

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

COMINAÇÃO ALTERNATIVA DE MULTA E INSTITUTOS DA LEI N. 9.099/95

*Leonardo Jubé de Moura**

1 Introdução

Entre os principais institutos trazidos com os Juizados Especiais Criminais figura a *transação penal*, cabível para as infrações penais de menor potencial ofensivo, cujo julgamento é da *competência do Juizado*. Outro importante instituto, diverso deste, é a *suspensão condicional do processo*, de admissibilidade mais ampla, alcançando *também* crimes de competência da Justiça comum.

A Lei n. 9.099/95, como se sabe, considera *crimes de menor potencial ofensivo* (que, somados às contravenções, constituem as referidas *infrações penais* de menor potencial ofensivo) aqueles a que lei comine *pena máxima* não superior a um ano. Sobreveio, entretanto, a Lei n. 10.259/2001, que, ao cuidar dos *Juizados Especiais Federais*, elasteceu o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, como aqueles “a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Pacificou-se o entendimento, em nível doutrinário e jurisprudencial, de que a nova definição não se restringe ao âmbito da Justiça Federal, aplicando-se, também, perante a Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Já a suspensão condicional do processo não sofreu alteração com a Lei n. 10.259/2001¹. Continua regulada nos termos previstos pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, alcançando os crimes em que a *pena mínima* cominada for igual ou *inferior* a um ano. É o que se tem chamado de crimes de médio potencial ofensivo.

Questão ainda pendente de definição reside no enquadramento dos crimes a que se comina pena de multa, cumulativa ou alternativamente com a prisão. Vale dizer: qual a relevância da cominação alternada ou cumulada de multa, para o cabimento da transação (e competência do Juizado Especial) e da suspensão condicional do processo.

Tem merecido menor atenção a hipótese de cominação *cumulativa* de multa. É que, em tais casos, não se vem negando o cabimento dos institutos em relevo. Quer dizer, ainda que a pena *máxima* seja de dois anos e multa, tem-se aceitado tratar-se de crime de menor potencial ofensivo. A seu turno, mesmo que a pena *mínima* seja de um ano e multa, admite-se a suspensão do processo.

A cominação *alternativa* de multa, por outro lado, gera viva controvérsia, máxime em razão da Lei n. 10.259/2001, que, como visto, faz referência *expressa* à multa.

* Leonardo Jubé de Moura é membro do MPDFT e Professor da Universidade Católica de Brasília.

¹ Equivocado e isolado o entendimento de que teria havido alteração, veiculado pela decisão proferida no RHC 12.033-MS, tanto que retratado mediante embargos declaratórios.

2 Crimes de menor potencial ofensivo

Convém abordar, primeiro, o cuidar-se, ou não, de crimes de menor potencial ofensivo, com a conseqüente competência do Juizado Especial e cabimento da transação penal.

Primeira perplexidade nota-se, já, na existência mesma de infrações a que se comine pena superior a dois anos alternativamente com multa. Mas de fato as há. Citem-se, como exemplo, os crimes tipificados nos arts. 4º a 7º da Lei n. 8.137/90, arts. 34, 38, 42 da Lei n. 9.605/98, além do previsto no art. 280, *caput*, do CP. O paradoxo aumenta, ao constatar-se que o preceito secundário dos arts. 4º, 5º e 7º da referida Lei n. 8.137/90 comina pena de dois a cinco anos de detenção.

No sentido de levar-se em conta a pena privativa de liberdade, por ser a máxima, e não a multa, a lição de Damásio de Jesus², Luiz Flávio Gomes³, Paulo José da Costa Júnior⁴. Parece ser também a posição de Mirabete, ao afirmar que a expressão “até dois anos, ou multa” afasta crimes aos quais se comine pena de dois anos cumulativamente com multa.

De outro lado, aceitando a cominação alternativa de multa como apta a catalogar a infração como de menor potencial, mesmo que a pena máxima de prisão seja superior ao teto: Ada Grinover, Antônio Magalhães, Antônio Scarance (em co-autoria, inclusive com Luiz Flávio Gomes)⁵.

Em prol desta última posição, sustentam estes últimos autores que se leva “em conta o fato de que a previsão de multa, mesmo de forma alternativa, indica não ser intenção do legislador punir o crime com privação da liberdade, não o estimando como delito a ensejar maior reprovação social”.

Impressiona, ademais, argumento extraído da leitura do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais Federais: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Ora, tratando-se de pena isolada de multa, a hipótese seria de *contravenção penal*, conforme definido no art. 1º do Decreto-Lei n. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais)⁶.

Ocorre que as contravenções penais são julgadas pela Justiça Estadual, ainda que praticadas contra interesse da União (Súmula 38 do STJ). Ademais, o texto do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 *restringe a crimes* as infrações penais de menor potencial ofensivo – “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo [...] os crimes [...]”. De modo que

² *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

³ *Juizados Criminais Federais: seus reflexos nos Juizados Estaduais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

⁴ *Crimes contra o consumidor*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 126.

⁵ *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70 e s.

⁶ A menos que se considerassem as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 21 da Lei n. 9.605/98 (isolada, cumulativa ou alternativamente: multa; restritiva de direitos; prestação de serviços à comunidade). Ao que parece, no entanto, houve apenas derrogação da Lei de Introdução ao CP, no duvidoso afã de criminalizar condutas de pessoa jurídica.

– como “as leis não contêm palavras inúteis”⁷ – os crimes apenados, alternativamente, com multa seriam infrações de menor potencial ofensivo.

Pode-se objetar, ainda assim, que outra maneira de conferir sentido à expressão utilizada pela lei estaria em considerar crimes de menor potencial ofensivo apenas aqueles, cuja pena máxima seja de dois anos *ou* multa; a excluir, portanto, a cominação cumulativa de multa (dois anos *e* multa).

Tal entendimento é refutado por Luiz Flávio Gomes, enfatizando, primeiro, a vírgula utilizada no texto legal (“dois anos, ou multa”), o que afastaria esta última interpretação⁸. De qualquer forma, mesmo não sendo o emprego da vírgula, pelo texto legal, bastante para afastar esse entendimento, se lhe podem opor outras ponderações. A uma, o fato de conferir excessivo valor à pena de multa⁹. A duas, o mostrar-se a opção mais prejudicial ao réu.

Outra saída reside em reputar impropriedade do legislador o termo utilizado.

Com efeito, em hipóteses extremas cumpre afastar o dogma da sabedoria do legislador, e admitir-lhe falhas. Como diz Carlos Maximiliano: “Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta”¹⁰. Da hipótese sob exame parece transparecer tal evidência.

Afinal, difícil rebater o argumento de que o critério adotado para caracterização das infrações de menor potencial ofensivo, assim na originária Lei n. 9.099/95, como na Lei n. 10.259/2001, é o da *pena máxima* em abstrato, cominada para o crime. Decorre, outrossim, da idéia mesma de *gravidade*, que somente se pode aferir, *em abstrato*, pela pena máxima cominada – reprimenda que, em tese, pode vir a ser aplicada a quem se fez incurso no tipo penal correspondente.

Daí, a melhor orientação seria a de considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima de até dois anos, independentemente da cominação de multa, cumulativa ou alternativamente.

⁷ “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. n. 307).

⁸ “Porte ilícito de drogas e de arma são crimes dos Juizados Criminais”, artigo publicado pela *internet*, disponível em: <www.anpr.org.br>. Parece questionável, com a devida vênia, o alcance vislumbrado no emprego da vírgula.

⁹ Note-se que o Código Penal, ao tratar da prescrição, não confere maior relevo à pena de multa, cominada alternativa ou cumulativamente (art. 114); bem assim o CPP, ao cuidar da fiança (art. 321, I). Mas vale enfatizar que isso diz com a pena máxima. Não faria sentido o mesmo raciocínio quando se trata de enfocar a pena mínima, já que, nesse caso, ganha importância a cominação alternativa de pena de multa, que passa a ser a mínima.

¹⁰ Op. cit., n. 308. Por outro lado, vê-se que o mesmo autor, ao cuidar especificamente do direito criminal (n. 394), pondera: “Pode haver não simples impropriedade de termos ou obscuridade de linguagem, mas também engano, lapso, na redação. Este não se presume; é de rigor seja demonstrado cabalmente. Precisa-se verificar, não só a inexatidão, mas também a causa da mesma, a fim de ficar plenamente provado o erro, ou simples descuido. Releva ponderar que no Direito Criminal não se tolera a retificação efetuada pelo intérprete, quando prejudicial ao acusado; por outro lado, é de rigor fazê-la, quando aproveite ao réu”. Ocorre que, como visto, a busca de sentido para a expressão utilizada pode redundar em prejuízo ao réu, ao excluir da competência do juizado crimes com pena máxima de dois anos cumulada com multa. Outra saída poderia ser, ao invés de considerar impropriedade do termo, cogitar de revogação do conceito legal de contravenção penal, ou intenção da lei de atrair para a Justiça Federal competência para julgar contravenções penais (o que desafiaria debate sobre sua constitucionalidade).

Vem entendendo nesse sentido o E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, como se vê, entre outros, dos seguintes julgados: 20020020094798CCP – DJU, 25 jun. 2003; 20020020089617CCP – DJU, 18 jun. 2003; 20020020097552CCP – DJU, 18 jun. 2003; 20020020074285CCP – DJU, 19 nov. 2003.

No mesmo sentido decidiu o E. STJ, no REsp 201166/SP, DJ, 22 nov. 1999, rel. min. José Arnaldo. Embora a ementa do acórdão faça alusão ao art. 89, extrai-se do inteiro teor correspondente que se tratava, na verdade, da aplicação do art. 76 da Lei n. 9.099/95 (transação penal).

A polêmica, como se vê, não está superada. Ainda assim, a orientação majoritária parece inclinar-se por considerar – para aferição da competência do Juizado Especial e cabimento da transação penal – apenas a pena privativa de liberdade, ignorando-se a multa.

3 Suspensão condicional do processo

Outra questão proposta diz com a suspensão condicional do processo. Trata-se de instituto destinado a evitar o estigma do processo e da condenação penal. Diversamente da transação penal, cuida-se de transação *processual*. Sua natureza é eminentemente processual, não atingindo diretamente o *ius puniendi* estatal (STF – Plenário – HC 77242).

Como esclarece o ministro Moreira Alves (relator do referido HC 77242), “na transação do artigo 89 o réu não admite culpa, sendo uma forma pela qual ele se defende, sem contestar a acusação, mas também sem admitir a culpa ou ver declarada a sua inocência”.

Fala-se em *sursis* processual, em paralelo com o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*, art. 77 do CP), com o qual não se confunde, uma vez que na suspensão da pena há processo, condenação e aplicação de pena, a qual, no entanto, permanece suspensa, não se executa. Já na suspensão do processo, o que se obsta é o próprio processo, sem juízo de culpabilidade nem imposição de pena.

Aqui, como visto, o critério legal adotado é o de verificação da *pena mínima* cominada ao crime. O art. 89 da Lei n. 9.099/95 fala em *pena mínima cominada igual ou inferior a um ano*. Nesse ponto, repita-se, *não houve alteração* com a Lei n. 10.259/2001.

Não há negar que, havendo cominação alternativa entre prisão e multa, é a multa a pena mínima. Presume-o o sistema (que pena de multa é sempre menos gravosa que qualquer privação de liberdade), não obstante eventuais opções de índole subjetiva. Parece difícil, portanto, fugir a uma lógica evidente: 1) para o cabimento da suspensão importa a pena mínima; 2) a pena de multa, cominada alternativamente com prisão, é a mínima; 3) logo, cabível a suspensão do processo.

Boa doutrina respalda esse entendimento¹¹, valendo citar Mirabete¹², Luiz Flávio Gomes¹³, Ada Grinover *et alii*¹⁴.

¹¹ Contra: COSTA JÚNIOR, op. et loc. cit., citando julgado da turma recursal do MS.

¹² *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 261 (citando acórdãos do TACrim/SP, embora também julgado do mesmo Tribunal em sentido contrário).

¹³ *Suspensão condicional do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 212.

¹⁴ *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 249.

Em sentido *contrário*, o RHC 12036/MG, julgado pelo E. STJ, *DJ*, 4 fev. 2002, rel. min. Gilson Dipp, afirmando “irrelevante a previsão legal de pena pecuniária na forma alternativa ou cumulativa”. Extrai-se, contudo, do voto condutor do julgado, que o argumento não apresenta maior fundamentação, nem se mostra necessário à conclusão do *decisum*, que abordou os crimes de desacato (art. 331 – pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa) e tráfico de influência (art. 332 – pena de reclusão, de dois a cinco anos, e multa).

Já se viu invocar, em favor de tal orientação, que “se o legislador da Lei n. 9.099/95 não distinguiu a hipótese, é vedado ao intérprete fazê-lo” (*RT*, v. 750, p. 632)¹⁵. Ou seja, a multa alternativa seria irrelevante porque a não previu o art. 89 da Lei n. 9.099/95. Se se tratasse de valorar a cominação cumulativa de multa, seria razoável o argumento. Entretanto, o que se enfoca aqui é a cominação alternativa de multa, o que possibilita sua *aplicação isolada*. Essa a pena mínima, portanto. Ora, a lei fala em pena mínima de até um ano, isto é, qualquer que seja o mínimo legal, desde que inferior a um ano de prisão; de modo que não precisa haver expressa referência à pena de multa.

Insiste-se, ainda, em que o critério legal seria o da pena de prisão, afastando-se, então, qualquer relevância à pena de multa. *Data venia*, se se trata de apegar-se à letra da lei, é preciso leitura atenta. O texto legal fala “crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano”. Note-se bem: “*pena mínima* igual ou inferior a um ano”, não “*pena mínima de prisão* igual ou inferior a um ano”. Quer dizer: o que a lei fixa é um ano de pena máxima, abrangendo toda a escala inferior, qualquer que seja a qualidade da pena. Não há restrição à pena de prisão. Daí, nesse sentido sim, teria aplicação o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

É certo, por outro lado, que o legislador enfocou como paradigma, para a suspensão condicional do processo, o *sursis* – suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Eis, a propósito, o seguinte trecho da Exposição de Motivos da Lei n. 9.099/95, subscrita pelo deputado Michel Temer:

“Em segundo lugar, o Projeto introduz o instituto da suspensão condicional do processo, mesmo para os crimes por ele não abrangidos, em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Ou seja, na hipótese de réu primário e de pena mínima que comportaria a final a concessão de *sursis*, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor ao Juiz competente a suspensão condicional do processo [...]”.

É essa a idéia, bem anterior ao projeto, idealizada por Weber Martins Batista: evitar os percalços do processo, antecipando-lhe o resultado, sem condenação, mediante anuência do acusado. Vale dizer: já que, ao final, a hipótese provável será de *sursis*, suspendendo-se a pena, ao invés de executá-la, “será necessário levar o processo até o fim, até a declaração formal de culpa do réu?”¹⁶. Tanto assim, que se fala em “*sursis* antecipado” (Tourinho Filho).

¹⁵ MIRABETE, op. et loc. cit.

¹⁶ BATISTA, Weber M.; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Parte III, Título I, Cap. Único.

Desse modo, poderia buscar-se lastro àquele entendimento, de ser irrelevante a previsão de pena pecuniária alternativa, no fato de o *sursis* centrar-se na pena de prisão. Afinal, o *sursis* destina-se exclusivamente à suspensão da execução de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 80 do Código Penal – “A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa”.

Impende observar, todavia, que assim o é porque o objetivo do *sursis* é evitar o encarceramento, quando se cuida de pena corporal de curta duração, evitando-se os malefícios da prisão¹⁷. Verifica-se, inclusive, que somente cabe *sursis* quando não seja cabível a substituição por pena restritiva de direitos (art. 77, III, c/c art. 44 do CP).

Ocorre que a finalidade da suspensão condicional do processo é, insista-se, evitar o próprio processo, evitar a condenação mesma.

Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence (voto-vista no HC 77242): “visa evitar os inconvenientes do processo – o estigma, a distância no tempo entre o fato delituoso e a resposta penal e a economia do sistema judicial congestionado – e, conseqüentemente, a condenação e suas conseqüências igualmente deletérias para a vida futura do acusado e sua oportunidade de integração social”.

Ora, pena de multa é pena, ao lado das demais espécies de sanção penal (art. 32 do CP – as penas são: privativas de liberdade; restritivas de direitos; de multa). Pressupõe processo e condenação.

Não se pode, destarte, afastar a importância da pena de multa para a aplicação da suspensão condicional do processo. Não faria sentido prejudicar o acusado incurso em crime menos grave – tanto que comporta, em tese, pena de multa – negando-lhe a suspensão do processo. Como diz Cezar Bitencourt, “evidentemente que a suspensão do processo é a alternativa mais benéfica não só em relação à pena privativa de liberdade, mas inclusive entre as penas alternativas”¹⁸.

Se a finalidade da suspensão do processo é evitar o próprio processo, quando já se vislumbra que, em face do previsível *sursis*, não se *executará* pena privativa de liberdade; com maior razão haverá de caber quando se antevê que não haverá sequer *aplicação* de pena detentiva, independentemente de *sursis*. De ver-se que nem se cogita de negar a suspensão do processo ante a perspectiva da substituição prevista no art. 44 do CP, embora também aí não caiba *sursis*¹⁹.

4 Conclusão

À guisa de conclusão, cabe registrar que, na hipótese de cominação alternativa de multa, quando o máximo da pena de prisão cominada é superior a dois anos, é ainda

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. Capítulo XI, no qual se citam, entre outros, Aníbal Bruno e José Cirino dos Santos.

¹⁸ Op. cit., p. 116.

¹⁹ Cf. Cezar Bitencourt e Tourinho Filho, sobre não se aplicar, para aferição do cabimento da suspensão do processo, o inciso III do art. 77 do CP, que estatui como requisito do *sursis* não ser “cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”.

controvertida a caracterização de crime de menor potencial ofensivo, bem assim a conseqüente competência do Juizado Especial Criminal e o cabimento da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95).

A polêmica ganhou força com o advento da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), cujo art. 1º, ao definir crimes de menor potencial ofensivo, faz expressa referência à multa, nestes termos: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

É possível considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles a que se comina pena de multa alternativamente, ainda que a pena privativa de liberdade máxima seja superior a dois anos. Tal solução, no entanto, colide com o critério centrado na pena máxima. Pode-se, por outro lado, entender que a cominação alternativa de multa não se afigura relevante. Este último entendimento vem se mostrando majoritário.

Quanto à suspensão condicional do processo, que tem por parâmetro a pena mínima, mostra-se difícil afastar seu cabimento na hipótese de cominação alternativa de multa, uma vez que esta passa a ser a sanção mínima. Nem mesmo os argumentos centrados na letra da lei podem conduzir a entendimento diverso, tanto menos a interpretação sistemática do instituto.