamente que não se pode diferenciar as fases processuais para a sua aplicação imediata.

Frederico Marques já manifestou entendimento similar ao de Mirabete, entendendo que não se aplicaria o princípio da *lex mitior* à representação prevista em lei posterior⁽²⁰⁾, mas, em outra ocasião, reconsiderando seu ponto de vista, acabou reconhecendo ser a representação norma mista, penal e processual, e sendo lei mais favorável deveria retroagir⁽²¹⁾. Assim, ficamos com Frederico contra Frederico.

Considere-se ainda que se tratando de **imperativo constitucional** a reatratividade da lei mais benéfica não pode sofrer limitações.

Entendemos que o legislador não foi feliz, já que, ao invés de denominar a espé-

⁽¹⁹⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. A representação e a Lei 9.099/95, in “Ministério Público Paulista”, S.P., APMP, ano II, nº 8, 1995, pág. 15.

⁽²⁰⁾ Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*, vol. 1, S.P., Saraiva, 1980, págs. 72/73.

⁽²¹⁾ Cf. Autor citado, *Curso de Direito Penal*, vol. I, pág. 194.

cie de decadência, poderia ter estabelecido hipótese de **perempção**, face à inércia do ofendido.

Nenhum empecilho teria o legislador para isto, já que de acordo com Tourinho Filho "... a perempção não é instituto próprio e exclusivo de ações penais privadas. O fato de nosso legislador, até então, tê-la reservado para tais tipos de ação penal, não constituía, como não constitui, nenhum óbice a estendê-la a outros tipos de ação penal. Observe-se que, no Anteprojeto Frederico Marques, em várias passagens, admitiu-se a perempção em casos de ação penal pública." ⁽²²⁾

De qualquer modo, o fato do legislador ter erigido a espécie como decadência por falta de representação, não causa maiores dificuldades na sua aplicação no curso do processo.

Tal como no processo civil, cabe ao juiz, também no processo penal, a qualquer momento, até e mormente na sentença, o exame das condições para o exercício da ação penal e da existência das condições de procedibilidade.

Apesar do art. 43 do CPP fixar o momento do exame da denúncia e de seu recebimento como próprio para a rejeição da exordial por falta da condição de procedibilidade, tal não constitui óbice para o reconhecimento posterior, consoante expressamente dispõe o art. 61 do CPP:

"Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício.

Parágrafo único. No caso de requerimento do Ministério Público, do querelante ou do réu, o juiz mandará autuá-lo em apartado, ouvirá a parte contrária e, se julgar conveniente, concederá o prazo de cinco dias para a prova, proferindo a decisão dentro de cinco dias ou reservando-se para apreciar a matéria na sentença final."

O próprio Mirabete ensina que: "... prevendo o art. 61, *caput*, que o juiz deve reconhecer, durante a ação penal de ofício, **qualquer** causa extintiva de punibilidade... As causas extintivas de punibilidade previstas no art. 107 do CP são: ... a prescrição, a **decadência** e a perempção..."⁽²³⁾ (grifo nosso).

E ainda em seu *Processo Penal*, afirma que "A falta de representação do ofendido, por exemplo, dá causa à decisão de absolvição da instância na fase preambular do processo (ocasião para o recebimento da denúncia) ou decisão de mérito, ao julgar-se, afinal, que deveria haver representação, e, na ausência desta, declarar extinta a punibilidade." ⁽²⁴⁾

⁽²²⁾ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. I, S.P., Saraiva, 1984, pág. 547.

⁽²³⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*, S.P., Atlas, 1994, pág. 118.

⁽²⁴⁾ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, S.P., Atlas, 1995, pág. 110.

Tanto é assim que a **falta da representação** é sancionada como nulidade absoluta, a ser declarada a qualquer momento, na forma do art. 564 item III, "a", do CPP.

Em face disto, no caso de um processo em que, apesar da exigência de representação, foi instaurado mediante denúncia indevidamente recebida, a qualquer momento, notada a nulidade, o juiz poderá decretá-la de ofício, anulando o feito *ab initio*.

Igualmente, entendíamos que esta seria a solução para o caso da Lei 9.099/95, caso não fosse apresentada a representação no prazo de trinta dias. Entretanto, melhor analisando, considerada a espécie como exigência de representação em lei nova, e, no caso do art. 91 norma transitória, ou seja, verdadeira condição de prosseguibilidade, pensamos que aqui basta a utilização do art. 61 combinado com 107 do CP, reconhecendo-se a extinção da punibilidade, não sendo caso de anulação dos atos anteriores, que eram válidos na forma da lei então vigente.

V. A suspensão condicional do processo

A **suspensão condicional do processo**, prevista na Lei 9.099/95, também é medida despenalizadora⁽²⁵⁾ e consiste, a princípio, em **transação**, conforme o permissivo do art. 98, I, da Constituição, já que "tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução, o segundo sobre uma parcela de seus direitos e garantias"⁽²⁶⁾

Trata-se de norma processual mista, com disponibilidade da ação penal pública ou abstenção de aplicação do *jus puniendi*, de efeito penal, pois implica em extinção da punibilidade. É, assim, *lex mitior*, retroagindo a casos pretéritos, *ex-vi* do art. 5º, XL da Constituição Federal e 2º do Código Penal.

É inconstitucional o art. 90 da Lei 9.099/95, se interpretado no sentido de restringir a aplicação da suspensão condicional do processo após o início da instrução criminal, uma vez que se trata de *lex mitior*, não podendo a lei sobrepor-se à Constituição.

De acordo com o texto do art. 89 da lei:

"Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por essa lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)."

⁽²⁵⁾ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini *Juizados Especiais Criminais*. S.P., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, pág. 18.

⁽²⁶⁾ GOMES, Luiz Flávio. *A Suspensão Condicional do Processo Penal*. S.P., Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pág. 125.

Assim, ao reverso do requisito para a fixação da competência do juizado especial, ou de identificação dos delitos de menor potencial ofensivo, aqui considera-se a **pena mínima** e não a máxima cominada, devendo esta ser igual ou inferior a um ano.

No que diz respeito ao âmbito de admissibilidade, o próprio dispositivo alerta que o instituto se aplica aos crimes **abrangidos ou não pela Lei 9.099/95**. É que a suspensão condicional do processo foi inserida na lei de forma oportunista, permitindo, assim, a aplicação imediata de instituto genérico, que já era previsto para vigorar na futura reforma processual penal.

Uma vez presentes os requisitos legais em favor do acusado, o Ministério Público tem o poder-dever de propor a suspensão, dispondo, assim, da persecução penal e de uma futura aplicação da pena, considerando que, cumpridas as condições acordadas com o acusado, sem ocorrer revogação, dar-se-á a extinção da punibilidade.

De acordo com Luiz Flávio Gomes, trata-se do princípio da oportunidade regrada, já que “em algumas hipóteses taxativamente previstas em lei, pode o Ministério Público dispor da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa.”⁽²⁷⁾

Preferimos, no entanto, a definição de **disponibilidade regrada**, já que, a nosso ver, melhor se adequa ao momento processual, pois já existe processo.

Obviamente que, apesar da previsão legal de que o momento oportuno para a proposta é o do oferecimento da denúncia, se não estiverem presentes os requisitos legais (por exemplo, a prova de primariedade), o Ministério Público não poderá propor a medida, aguardando-se a demonstração dos requisitos ainda não presentes nos autos.

Por outro lado, trata-se de suspensão do **processo**, e, assim, s.m.j., necessário é o **prévio recebimento da denúncia**, não podendo ser o processo suspenso sem o recebimento.

Neste sentido Luiz Flávio Gomes: “... o que se suspende é o próprio processo *ab initio* – O momento do oferecimento da denúncia é o corretamente adequado, em princípio, para a concretização da proposta de suspensão...” e mais adiante esclarece “... chega-se à inequívoca conclusão de que o recebimento da denúncia é pressuposto da suspensão do processo. O juiz, diz o texto legal, **recebendo a denúncia**, poderá suspender o processo...”⁽²⁸⁾

A iniciativa da proposta é deferida ao Ministério Público, como parte que é, com exceção de eventual ação penal subsidiária da pública, uma vez que o instituto só é aplicável à ação penal pública.

É vedada a atuação *ex officio* do juiz, pois tal implicaria em ferir o princípio acusatório, considerando que a **transação se dá entre partes, e o juiz não é parte**.

⁽²⁷⁾ *Obra citada*, pág. 130.

⁽²⁸⁾ *Obra citada*, págs. 124 e 177.

Entretanto, sendo caso de poder-dever do Ministério Público, se este não fizer a proposta quando cabível, a defesa poderá requerer o benefício, e, aí sim, poderá o juiz concedê-lo uma vez que, em se tratando de processo e já havendo jurisdição, deverá haver o controle judicial, cabendo ao MP o meio recursal.

A situação aqui é diversa do que ocorre em relação à transação do art. 76, já que existe processo e jurisdição e não se trata de aplicação de pena e sim de um benefício e direito do acusado. O que não pode é haver proposta do juiz, que não é parte no processo, concessão da medida sem provocação.

Destarte, não comungamos com a douta opinião de Damásio de Jesus, no sentido de que o juiz pode agir de ofício⁽²⁹⁾, pois para a sua atuação é necessária a provocação.

Outra questão divergente é a referente ao papel da vítima, e, entendemos que, apesar de opiniões no sentido de maior participação da vítima na suspensão condicional do processo⁽³⁰⁾, esta, não sendo parte, não pode interferir na transação.

Entendemos que não tem a vítima **interesse** ou legitimidade para impedir ou, inclusive, apelar da decisão que concede a suspensão, mesmo se habilitada como assistente⁽³¹⁾, já que esta não é parte, e a transação se dá entre partes.

A vítima não tem interesse na **aplicação da pena** e sim em eventual reparação do dano (cível), sendo que não concordamos com a observação de Luiz Flávio Gomes de que a vítima não pode interferir na transação, mas pode se habilitar como assistente. Ora, ou se tem interesse ou não se tem.⁽³²⁾

Duas outras questões referentes ao âmbito e requisitos de admissibilidade da medida geram desencontro da doutrina e mesmo na prática do foro. O primeiro diz respeito ao **concurso de crimes** e o segundo às **causas gerais ou especiais de diminuição de pena**.

Dispõe o art. 89 da Lei 9.099/95 que somente é possível a suspensão condicional do processo quando a **pena mínima cominada abstratamente for igual ou inferior a um ano**.

Quando o agente pratica crimes, através de uma ou diversas ações penais, que “estejam ligadas por circunstâncias várias”, segundo Mirabete, “estamos diante do chamado **concurso de crimes** (*concursum delictorum*), que dá origem ao concurso de penas.”⁽³³⁾

(29) *Obra citada*, págs. 92/93.

(30) Cf. Flávio Gomes, *obra citada*, pág. 166.

(31) Temos entendido que o instituto da Assistência está revogado pela Constituição de 1988, conforme nosso artigo *A Assistência ao Ministério Público e a Constituição de 1988*, in “Livro de Estudos Jurídicos”, 3, R.J., IEJ, 1991, págs. 257-266.

(32) *Ob. citada*, pág. 167.

(33) MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral. S.P., ed. Atlas, 1990, pág. 311.

Consoante Damásio de Jesus, no que tange à suspensão condicional do processo, no caso de concurso de crimes “as penas abstratas não podem ser somadas para o fim de impedimento da medida.”⁽³⁴⁾

Luiz Flávio Gomes, por outro lado, em posição também ratificada por Ada Pellegrini Grinover, afirma que “se todos os mínimos somados excedem a um ano, não será possível, em princípio, a suspensão, por razões de mérito... é dizer, podem não estar presentes os requisitos do art. 77 do CP (culpabilidade, boa personalidade, bons antecedentes, etc.), exigidas pelo art. 89”.⁽³⁵⁾

Pensamos que ambas as posições doutrinárias não estão embasadas na melhor interpretação. Com efeito, tudo parece residir em uma falsa premissa, por se ter em mente a norma do art. 119 do CP, referente à prescrição, que estabelece que, no **concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sob a pena de cada um, isoladamente.**

Entretanto, tratam-se de institutos diversos, a prescrição de natureza penal e a suspensão de natureza mista, incidindo, no caso, a sua natureza processual. Valem aqui as observações já aduzidas ao tratarmos da transação no Juizado Especial.

Caso o legislador quisesse considerar a aferição autônoma das penas de cada crime no caso de concurso, assim teria **regrado** no art. 89 da Lei 9.099/95.

Ao contrário, estabeleceu que a **pena mínima cominada deve ser inferior ou igual a um ano, e desde que o acusado não esteja sendo processado...** e aqui está o cerne da questão.

Ora, no concurso de crimes existem vários crimes cometidos pelo mesmo agente, importando, no mais das vezes, **em conexão ou continência.** Assim, pela regra do art. 79 do CPP, deverá haver **unidade de processo e julgamento.**

Não obstante, pode haver a separação dos processos (art. 80), e não é incomum, conforme se vê na prática, delitos em concursos processados em feitos diversos, daí porque o art. 82 prevê a avocação, podendo, ainda, ocorrer a **unificação de penas,** após o trânsito em julgado.

Não há como se negar, assim, que na verdade, o acusado está **sendo processado por mais de um delito, ou por mais de uma vez,** sendo que o que existe é uma reunião de processos para melhor aplicação do **concurso de penas,** o que, na forma da Lei 9.099/95, impede a concessão da suspensão condicional do processo.

Destarte, a melhor solução é a de se somar as penas mínimas dos crimes em concurso, com o respectivo acréscimo legal, e, se não atingir um ano, tem-se como possível a aplicação do benefício; mas caso ultrapasse um ano não, pois afrontará o âmbito de admissibilidade fixado no art. 89 da Lei 9.099/95, não havendo necessidade de aferição dos requisitos subjetivos para admissão do *sursis*, para solucionar a questão.

⁽³⁴⁾ JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. S.P., Saraiva, 1995, pág. 100.

⁽³⁵⁾ GOMES, Luiz Flávio. *Ob. citada*, pág. 149. Grinover, Ada Pellegrini. *Ob. citada*, pág. 199.

Em relação à admissibilidade do benefício quando se trata de **causa geral ou especial de diminuição de pena**, Luiz Flávio Gomes, trazendo o exemplo da tentativa, conclui pela impossibilidade, pois "... em termos abstratos, para o efeito de se possibilitar ou não a suspensão do processo (tal como sucede com a prescrição, por exemplo) temos que levar em conta a **diminuição mínima possível da tentativa (que é de um terço)**. Não encontramos nenhum crime com pena mínima abstrata cominada superior a um ano em que fosse possível a suspensão do processo, depois de feita a **diminuição de um terço** da tentativa abstratamente" (grifo nosso).⁽³⁶⁾

Damásio de Jesus, por sua vez, não contempla a possibilidade do benefício neste caso, não fazendo menção à espécie.⁽³⁷⁾

Ora, obviamente trata-se de verdadeiro equívoco, imperando aqui, outra vez, a confusão com o instituto da prescrição.

Não há dúvida que no caso da prescrição, como deve ser considerado o **máximo in abstrato da pena**, também deve ser considerado, em contrapartida, o **mínimo da redução** da causa geral ou especial de diminuição de pena, pois só assim será obtido o necessário **máximo da pena em abstrato**.

Entretanto, no caso em exame a situação é oposta, pois cogita-se do **mínimo cominado**, que, para ser obtido, deve ser considerado o **máximo da diminuição**, e não o mínimo.

Veja-se o exemplo da tentativa de furto qualificado: a pena mínima é de dois anos, e, aplicando-se o **máximo da redução da tentativa**, que é de **dois terços**, teremos a pena mínima abstratamente cominada para a espécie de oito meses, sendo, portanto, possível a aplicação da medida.

Por fim, cabe salientar que, se tratando a suspensão condicional do processo de benefício para o acusado, e tendo esta como requisito de admissibilidade a pena mínima de um ano prevista abstratamente, a qualificação dada na denúncia para o fato típico assume contornos de extrema importância.

Assim, se um delito na forma simples pode permitir a imediata suspensão condicional do processo, a sua forma qualificada poderá não permitir, ou a forma consumada não permite e a forma tentada sim.

Destarte, o promotor deve bem adequar a qualificação legal ao fato típico com base na prova produzida, sendo que, havendo qualificação a mais, de molde a impedir a concessão do benefício, sem o mínimo de suporte probatório, o juiz poderá rejeitar, nesta parte, a denúncia.

Por outro lado, considerando-se que o que conta é o fato narrado na denúncia e não sua qualificação legal, a medida poderá ser concedida aplicando-se a *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, v.g. a denúncia narra evidente hipótese de furto qualificado a imputação como roubo.

⁽³⁶⁾ Ob. citada, págs. 147/148, seguido por Ada Pellegrini Grinover, ob. citada, págs. 197/198.

⁽³⁷⁾ Ob. citada, págs. 89/104.

Quid juris se, com base em suporte probatório do inquérito, o acusado é denunciado e processado por delito que não comporta a suspensão condicional do processo (v.g. roubo), e, no decorrer da instrução criminal vislumbra-se que a hipótese é de delito menos grave (v.g. furto) que admite tal benefício ao acusado?

Temos observado que alguns entendem, e assim materializam na prática do foro, que o promotor deve “aditar” ou “retificar” a denúncia para propiciar a oportunidade da proposta de suspensão e sua concessão, com base na nova qualificação.

Discordamos da solução proposta, uma vez que, como é sabido, o aditamento visa **acrescer** um novo fato ou um novo réu ou ainda **umentar e qualificar** o delito imputado. Aditar é, sem dúvida, crescer. Retificar por sua vez, é forma imprópria de aditamento, consistente na aplicação do art. 569 do CPP, ou seja para suprir omissões da denúncia, esclarecê-la, ou mesmo adequar a qualificação ao fato já narrado.

Assim, à toda evidência, não é possível **retirar imputação**, ou modificá-la para menos, via “aditamento” ou “retificação”, já que iniciado o processo penal com uma imputação, e não sobrevivendo acréscimo na mesma, deve esta desaguar na sentença, não podendo haver subtração de imputação no curso do processo, o que feriria o princípio da indisponibilidade da ação penal pública.

Consoante esclarece Mirabete: “assim como o Ministério Público não pode deixar de oferecer a denúncia quando da existência do crime que se apura mediante ação penal pública, também não pode desistir dela após tê-la proposto.”⁽³⁸⁾

Frise-se que a Lei 9.099/95 atenua o princípio da indisponibilidade, **mas somente nos casos elencados**, já que se trata de **disponibilidade regrada**.

Tecnicamente a hipótese é de **desclassificação** e não de “aditamento”, a ser operada ao final da instrução pelo juiz ou a pedido das partes.

Segundo Vicente Greco Filho “a desclassificação é o reconhecimento da existência de um crime menos grave cujos elementos fáticos estão integralmente contidos na descrição da denúncia ou queixa, como por exemplo de roubo para furto, de homicídio para lesão corporal.”⁽³⁹⁾

Entretanto, caso seja comprovada a existência de elementos não contidos na denúncia a ensejar reconhecimento de delito menos grave, também é possível a desclassificação, só que antes deve ser cumprido o disposto no artigo 384, com vista anterior à defesa.

Portanto, na espécie devem ser aplicados os arts. 383 e 384 do CPP, e, assim, após a colheita de provas, se o juiz, ao sentenciar, vislumbrar a possibilidade de aplicação de delito menos grave que autorize a suspensão do processo, deve dar vista ao Ministério Público para oferecimento da proposta.

⁽³⁸⁾ *Obra citada*, pág. 93.

⁽³⁹⁾ FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*, S.P., Saraiva, 1993, pág. 288.

Por outro lado, se o Ministério Público entender que a hipótese é de desclassificação deverá pedi-la em Alegações Finais, propondo desde já a suspensão condicional do processo.

Este é o entendimento de Luiz Flávio Gomes: "A desclassificação do delito pode ensejar a suspensão do processo *fora do seu tempo normal* (que é o da denúncia nos termos do art. 89)... Encerrada a instrução, percebe-se que a qualificadora não resultou comprovada. O juiz terá que aplicar o art. 384 do CPP."⁽⁴⁰⁾

Argumenta-se que o juiz estaria fazendo julgamento de mérito fora da sentença, o que seria incabível.

Porém, inexistente óbice para tal. Trata-se de preliminar de admissibilidade, sendo que aqui não se **julga o mérito** como na sentença, pois o que se faz é um juízo prévio sobre a imputação que poderá ensejar a suspensão condicional do processo e que **impedirá** o exame do mérito em relação à nova imputação na sentença.

Ora, ninguém até hoje questionou a aplicação do procedimento previsto no artigo 384 do CPP, em que o juiz, **vislumbrando que poderá ser reconhecido delito em que exista elemento não contido na denúncia, ao invés de prolatar a sentença dá vista à defesa para pronunciamento**. Não estaria também fazendo exame de mérito fora da sentença propriamente dita?

A hipótese é a mesma, só que no caso da suspensão condicional do processo tal reconhecimento obstará a prolação da sentença.

Frise-se que, na verdade, a natureza do ato jurisdicional da suspensão condicional do processo é de **decisão interlocutória com força de definitiva**⁽⁴¹⁾, e como tal, como tantas outras previstas no CPP, admite certa margem de exame de mérito, **sem resultar, porém, em exame definitivo**.

Assim, é curial observar, que, na hipótese em exame, concedida a suspensão e descumprida pelo acusado alguma condição, esta pode ser revogada, nada impedindo que o magistrado, com base em prova superveniente que venha a confirmar a denúncia, venha a condenar o acusado na forma da imputação desta, já que persiste a possibilidade de correlação processual com a inicial, apesar da desclassificação preliminar para fins de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95.

Da mesma forma o juiz que der vista para a defesa para fins do artigo 384 do CPP não fica impedido de condenar o acusado na forma da denúncia, pois o **exame de mérito sobre a procedência da imputação é feito na sentença**.

Assevere-se que mesmo após proferir a sentença condenatória em delito que admite o benefício cabe ao juiz sentenciante, mediante proposta do Ministério Público, propiciar a suspensão condicional do processo, marcando audiência especial de transação, com a fixação das condições e fiscalização do cumprimento das mesmas, a exemplo da audiência admonitória do *sursis*.

⁽⁴⁰⁾ *Obra citada*, pág. 155.

⁽⁴¹⁾ GOMES, Luis Flávio. *Obra citada*, pág. 141.

Consoante Vicente Greco Filho “é comum exagerar a idéia de que o juiz, com a sentença de mérito, encerra a função jurisdicional. É preciso entender que ele a esgota quanto ao pedido, não podendo modificá-la fora das exceções legais...”⁽⁴²⁾

De acordo com Weber Martins Martins Batista, mesmo em grau de recurso... “o Tribunal deverá baixar o processo ao órgão de primeiro grau... para a tentativa de conciliação, com composição civil, ou transação... Na hipótese de, baixados os autos, não ser concedida a suspensão condicional do processo, que o acusado entende cabível, pode este recorrer...”⁽⁴³⁾

Assim, com base nos princípios orientadores da lei em questão, ou sejam a informalidade, celeridade e economia processual, vislumbrando o Ministério Público, após sentença não transitada em julgado, a possibilidade de proposição da suspensão condicional do processo, deverá assim proceder, não esperando a providência pelo Tribunal.

No caso de já ter sido concedido *sursis*, considerando a similaridade das condições, poderá este ser mantido, mas, entretanto, com efeito da final **extinção da punibilidade**, sendo, assim, aplicada a *lex mitior*.

Nesse sentido Weber Martis Batista em relação a *sursis* já concedido: “Se houve reparação do dano ou isso era impossível, o tribunal manterá a concessão da medida, retirando-lhe, no entanto, os efeitos não previstos na Lei 9.099/95, tudo de acordo com o art. 89 e seus parágrafos.”⁽⁴⁴⁾

Portanto, é necessário o socorro às normas processuais vigentes para suprir as omissões da Lei 9.099/95, mas isto sem sacrificar a sua especial peculiaridade e propósito e mesmo princípios próprios, ou sejam, a informalidade, simplicidade, celeridade e economia processual, como delineou o legislador no artigo 2º da lei.

⁽⁴²⁾ Autor e obra citados, pág. 286/287.

⁽⁴³⁾ BATISTA, Weber Martins. Lei 9.099/95 e Direito Intertemporal, in “Ensaio Jurídico - O Direito em Revista”, n. 1, RJ, IBAJ, 1996, pág. 530/531.

⁽⁴⁴⁾ Obra citada, pág. 531.

* **Marcellus Polastri Lima** é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.