

A APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Manoela Andrade Cacho

Mestranda em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM. Pós-graduada em Direito do Estado pelo CICLO. Advogada. Professora Assistente na Universidade Tiradentes – UNIT.

Área do Direito: Processo Penal.

Resumo: O presente artigo estuda a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, não obstante à vedação do artigo 41 da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, que vedou a aplicação da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, uma vez que se trata de medida despenalizadora que se aplica a todo o sistema e não estritamente aos crimes de menor potencial ofensivo. Faz uma análise da constitucionalidade do dispositivo em apreço apesar de o Supremo Tribunal Federal já haver firmado entendimento em sentido contrário. Por fim, estuda o posicionamento dos tribunais antes e após a decisão do STF.

Palavras-chave: Suspensão Condicional do Processo. Juizado Especial. Crime de Menor Potencial Ofensivo. Lei Maria da Penha. Violência doméstica. Violência contra a mulher.

Sumário: 1. Introdução. 2. A criação e competência dos juizados especiais no Brasil. 3. A criação da suspensão condicional do processo como medida despenalizadora. 4. Vedação da aplicação da lei 9.099/95 aos casos de agressão à mulher em violência doméstica e familiar. 5. A posição dos tribunais sobre a questão. 6. Projetos de lei que tratam da questão. 7. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A Lei Maria da Penha, como ficou conhecida a Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006, logo após publicada tornou-se alvo de polêmicas, sendo objeto da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19, proposta Presidente da República àquele tempo, Luiz Inácio Lula da Silva, bem como da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.424, proposta pela Procuradoria-Geral da República, tendo sido julgadas conjuntamente.

Dentre as controvérsias suscitadas, restou decidido que o artigo 41 da Lei 11.340/2006 é constitucional, não sendo possível os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher serem processados e julgados pelos juizados especiais, vez que vedada a aplicação da Lei 9.099 de 1995.

Impediu assim, nos casos de violência de gênero, a aplicação da medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, importante instituto inserido no sistema jurídico brasileiro com a criação da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, que trouxe procedimento específico para o processamento e julgamento de crimes de menor potencial ofensivo, desabarrotando, assim, o já moroso judiciário brasileiro.

Há, porém, em especial na doutrina, quem ainda questione a constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/2006, bem como o alcance da vedação trazida pelo dispositivo, levando em consideração que a suspensão condicional do processo, não obstante constar da lei que trata de crimes de menor potencial ofensivo, é aplicável a todo delito que possua pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, podendo ser, portanto, um delito de potencial ofensivo significativo, não sujeito ao procedimento da Lei 9.099/95.

Logo, pela importância da suspensão condicional do processo, bem como por não estar restrito aos crimes de menor potencial ofensivo, a vedação do artigo 41 da Lei Maria da Penha não deve alcançar a sua aplicação, razão pela qual se defende a aplicação do instituto, aplicado por alguns julgadores antes do julgamento das ADI 4.424 e da ADC 19 pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A criação e competência dos juizados especiais no Brasil

O legislador constituinte de 1988 instituiu o Juizado Especial Criminal no Brasil em razão da necessidade de uma reforma no sistema processual penal, em especial, em relação ao enorme número de processos relativos a infrações de menor potencial ofensivo, que abarrotavam a máquina judiciária, e inspirado pelos resultados positivos do Juizado Especial de Pequenas Causas no âmbito

cível, criado em 1984, bem como pelas novidades advindas do ordenamento europeu¹.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 98, inciso I, criou os Juizados Especiais Criminais, compostos por juízes togados ou togados e leigos, com a finalidade de julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo, por meio de procedimento oral e sumaríssimo, permitindo nas hipóteses previstas em lei a transação e o julgamento por turmas de juízes de primeiro grau.

Inicialmente, o *caput* do artigo 98 da Constituição Federal restringiu a criação dos juizados especiais somente ao Distrito Federal e aos Territórios, tendo sido autorizada a criação no âmbito da Justiça Federal apenas com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 22, em 18 de março de 1988².

A Carta Magna, então, passou a prever que Lei Federal poderia dispor sobre a criação dos juizados especiais no âmbito da justiça federal, o que foi feito por meio da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. No âmbito estadual, a disposição constitucional foi regulamentada pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Ambas foram alteradas pela Lei 11.313/2006.

Conforme dispõe o artigo 2º, da Lei 9.099/1995, o procedimento perante os Juizados Especiais deve ser orientado pelos princípios da oralidade, informalidade, economia e celeridade, com o objetivo de obter-se, quando possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade.³

A reparação, sempre que possível, dos danos sofridos pela vítima é objetivo fundamental do processo perante o juizado especial, razão pela qual se prioriza, na fase preliminar, a composição civil dos danos, podendo, ainda,

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

² MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.236.

³ GRECO FILHO, Vincente. *Manual de Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

na fase posterior, realizar-se um acordo civil na audiência de instrução e julgamento⁴.

O objetivo subsequente é a aplicação da pena não privativa de liberdade, ou seja, de multa ou restritivas de direitos, que pode ter aplicação imediata na audiência preliminar, assim como a transação civil, ou na audiência de instrução e julgamento, proposta a transação penal pelo Ministério Público e aceita pela autor da infração e seu defensor.⁵

Como explicitado no artigo 1º da Lei 9.099/95, os juizados especiais são órgãos da Justiça Ordinária, ou seja, os juizados especiais criminais estaduais e federais são órgãos da Justiça Comum, que respeitam as mesmas regras de jurisdição e competência das Justiças Estadual e Federal. Relembre-se que em matéria penal, são órgãos da Justiça Especial as Justiças Eleitoral e Militar.

São de competência do Juizado Especial Criminal as infrações de menor potencial ofensivo, que são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa, conforme disposto no artigo 61 da Lei 9.099/1995.

A Lei 9.099, que criou os juizados especiais estaduais em 1995, estabelecia que eram infrações de menor potencial ofensivo aquelas a que a lei cominava pena máxima não superior a 1 ano, não sujeitas a procedimento especial. Posteriormente, quando da criação dos juizados especiais no âmbito federal pela Lei 10.259, em 2001, previu-se o grau máximo da pena de 2 anos para a configuração da infração de menor potencial ofensivo, excluindo-se, ainda, a expressão “não sujeitos a procedimento especial”⁶.

A celeuma foi resolvida com a edição da Lei 11.313/2006, que deu nova redação ao artigo 61 da Lei 9.099 de 1995, ratificando o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo trazido pela Lei 10.259/2001, qual seja o de

⁴ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit. p.241.

⁵ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit. p.241.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

que se tratam das contravenções e crimes apenados com pena máxima não superior a 2 anos, sejam eles subordinados ou não a procedimento especial⁷.

A Lei 11.313/2006 fixou o conceito de crime de menor potencial ofensivo na Lei 9.099/95, excluindo da Lei 10.259/2001, que passou a prever em seu artigo 2º somente a competência do JECRIM Federal para processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal.

A competência do juizado especial criminal é ampla, o que significa que abrange todas as fases dos procedimentos, quais sejam a preliminar ou conciliatória, processual e de execução da pena de multa. Esta é afastada quando não é possível a citação pessoal do autor, bem como quando a infração de menor potencial ofensivo é cometida por pessoa que goza de foro especial por prerrogativa de função⁸.

Ainda, em razão da complexidade do fato, quando demanda uma investigação mais aprofundada, bem como em hipótese conexão ou continência da infração de menor potencial ofensivo com crime comum, há deslocamento de competência do JECRIM para o juízo competente. Como se denota, a competência do JECRIM é relativa, estando sujeita às regras de prorrogação de competência do Código de Processo Penal⁹.

3. A criação da suspensão condicional do processo como medida despenalizadora

O instituto da suspensão condicional do processo foi trazido pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, em seu artigo 89, o qual prevê que poderá se proposta, por um período de 2 a 4 anos, pelo Ministério Público, ao oferecer a denúncia, nos casos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por esta lei, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e estejam presentes

⁷ Idem, p. 118.

⁸ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit. p.236.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Op. cit. p.236..

os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Decorrido o prazo e cumprido os requisitos, há a extinção da punibilidade.

A suspensão condicional do processo surgiu a partir de proposta do desembargador Weber Martins Batista, que o denominou de “*sursis* antecipado”, em Simpósio realizado pela Escola Superior de Magistratura Nacional, na Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, em setembro de 1981, tendo, porém, sido instituído no sistema jurídico brasileiro apenas 15 anos depois, como uma medida alternativa para evitar o cárcere em casos de pequena e média criminalidade, uma vez que se extingue a punibilidade após o cumprimento do prazo de suspensão¹⁰.

Quando à necessidade da criação de medidas alternativas à prisão em casos de infração de menor potencial ofensivo, relevante destacar a posição de TOURINHO FILHO¹¹:

Todos sabemos que o cárcere, já disse, é a universidade do crime. Urge, pois, deixar a penitenciária para os incorrigíveis. Ideal mesmo seriam áreas espaçosas, onde os presos pudessem locomover-se, trabalhar, presentes orientadores e psicólogos. Mas isso já é sonhar demais. (...) Na impossibilidade de se corrigir o sistema, a suspensão condicional do processo é alternativa de alto nível.

A suspensão condicional do processo tratou-se de instituto importante introduzido no ordenamento jurídico, cuja aplicação não se limita aos casos envolvendo infrações de menor potencial ofensivo, mas a toda e qualquer infração penal, sejam elas crimes apenados com reclusão ou detenção, sujeitos ou não a procedimento especial, bem como às contravenções, desde que a pena mínima não ultrapasse um ano.

Como aponta TOURINHO FILHO, até o ano de 2012, somados os crimes de menor e médio potencial ofensivo, encontrava-se no Código Penal 190 figuras delituosas penais, que, portanto, estariam sujeitas à disciplina da

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 97.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 98.

suspensão condicional do processo, número ainda mais significativo se considerados os delitos sujeitos a procedimento especial¹².

Logo, pouco mais de 60 dos cerca de 239 tipos do Código Penal não ensejariam a aplicação do “sursis antecipado”¹³. Portanto, não se pode negar a importância da suspensão condicional do processo, que atingiu de forma ampla todo o sistema jurídico, tendo a Lei 9.099/95 sido apenas um meio pelo qual se inseriu o instituto entre as normas processuais penais.

4. Vedação da aplicação da lei 9.099/95 aos casos de agressão à mulher em violência doméstica e familiar

Estabelece o artigo 41, da Lei 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006, que criou mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que a estes crimes, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei dos Juizados Especiais.

A Lei 9.099/95, além de aspectos processuais, possui aspectos penais, quais sejam a composição dos danos civis, a aplicação imediata de pena restritivas de direitos ou multa e a suspensão condicional do processo, que podem levar à extinção da punibilidade e, portanto, configuram instrumentos importantes para evitarem-se os efeitos deletérios da prisão, exceto em casos de violência contra a mulher, conforme vedação trazida na Lei Maria da Penha¹⁴.

Outra consequência trazida pelo art. 41 da Lei Maria da Penha foi a exclusão da necessidade de representação nos crimes e lesão corporal dolosa leve, condição de procedibilidade prevista no artigo 88 da Lei 9.099/95, que poderia levar à extinção da punibilidade em razão da decadência¹⁵.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit. p. 98/106.

¹³ NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 100.

¹⁴ FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza; LEISTER, Margareth Anne. *Evolução dos direitos da mulher no Brasil e Lei Maria da Penha: Comentários à Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006*. Osasco: Edifício, p. 250.

¹⁵ Idem, p. 205.

Portanto, em nenhum caso em que incide a Lei 11.340/2006 podem ser aplicados os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais. A grande questão que surgiu a partir daí foi se a suspensão condicional do processo não seria alcançada pela vedação do artigo 41 da Lei 11.340/2006, vez que se trata de instituto aplicável não só às infrações sujeitas à Lei 9.099/95, mas a todo sistema penal.

Devido a entendimentos diversos dos tribunais quanto à constitucionalidade da norma em comento, foram ajuizadas a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 19 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4424, julgados conjuntamente pelo Supremo Tribunal Federal.

A resolução da questão pelo Supremo pacificou a matéria nos tribunais, porém não impediu opiniões divergentes da doutrina e em alguns julgados isolados, que trazem fundamentos que devem ser objeto de reflexão.

5 A posição dos tribunais sobre a questão

Logo após a edição da Lei 11.340/2006, a jurisprudência, não obstante de maneira minoritária, não reconhecia a constitucionalidade do artigo 41¹⁶, o que levou à necessidade de manifestação da Suprema Corte do país sobre o tema.

Nos tribunais brasileiros, tanto nos superiores quanto nos estaduais, preponderou o posicionamento pela inaplicabilidade do instituto da suspensão condicional do processo nos casos aos quais se aplica a Lei 11.340/2006, em razão do disposto no seu art. 41, que afasta a incidência da Lei 9.099/1995 aos processos referentes a crimes de violência doméstica contra a mulher.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a questão em três ocasiões, sempre no sentido de afastar a aplicação do instituto. Na primeira

¹⁶ FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza; LEISTER, Margareth Anne. Op. cit. p. 251.

delas, por meio do *Habeas Corpus* n. 106.212¹⁷, impetrado pela Defensoria Pública da União contra acórdão proferido pela Quinta Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, o plenário do STF julgou, por unanimidade, pela constitucionalidade do art. 41. Assim, vejamos:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 - ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 - AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 - CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 - mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 - no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

No referido HC, sem pedido de liminar, a Defensoria Pública da União argumentou que tal vedação é inconstitucional, pois afronta diretamente os princípios da igualdade e da proporcionalidade e obriga que simples questões familiares sejam submetidas ao crivo da ação persecutória do Estado, em detrimento daquilo que é a sua própria base, a família.

O Ministério Público Federal¹⁸, por seu turno, emitiu Parecer argumentando que violência doméstica e familiar não pode ser considerada delito de menor potencial ofensivo, pois a Constituição Federal haveria conferido ao legislador ordinário competência para defini-las, o qual optou por afastar a aplicação da Lei 9.099, por entender que estas não podem ser assim consideradas, citando, ainda, o § 8º do art. 226 da Constituição Federal, para fundamentar que o interesse maior da sociedade é a proteção de mulheres que vivem subjugadas pelo “poder” arbitrário do parceiro, tese que preponderou na decisão do STF, de 24 de março de 2011.

¹⁷ HC. 106.212 – STF (Pleno), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 24 de março de 2011.

¹⁸ Nº 7359/10 – MJG; HABEAS CORPUS Nº 106.212/MS; Pacte : cedenir balbe bertolini; Impte : Defensoria Pública da União; coator : superior tribunal de justiça; relator : exmo. sr. ministro Marco Aurélio; Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi.

Em 09 de fevereiro de 2012, o Plenário do STF julgou conjuntamente a ADC 19¹⁹ e ADI 4424²⁰, concluindo, por unanimidade, pela constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006, afastando a aplicação de todos os institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, incluída a suspensão condicional do processo. Vejam-se ambas as decisões:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Plenário, 09.02.2012.

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Plenário, 09.02.2012.

É interessante observar que, não obstante o Supremo haver realizado controle de constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006 na ADC 19 e na ADI 4424, o HC 106.212 é o principal precedente citado pelas cortes estaduais, bem como pelo próprio STF, como se observa na decisão do HC 110.113/MS²¹, de relatoria da ministra Carmén Lúcia:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PEDIDO DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/1995. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA). PRECEDENTE.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/2006, que afasta a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos processos referentes a

¹⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19. Relator: Marco Aurélio. Publicado no DJE de 29-04-2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2224. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=19&classe=ADC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>

²¹ HC 110.113/MS, 1ª Turma, relatoria de Carmén Lúcia, 20 de março de 2012.

crimes de violência contra a mulher.

No Superior Tribunal de Justiça, até julho de 2014, quarenta e cinco processos que tocam no tema foram apreciados²². Em apenas dois deles concedeu-se a suspensão condicional do processo em caso de violência contra a mulher, ambos julgados pela 6ª câmara.

No HC 2009/0230608-9, o relator, Ministro Celso Limongi, à época desembargador convocado do TJ/SP, sugeriu uma interpretação conforme a Constituição, nos seguintes termos:

Em que pese o entendimento desta e. Sexta Turma, no sentido de que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não se aplica aos casos de violência doméstica contra a mulher, ousou divergir desse entendimento, considerando as peculiaridades do caso concreto, adotando, em especial, o entendimento aceito por parte da doutrina, e transcrito acima, de que a suspensão condicional do processo não resulta em afastamento ou diminuição das medidas protetivas impostas à mulher, pelo legislador.

E isto, porque, se o agente descumprir as condições impostas, o pode ser revogado. E se reincidir na conduta, não poderá contar, uma segunda vez, com o “sursis” processual. (HC 154801 / MS; Relator: Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP); Órgão Julgador: Sexta Turma; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte; DJe 03/11/2011)

Outrossim, no HC 185930/MS, assim como se deu no acórdão supracitado, ficou vencido o Ministro Haroldo Rodrigues, prevalecendo o entendimento dos Ministros Og Fernandes, Celso Limongi e da relatora Maria Thereza de Assis Moura, que utilizou o fundamento de que a suspensão condicional do processo consta da Lei 9.099/95 de maneira incidental, não fazendo parte substancialmente dos regramentos restritos aos Juizados Especiais, logo não podendo ter sua aplicação vedada por força do art. 41 da Lei Maria Penha. Assim vejamos:

²² Disponível em:

http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=maria+da+penha+suspensao+E3o+condicional&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO

Não é demais lembrar que o instituto, cuja gênese em larga medida se atribui a WEBER MARTINS BATISTA, encontra-se apenas na Seção VI, nas Disposições Finais da Lei, ali comparecendo apenas incidentalmente.

Desta forma, acredito que a *mens* do art. 41 da Lei Maria da Penha não deve irradiar sobre o art. 89 da Lei 9.099/95, sem ir tão longe como aqueles que defendem a inconstitucionalidade do afastamento do art. 89 pela violação do princípio da isonomia (GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 172) (HC 154801 / MS; Relator: Ministro Celso Limongi (HC 185930 / MS HABEAS CORPUS 2010/0175235-0; Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131); Órgão Julgador; T6 - SEXTA TURMA; Data do Julgamento: 14/12/2010; Data da Publicação/Fonte; DJe 23/05/2011; LEXSTJ vol. 263 p. 235)

Há que se registrar que os julgados favoráveis à concessão do *sursis* processual nos casos de incidência da Lei Maria da Penha datam do ano de 2010, ou seja, anteriores ao HC 106.212/STF e à ADC 19.

No HC 191066 / MS, julgado em 06 de setembro de 2011, a min. Maria Thereza de Assis Moura foi vencida, divergindo dos ministros Vasco Della Giustina e do relator Og Fernandes, porém seu voto deve ser observado, pois traz importantes reflexões sobre o tema. Veja-se:

Não há dúvida de que o art. 41 da Lei 11.340/06 afasta a incidência da Lei n. 9.099/95. Contudo, não se deve promover exegese precipitada, mas, antes, interpretação contextualizada de tal comando. (...)

‘Penso, todavia, que o presente caso é uma excelente oportunidade para que esta Corte melhor reflita acerca da possibilidade de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 para os casos da Lei 11.340/06, respeitado, obviamente, o patamar de pena mínima não superior a um ano.

Dúvidas não há que, tanto o art. 88 quanto o art. 89 não são dispositivos ínsitos à planificação dos Juizados Especiais Criminais. Tanto assim que a base constitucional para o tratamento das infrações penais de menor potencial ofensivo encontra-se no art. 98, I, do Texto Maior, ao passo que a ideia de alguma flexibilidade no tratamento daquelas consideradas de média gravidade, repousa no universo de atuação privativa ministerial, cf. art. 129, I, da Carta Magna (neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. Juizados especiais criminais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, p. 260). Na mesma linha, ensina GUSTAVO BADARÓ, esclarecendo que, apesar de poder incidir o art. 89 nos feitos do Juizado, não se trata de

matéria de exclusiva aplicação em tal âmbito (Direito processual penal. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: 2009, t. II, p. 49).

Não é demais lembrar que o instituto, cuja gênese em larga medida se atribui a WEBER MARTINS BATISTA, encontra-se apenas na Seção VI, nas Disposições Finais da Lei, ali comparando apenas incidentalmente. Desta forma, acredito que a mens do art. 41 da Lei Maria da Penha não deve irradiar sobre o art. 89 da Lei 9.099/95, sem ir tão longe como aqueles que defendem a inconstitucionalidade do afastamento do art. 89 pela violação do princípio da isonomia (GRANDINETTI, Luiz Gustavo. Comentários à lei de violência doméstica e familiar contra a mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 172).

Aqui, penso que se deve invocar, antes, o princípio da proporcionalidade. O paciente recebeu a pena de um mês de detenção, substituída por restritiva de direitos. Ora, diante do princípio da proporcionalidade, é difícil imaginar quais razões, necessárias e suficientes, poderiam ser alinhadas para se vedar a suspensão do processo.

Sabe-se que o *sursis* processual visa, fundamentalmente, evitar os efeitos daninhos de uma condenação criminal, abrindo oportunidade para o diálogo com o acusado, que tem a chance de se mostrar colaborativo com a justiça criminal e com a indigitada vítima.

Ora, sendo o processo penal, em si mesmo, um instrumento estatal carregado de sofrimento para o acusado, encabrestar as suas consequências, naturalmente deletérias, é missão que compete a todos os atores da *persecutio*. Assim, havendo, no leque de opções legais, um instrumento benéfico, tendente ao reequilíbrio das consequências deletérias causadas pelo crime, com a possibilidade de se evitar a carga estigmatizante da condenação criminal, mostra-se injusto, numa perspectiva material, deixar-se de aplicá-lo *per fas et nefas*.

(...)

Assim, tendo em vista que o fim do processo penal, a inflicção da reprimenda, culminou na aplicação de mera restrição de direitos (como, em regra, é o caso das persecuções por infrações penais de médio potencial ofensivo), repisa-se, não se mostra proporcional inviabilizar a incidência do art. 89, por uma interpretação ampliativa do art. 41 da Lei 11.340/06. Tal providência revelaria uma opção dissonante da valorização da dignidade da pessoa humana, pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, que é um modelo antropológicamente amigo, no dizer de Canotilho.

É mister ainda lembrar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu em sentido contrário, quando denegou o HC nº 106.212/MS, no qual se pretendia "a suspensão dos efeitos da condenação imposta ao paciente, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, e, em consequência, declarou a constitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006 ("Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº

9.099, de 26 de setembro de 1995.”) conforme noticiado no Informativo nº 620 daquela Corte. (HC 191066 / MS; Relator(a): Ministra Maria Thereza de Assis Moura; Relator(a): Ministro Og Fernandes; Órgão Julgador:T6 - Sexta Turma; Data do Julgamento: 06/09/2011; Data da Publicação/Fonte: DJe 20/06/2012)

A ministra do STJ, após o julgamento da ADC 19, contudo, mudou seu entendimento quanto a aplicação do instituto em comento, fazendo, porém, constar dos seus votos a ressalva abaixo transcrita:

Contudo, embora tenha me curvado ao entendimento da Colenda Turma, consigno o meu ponto de vista em relação à temática. Nesse passo, vislumbro ser possível a suspensão condicional do processo na hipótese de contravenção. Ora, não se mostra proporcional inviabilizar a incidência desse instituto despenalizador por uma interpretação ampliativa do artigo 41, na medida em que tal vedação abrange somente as disposições que são próprias do juizado especial, e não aquelas que constam no bojo da lei de forma incidental, como a que prevê o sursis processual.

Todavia, conforme já assinalado, a posição outrora sustentada não mais encontra eco neste Colegiado, sendo, portanto, inviável o provimento do recurso.” (HC 188767 / MS; Relator(a) Ministra Maria Thereza de Assis Moura; Órgão Julgador T6 - Sexta Turma; Data do Julgamento: 07/02/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 20/02/2013)

Em razão dos efeitos das decisões relativas ao controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, pacificou-se o entendimento na Justiça brasileira de que o art. 41 da Lei Maria da Penha é constitucional, impedindo, portanto a aplicação da suspensão condicional do processo nos casos em que incide.

No entanto, há na doutrina pátria, quem defenda o entendimento contrário, utilizando argumentos tais como aqueles citados pela ilustre ministra o STJ Maria Thereza de Assis Moura, além de outros que merecem, ainda, serem observados.

4. A posição da doutrina sobre a questão

Após a publicação de Lei 11.340/2006, predominou o entendimento pela doutrina de que seria inconstitucional seu artigo 41, por contrariar os princípios da isonomia e da proporcionalidade. A lei era censurada, outrossim, por não levar em conta situação crítica dos presídios brasileiros, ao vedar a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099, bem como por impedir que a reconciliação do casal pudesse evitar uma ação penal, com a desnecessidade da representação nos casos de lesão corporal dolosa leve²³.

A doutrina segue, mesmo após haver o STF confirmado a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha, manifestando dúvidas quanto aos efeitos das medidas severas trazidas por esta. O renomado processualista FERNANDO TOURINHO FILHO²⁴, em sua obra intitulada “Processo Penal”, na edição mais recente, ainda questiona a constitucionalidade do dispositivo em comento:

Tratando-se de violência contra a mulher, uma vez que o art. 41 da Lei n. 11.340/2006 veda, em qualquer caso, a aplicação da Lei n. 9.099/95, à primeira vista parece não poder ser aplicada a regra do art. 89 deste diploma. Mas, como se trata de norma híbrida, com profundo caráter penal, temos dúvida a respeito da constitucionalidade dessa proibição. De fato. Concedida e aceita a suspensão, se não houver revogação, findo o prazo, estará extinta a punibilidade, e como toda a norma que diga respeito à extinção da punibilidade é norma penal, logo manifesta a sua hibridez.

O autor traz aqui o importante argumento de que o artigo que trata da suspensão condicional do processo tem caráter híbrido, ou seja, tanto de processo penal quanto de penal, em razão de provocar a extinção da punibilidade. Entende que a vedação do art. 41 da Lei Maria da Penha estaria restritas às regras processuais da Lei 9.099/95, não podendo obstar a incidência de norma de caráter penal.

²³ FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza; LEISTER, Margareth Anne. *Evolução dos direitos da mulher no Brasil e Lei Maria da Penha: Comentários à Lei n.º11.340, de 7 de agosto de 2006*. Osasco: Edifício, p. 250/2051.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 740.

Outrossim, RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA não admite a constitucionalidade do art. 41 da Lei n. 11.340/06, defendendo que todas as medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais devem ser aplicadas em processos relativos a crimes de menor potencial ofensivo, ainda que se tratem de violência doméstica contra a mulher²⁵.

Argumenta que a interpretação do referido dispositivo de lei deve ser realizado de acordo com a Constituição Federal de 1988 e não de forma inversa. Logo, uma vez que a competência dos Juizados Especiais Criminais foi estabelecida pela Carta Magna (Art. 98, I), competência esta de natureza material, ou seja, absoluta, lei infraconstitucional não pode alterá-la²⁶.

No entanto, o argumento que se afigura mais forte é o relativo ao fato de o instituto da suspensão condicional do processo não haver sido criado apenas para o microsistema dos juizados especiais criminais. Diferentemente da transação penal e da composição dos danos civis, a suspensão condicional do processo não está adstrito aos crimes de menor potencial ofensivo, sendo extensível a todos os processos penais que tratem de crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, abarcando, portanto, aqueles referentes à violência doméstica e familiar contra a mulher.

6. Projetos de lei que tratam da questão

A Deputada Federal Sandra Rosado, em 17 de maio de 2012, apresentou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 3888/201, com o mesmo teor do Projeto de Lei n. 551 de 2009 do Senado Federal, arquivado em 2001, com a finalidade de explicitar a vedação à aplicação da suspensão condicional do processo no art. 41 da Lei. 11.340/2006, em razão da possibilidade da revogação deste dispositivo caso seja aprovado o novo Código de Processo Penal com a redação atual.

²⁵ MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Revista de Ciências Penais*. p. 280/281.

²⁶ Idem, p. 283.

O projeto de lei do novo Código de Processo Penal, que ora tramita na Câmara dos Deputados sob o número 8045/2011, tendo iniciado no Senado sob o n. 156, tornaria sem efeito o art. 41 da Lei Maria da Penha vez que faz referência à Lei n.º 9.099/95, pois pretende incorporar de seus institutos despenalizadores, sem a ressalva de não aplicação em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Há, outrossim, o Projeto de Lei do Senado 49/2011, que foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 2011, tendo lá recebido o número PL 1322. Visa impedir a suspensão condicional de processos que tratem de crimes cometidos com violência doméstica ou familiar contra a mulher e dá prioridade a essas ações. O projeto foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família e já tem parecer favorável da relatora, deputada Rosane Ferreira, na Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania da Câmara, onde se encontra desde 20 de junho de 2013.

7. Conclusão

A suspensão condicional do processo é medida despenalizadora criada em razão da superlotação dos presídios brasileiros e da comprovada ineficiência do cárcere, que passou a ser evitado em casos de menor potencial ofensivo.

O instituto nasceu com o advento da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais no Brasil, e trouxe, ainda, medidas despenalizadoras outras para os casos envolvendo crimes de menor potencial ofensivo, quais sejam as contravenções e crimes apenados com pena máxima não superior a 2 anos, subordinados ou não a procedimento especial.

Não há dúvida de que a suspensão condicional do processo aplica-se a todo o sistema penal, quando tratar de crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, sendo clara a redação da Lei 9.099/95, que estes não necessitariam estar abrangidos por ela.

Resolvendo a celeuma relativa à validade do artigo 41 da Lei 11.340/06, que obsta a aplicação da Lei dos Juizados Especiais no caso de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, foram julgados a ADC 19 e a ADI 4.424, tendo o STF afirmado a constitucionalidade do dispositivo da Lei Maria da Penha. Na doutrina, há ainda quem questione tal decisão.

No entanto, ainda que se entenda constitucional o dispositivo em comento, vez que apenas adentrou no sistema por meio da Lei 9.099/95, a suspensão condicional do processo não está restrita aos crimes de menor potencial ofensivo. Malgrado tratar-se de entendimento minoritário, contrário à jurisprudência dos tribunais superiores, o alcance do importante instituto não pode ser negado.

A suspensão condicional do processo é vista por alguns como instrumento de impunidade. Ocorre que, na verdade, trata-se de direito subjetivo do acusado, que possui finalidade de beneficiar todo o sistema, desabarrotando o Judiciário Brasileiro e dando celeridade a causas que envolvem crimes de baixo e médio potencial ofensivo.

Portanto, trata-se a suspensão condicional de criação louvável do legislador brasileiro, que não deve ser suprimida em razão de redação confusa ou elaborada sem reflexão suficiente sobre seus efeitos. Espera-se que a doutrina debruce-se cada vez mais sobre o tema e que a Justiça brasileira volte a avaliar a questão para rever pontos, tais como os supramencionados, que devem ser melhor avaliados.

Bibliografia

FERRAZ, Anna Candida da Cunha; ALVIM, Márcia Cristina de Souza; LEISTER, Margareth Anne. Evolução dos direitos da mulher no Brasil e Lei Maria da Penha: Comentários à Lei n.º11.340, de 7 de agosto de 2006. Osasco: Edifício.

GRECO FILHO, Vincente. Manual de Processo Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legislação penal especial. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.236.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Lei Maria da Penha e suas inconstitucionalidades. *Revista de Ciências Penais*.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 100.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.