

O *Sursis* Processual na Lei da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher

Antonio Carlos dos Santos Bitencourt
Juiz de Direito Representante do Núcleo de
Volta Redonda da EMERJ.

(O presente artigo é uma singela homenagem aos Desembargadores do TJRJ Weber Martins Batista e José Lisboa da Gama Malcher, artífices das letras jurídicas)

Até há não muito tempo, como tão bem escrito por Luiz Flávio Gomes, a justiça penal se realizava de uma forma pouco comutativa, muito mais retributiva do “mal pelo mal”, em que a pena tinha o significado exclusivo de resposta.

Leia-se:

“O que interessa é a satisfação da pretensão punitiva estatal, é o ‘castigo do culpado’. Mesmo quando desde logo já se vislumbra que a eventual pena que pode vir a ser aplicada já está prescrita (fala-se aqui em ‘prescrição antecipada’), ainda assim, segundo a jurisprudência dominante, o processo tem que ir até o fim, o juiz tem que condenar, tem que aplicar a pena prevista na lei, para que outro ou ele mesmo possa logo depois julgar prescrita a pretensão punitiva estatal (o importante, como se percebe, é que haja uma punição, é que haja satisfação desse incontido desejo de castigo (‘vingança’), ainda que logo em seguida ele seja desfeito).

E continua o juspenalista:

“Para o sistema tradicional, claramente paleorepressivo, ao infringir a ‘lei do Estado’, o infrator contrai uma dívida com ele e deve pagá-la a todo custo; e a única resposta estatal prevista para o pagamento desta dívida é a ‘pena’, principalmente a de prisão (é um sistema de mão única, como se vê). Se a vítima não recebe nenhuma indenização, se o preso custa para o Estado mensalmente cerca de quatrocentos dólares, se prisão é reconhecidamente dessocializadora e, em consequência, geradora de alto índice de reincidência (em razão de seu efeito criminógeno), se o custo do processo é exagerado e desproporcionalmente maior que seu benefício, nada disso entra em conta.” (In Suspensão Condicional do Processo Penal, p. 66)

Hoje, dentro de uma visão mais racional do Direito Penal, observa-se uma nítida distinção de tratamento para as infrações de grande, média e pequena ofensividade, repartição tanto útil quanto necessária para a coerência da resposta adequada às infrações de alta reprovabilidade, de médio, e de pequeno potencial ofensivo; criou-se para estas duas últimas o que se resolveu chamar de “espaço de consenso”, mitigando a chamada obrigatoriedade da ação penal, nos moldes em que originariamente era concebida, e que igualava tudo, a teor da advertência inicial de Luiz Flávio Gomes.

Assim: a representação nos crimes de lesão corporal, a composição civil, a transação penal, a possibilidade de conversão da pena privativa em alternativa à prisão, e a suspensão condicional do processo tendem a modelar um conceito que chegou a ser chamado de verdadeira revolução ou redescoberta do Direito Penal, por força desse “espaço consensuado”, de “verdade consensuada” e de prevalência do princípio da oportunidade regrada na ação penal pública.

Resta, assim, o espaço de conflito em sua formação isolada para as infrações mais graves, e, quanto as demais,

de qualquer modo, influenciando a chamada de formalização e funcionalidade do arcabouço penal, por atenção a princípios como o da intervenção mínima e o da lesividade, que passam a ser medidas de ponderação da proporcionalidade de como e porque o direito penal deve responder, menos gravemente, a certas manifestações que lhe são interferentes e menos significativas também.

Cabe-nos examinar, no estrito limite deste trabalho, o instituto da suspensão condicional do processo, e sua repercussão na Lei 11.340/06 (Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), apelidada de Lei “Maria da Penha”, mas impõe-se, primeiro, tecer algumas considerações sobre a origem desse instituto, como um dos incluídos no “espaço de consenso” do atual Direito Penal.

A fonte de inspiração do *sursis* processual foi a *probation* do direito anglo-saxônico, muito embora dela seja diferente quanto ao momento processual, e até mesmo mais vantajosa do que o modelo em que se inspirou. Neste sentido, leia-se:

“Tampouco a suspensão condicional do processo pode ser confundida com a probation anglo-saxônica, embora se saiba que esta foi sua fonte de inspiração. No processo penal inglês, como noticia Hernán Hormazábal Malarée, existem dois momentos claramente diferenciados. Em primeiro lugar há a declaração da culpabilidade (conviction) e só depois vem o momento da sentença (sentence), na qual se impõe a pena ou a medida adequada ao caso. Na probation o que se suspende é a sentença condenatória. O juiz chega a declarar o acusado culpado e depois, caso haja concordância, ele entra em período de prova, de seis meses, conforme a Powers of Criminal Courts Act de 1973.

Na suspensão condicional do processo o que se suspende é o próprio processo, ab initio. O que temos, em síntese, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade, caso todas as condições acordadas sejam cumpridas, durante o período de prova.” In Juizados

Especiais Criminais, de Ada Pellegrini Grinover, p. 189 e 190.

Sobre a ideia original do instituto, muito devemos ao ilustre professor e desembargador Weber Martins Batista, como deixou claro em sua obra **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal**, que escreveu de parceria com o hoje ministro do STJ Luiz Fux. Vale a pena ler o que foi anotado pelo mestre, de sua experiência com o nascimento do instituto:

“Ora, para a concessão de benefício semelhante, mostra-o o probation, não é necessário a condenação. Será necessário levar o processo até o fim, até a declaração formal da culpa do réu? Ou basta a certeza da culpa, não importando que a decisão seja proferida logo no início do processo e se apóie em prova colhida sem o contraditório, mas desde que aceita pelo acusado?”

A ideia pareceu ao autor lógica e, mais do que isso, jurídica. No sistema anglo-americano o juiz pode condenar o réu - e não apenas suspender o processo, colocando-o em regime de prova - com base na declaração de um policial, colhida informalmente, e desde que o agente admita sua culpa (o plea bargaining).

O Código de Processo Penal italiano já consagrava, à época, a condenação por decreto. Com base no mesmo tipo de prova acima mencionado, colhida sem a garantia do contraditório, e sem, sequer, interrogar o autor do fato, o juiz pode condená-lo e impor-lhe uma pena de multa. Se o condenado se conformar, está findo o processo.

Nem por isso se diz que foi violado qualquer direito constitucionalmente garantido ao indiciado, como o do contraditório, o da ampla defesa, o do devido processo legal. Nos casos de pequena importância - argumenta Florian -, é possível evitar o debate presumido-se o consentimento do acusado. Se ele não se insurge contra a solução imposta pelo juiz, é porque exerceu uma faculdade dispositiva

sobre a forma do procedimento, não no sentido de poder modificá-la, mas no de aceitar a mais simples, em vez de exigir a forma comum.

O instituto da condenação por decreto, ou do procedimento monitório, alcançou resultados tão significativos que, com o tempo, foi adquirindo maior amplitude, estendendo-se às hipóteses de delitos. Entre nós, o Anteprojeto Frederico Marques já admitia a solução semelhante às mencionadas, como se vê no art. 241, § 1º, com a redação de 29.06.1970.

Com base nesses argumentos, o autor idealizou o novo instituto com as seguintes ideias gerais: ao ser oferecida a denúncia pelo Ministério Público, o juiz verificará se há prova do fato típico e indícios de autoria. Inexistindo esta prova, determinará o arquivamento dos autos. Se, ao contrário, houver esse princípio de prova e o fato por que foi o réu denunciado caracterizar crime punido com pena, no mínimo, superior a um ano, o juiz receberá a denúncia e determinará o prosseguimento do processo.

A terceira hipótese é a que interessa ao tema: existe prova do fato e da autoria, mas não apenas o ilícito praticado é punido com pena, no mínimo, não superior a um ano, como o denunciado é primário, tem bons antecedentes, não é perigoso. Nesse caso, o juiz recebe a denúncia, mas suspende o andamento do processo e põe o réu em regime de prova.”
P. 355 e 356.

A suspensão condicional do processo, assim, é uma conquista, principalmente, da efetividade do Direito Penal, como regra e ferramenta diferenciada de aplicabilidade penal, e qualquer restrição à sua incidência deve ser vista com toda reserva.

Os requisitos objetivos e subjetivos da **probation** são conceitos abstratamente indeterminados, e se determináveis na hipótese concreta, passam a conferir direito subjetivo ao réu. Explica-se: toda norma jurídica tem em sua estrutura, de forma mais ou menos nítida ou intensa, um fato e um efeito jurídico afirmado, conseqüente e correlato.

Se a indeterminação de conceitos se situa no plano dos fatos, e o efeito é certo, sempre o mesmo, tanto que determináveis aqueles, temos uma norma de conceitos indeterminados abstratamente estabelecidos, e que concretizados conferem direito subjetivo.

Diversamente, quando a carga de indeterminação está nos efeitos jurídicos, como alternativas disponíveis e à escolha do operador concreto da norma, ocorrente o fato, pode-se optar pela escolha de uma ou de outra consequência prevista, e aí tem-se a discricionariedade.

No *sursis* processual, detectada a sua adequação, confere-se direito subjetivo, e declarável por *habeas corpus*.

Consta no art. 41 da Lei 11.340/06 o seguinte: “*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.*”

Nessa lei, cuidou-se da despenalização por via da composição civil extintiva (a transação penal), pela representação (onde não havia), e pelo *sursis* processual.

No artigo 89 da Lei 9.099/95 é que justamente se trata da suspensão condicional do processo, nos seguintes termos: “*Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1(um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP)*”.

Logo, a um exame superficial, também a suspensão estaria excluída, pela geral referência, no art. 41 da Lei 11.340/06, à inaplicabilidade da Lei 9.099/05.

Evidentemente que a Lei da Violência Doméstica contra a Mulher disse mais do que queria, requerendo ao intérprete adequá-la ao sistema jurídico, que IHERING chamou de jurisprudência superior, bem como ao alcance e finalidade daquilo que a lei veio regular, e que se chama de interpretação teleológica, na

qual o “*espírito prevalece sobre sua letra ainda que sacrificando o sentido terminológico das palavras.*” (Jean-Louis Bergel, **Teoria Geral do Direito**, p. 332).

Na presente hipótese, quanto ao chamado resultado ou efeito da norma, e cuja interpretação pode ser declaratória, extensiva, ou restritiva, acreditamos que no caso deva ser aplicada a interpretação restritiva, e que é “aquela em que o intérprete diminui, restringe o alcance da lei, uma vez que esta, à primeira vista, disse mais do que efetivamente pretendia dizer (*lex plus dixit quam voluit*), buscando, dessa forma, apreender o verdadeiro sentido” (**Curso de Direito Penal**, Rogério Greco, p. 41).

Quando da previsão constitucional das chamadas infrações de pequeno potencial ofensivo, e do órgão jurisdicional competente para julgá-las, o legislador constituinte, no art. 98, I, da CF remeteu à lei o disciplinamento da matéria, restando aquela norma como de eficácia limitada ao comando legal, e que sobreveio na forma da Lei 9.099/95. Esta lei que estabeleceu, com a autorização constitucional, o conceito de infração de menor potencial ofensivo e o espaço de consenso pertinente a tais infrações, modificado pela Lei 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais), o que hoje, ninguém discute, se estendeu a injustos penais até o máximo de 2 anos de privação de liberdade, como sanção em abstrato estabelecida.

Para tal modalidade de crimes e contravenções, a lei direcionou com exclusividade diversos institutos, como a representação nas lesões corporais, a composição civil e a transação penal, como modelos de tutela diferenciada e alternativa à prisão. Depois estendeu essas possibilidades consensuais a certas infrações da legislação de trânsito e do meio ambiente, por exemplo, embora sem considerar que fossem infrações de menor potencial ofensivo, e aí já começando a flexibilidade do sistema, por atribuir efeitos determináveis a conceitos impróprios, para os quais diversa e originariamente aqueles foram estabelecidos.

Evidentemente, que a suspensão condicional do processo foi uma oportunidade para o espaço de consenso na Lei 9.099/95,

ainda que não seja um instituto de pertinência temática exclusiva do pequeno potencial ofensivo para o qual se direcionava, e foi inspiração daquela lei, em obediência ao comando constitucional.

Para concluir, primeiro verifica-se que a suspensão foi tratada topograficamente fora da chamada fase preliminar do procedimento, e que compreende institutos como a transação entre os artigos 69 a 76 da Lei 9.099/95. O *sursis* processual veio a ser cogitado já nas disposições finais da lei e, portanto, com destaque intencionalmente diverso, por alcançar infrações penais além das cogitadas pelo estatuto dos Juizados Especiais.

Realmente, a suspensão condicional do processo orientou-se pela *pena mínima* igual ou inferior a 1 (um) ano como dado objetivo para aplicação do instituto, diversamente do critério da *pena máxima* de dois anos como uma das características definitivas (a quantidade da pena) da menor lesividade, sendo a outra a qualidade do injusto (contravenção).

Por certo que várias infrações que têm a pena mínima estabelecida em 1(um) ano em seu máximo vão muito além dos 2 (dois) anos de pena, como limite da infração de menor potencial ofensivo. Tomem-se, por exemplos, o furto simples (art. 155 do CP), a extorsão indireta (art. 160 do CP), e o estelionato (art. 171 do CP), a receptação (art. 180 do CP), o atentado ao pudor mediante fraude (art. 216 do CP).

Além do mais, a suspensão não antecede o espaço de conflito como os demais institutos, mas já o supõe predisposto (tanto que necessita haver denúncia já recebida), funcionando como freio consensual, e não um espaço de consenso prévio à demanda penal.

Portanto, não é por uma simples oportunidade cronológica de inclusão de uma medida despenalizadora por via do processo na Lei 9.099/05 - e de alcance muito maior do que aquelas outras *medidas específicas* dos Juizados Especiais Criminais - que se irá concluir que também a suspensão condicional do processo estaria excluída dos crimes de violência doméstica e familiar contra a

mulher (porque na violência contra o homem não se tem qualquer dúvida de que possa incidir). A interpretação literal é pequena e insuficiente a tal conclusão.

Já houve oportunidade para a doutrina apreciar a questão, e assim manifestou-se:

“Alguns sustentam que o sursis processual foi estabelecido na Lei 9.099/95 em suas disposições finais e, portanto, não pertence às medidas exclusivas do JECRIM, irradiando-se para todo ordenamento penal, daí por que não poderia, agora, ser sumariamente afastado da Lei Maria da Penha em seu art. 41, que só estaria referindo-se àquelas medidas despenalizadoras específicas do JECRIM, ou seja, apenas à transação penal.

De qualquer sorte, espera-se que ao menos eventual concessão de suspensão condicional do processo seja acompanhada de injunções mais gravosas, inclusive contemplando prestações de serviços comunitários, prestação pecuniária em favor da vítima, pensionamento dos dependentes, frequência a programas e tratamentos contra drogas, alcoolismo, terapia comportamental, etc. mesmo quando, ocasionalmente, tais injunções, também se constituam em penas restritivas de direitos, porquanto sua imposição, como condição facultativa da suspensão condicional do processo, é admitida pela melhor doutrina (vide GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95. 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 355). Desta forma, a Suspensão Condicional do Processo significaria uma estratégia ágil e prática de impor restrições severas ao agressor, inclusive vedando-se-lhe a reiteração criminosa, sob ameaça de dar andamento à marcha processual.” (In Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, de Pedro Rui da Fontoura Porto, p. 55)

Isso nos parece mais significativo do que o argumento de que, admitindo-se o *sursis* processual, não haveria diferencia-

ção de tratamento entre o homem e a mulher, quando isso já é garantido pela exclusão expressa dos demais institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 - e que foi a regra de tratamento da infração de menor potencial ofensivo - sendo esta a diferença que efetivamente o legislador quis excluir, a de dar igualdade de tratamento pela banal comparação com a violência doméstica.

Portanto, o que parece (isoladamente) excluir a diferença de tratamento entre homem e mulher, na chamada violência de gênero, na verdade reforça a distinção pela valorização (no exame conjuntural) dos demais institutos alternativos à prisão, inaplicáveis na violência contra a mulher .

Em verdade, a generalidade de soluções não pode ser vista além da norma, como decerto uma de suas características, à qual se somam a abstração e a prospectividade (em alguns casos até com retroação quando benéfica), cumprindo a análise da incidência concreta do preceito ao juiz, como operador específico do direito, em face da singularidade e especialidade dos casos que lhe são submetidos; a exclusão do instituto, por força de uma singela generalidade interpretativa da lei, de forma literal, implicaria em uma avaliação *a priori* descon sideradora de que no próprio instituto da suspensão existem mecanismos para o seu reconhecimento ou negação, tal como o caso concreto se apresente, por exemplo, em uma hipótese de grave violação, ou de situação de risco maior para a mulher vitimizada, ocasião em que, pelo prudente arbítrio judicial (e do Ministério Público), evidentemente, a incidência da suspensão será recusada.

Com certeza que a admissibilidade da nossa *probation* na Lei 11.340/06 não implica em negação da ação afirmativa, por via legal, de melhor proteção à mulher, sabidamente a parte mais fragilizada no espaço de conflito da violência de gênero no âmbito familiar, mas sim na valorização de um instituto de desformalização de resultado, efetivo e equilibrado (na comutação entre cumprir exigências e satisfazer restrições, para o efeito extintivo da punibilidade), e que ultrapassa os limites daquilo que o legislador quis evitar: colocar em pé de igualdade de tratamento a

violência doméstica com as infrações de menor potencial ofensivo. Isto, aliás, foi expressamente excogitado pelo legislador no atual art. 129, § 9º do CP, com a redação da Lei 11.340/06, e cuja pena máxima está fixada em 3 anos de detenção, logo, fora dos limites da criminalidade de bagatela, no sentido de menor ofensividade penal, porém significativa.

O espaço mais amplo do instituto aqui tratado ficou bem registrado na palavra sempre presente de Maurício Ribeiro Lopes, em sua obra **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**, para quem na verdade tal instituto significa uma verdadeira mudança de mentalidade. Recusá-lo por mera interpretação literal do art. 41 da Lei da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher significaria um retorno à rigidez do princípio da obrigatoriedade de um inflexível direito penal simplesmente retributivo.

Vale a pena transcrever a lição:

“Sem qualquer sombra de dúvida, a suspensão condicional do processo é a maior novidade trazida pela Lei 9.099. Paradoxalmente, a inovação não está circunscrita aos crimes cuja competência para processo e julgamento estejam afetas ao Juizado Especial, abrangendo, seus limites, não apenas as infrações a que a lei comine pena máxima não superior a um ano (art. 61), mas desde que seja a pena mínima não superior a um ano.

*O princípio de legalidade processual, como sublinha Costa Andrade, valia como reverso de um Direito Penal que se sacrificava frente ao dogma absoluto da retribuição, da pena como “negação da negação” hegeliana. De uma Direito Penal que aspirava e acreditava na meta do **full enforcement**, da aplicação sem resíduos das normas incriminatórias a todas as condutas em abstrato subsumíveis (mas) hoje o direito penal surge em termos mais relativos: apenas como **ultima ratio** da tutela de bens jurídicos, complementarmente preordenado à estabilização das normas e à socialização do delinquente. Muito contribuíram, também, para o debitamento do referido princípio, as anotações empírico-criminológicas ati-*

*mentes aos altos índices de cifra negra (crimes não descobertos ou descobertos e não perseguidos ou perseguidos e não sancionados etc.), bem como o intrínseco funcionamento seletivo e discriminatório do sistema penal, que vieram comprovar a enorme distância - lamentavelmente frequente - entre a **law in books** e a **law in action**.” (P. 379 e 387).*

E a **law in action**, como resposta socialmente adequada, em muitos casos, será o reconhecimento e aplicação da “*probation*”, empírica e factual, a certas hipóteses como a “medida certa” pela idéia-força de maior vínculo, por ocasião da mais presente fiscalização da conduta desviada. Assim dá-lhe trilhos de recondução e readaptação à normalidade ou, como *ultima ratio*, de progredir (revogada a suspensão) para a solução sancionatória. Nessa esteira de raciocínio, há ainda a considerar que o preceito secundário do atual art. 129, § 9º do CP tem por pena máxima três anos de detenção, e o regime adequado, no caso de primariedade, será o “aberto”, por força do art. 33, § 2º, letra “c” do mesmo código, e que pouco tem de maior rigor, pedagogicamente falando.

Além disso - e certamente na maioria das hipóteses - aplicar-se-á a pena mínima, ou próximo dela (03 meses), onde a lei não veda o *sursis penal*; nos termos do art. 78, § 1º do CP, no primeiro ano de prova exige-se exatamente a prestação de serviços à comunidade - que não seria permitida por simples conversão, não pela violência à mulher, mas por força da violência à pessoa como regra geral (art. 44, I do CP) - solução menos pragmática, e que de igual modo se alcançaria com a suspensão condicional do processo, de forma antecipada, e por isso mesmo mais racional.

Quanto ao comparecimento mensal no segundo ano para justificação de atividades, mais avulta a identificação de efeito, ou requisito, entre os *sursis* penal e processual.

Assim, e em conclusão, para coerência do sistema punitivo, entendemos que desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 89 da Lei 9.099/95, que trata da suspensão condicional do processo, pode o mesmo ser aplicado às hipóteses da Lei “Maria da Penha”, competindo ao juiz do caso concreto a

análise da inclusão de condições outras - pelo fato de esse tema penal ser delicado, e inclusive alvo de ação afirmativa do Estado - como a prestação de serviço, frequência a programas de tratamento contra o alcoolismo e drogas, terapias, etc...., ressalvado o respeito ao princípio da dignidade, de foro constitucional. 📄