

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO X PROCEDIMENTO SUMÁRIO

Alteração na Lei 11.719/08

Ernani Souza Cubas Junior

Procurador de Justiça - Coordenador do CAOP Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná

Rosângela Gaspari

Promotora de Justiça do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba e atualmente lotada no CAOP Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná

A Lei 11.719, que entrou em vigor em 22 de setembro de 2008, trouxe alterações na disciplina dos ritos processuais, estabelecendo que o procedimento será comum ou especial, consoante regra expressa constante no § 1º, do art.394, do Código de Processo Penal.

Por comum, entende-se aquele aplicável a todos os processos (regra geral) e o especial aquele previsto em legislação especial (Lei de Drogas, por exemplo) ou em regras específicas no próprio Código de Processo Penal, como nos crimes falimentares ou de responsabilidade de funcionários públicos.

O comum, por sua vez, será ordinário, sumário ou sumaríssimo e essa classificação é feita pelo critério da pena máxima cominada ao crime, consoante se infere do novo texto legal, *in verbis*:

“Art.394. O procedimento será comum ou especial.

§ 1º. O procedimento comum será ordinário, sumário ou sumaríssimo:

I - ordinário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

II - sumário, quando tiver por objeto crime cuja sanção máxima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade;

III - sumaríssimo, para as infrações penais de menor potencial ofensivo, na forma da lei.”

Essa classificação pode gerar dúvidas de ordem prática quanto à adoção do procedimento apropriado em hipóteses de concurso de crimes ou causas de aumento e diminuição. Vale dizer, na hipótese de processos criminais que tenham como objeto delito de tentativa de furto ou de estelionato, o rito seria ordinário ou sumário em razão da causa de diminuição de pena? E nos casos de concurso material entre crimes que somadas as penas máximas ultrapassam 4 (quatro) anos, embora isoladamente sejam inferiores a esse patamar?

Após reflexão sobre o tema, concluímos que a melhor solução jurídica advém da utilização de interpretação sistemática¹ da nova redação do art.394, do Código de Processo Penal, aliada à preocupação de se resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Valendo-se da interpretação sistemática - compreendida como aquela que *“atende à conexão entre as partes do dispositivo, e entre este e outras prescrições da mesma lei, ou de outras leis; bem como à relação entre uma, ou várias normas, e o complexo das idéias dominantes na época. A verdade inteira resulta do contexto, e não de uma parte truncada, quiçá defeituosa, mal redigida, examine-se a norma na íntegra, e mais ainda: o Direito todo, referente ao assunto. Além de comparar o dispositivo com outros afins, que formam o mesmo instituto jurídico, e com os referentes a institutos análogos; força é, também, afinal pôr tudo em relação com os princípios gerais, o conjunto do sistema em vigor”*² - percebe-se que a palavra “sanção máxima cominada” indica efetivamente que se deve procurar atingir o limite máximo da pena que pode, em tese, ser imposta ao acusado. Assim, tratando-se de tentativa, a pena máxima que poderá ser aplicada ao réu nunca será a do crime consumado, mas sim a calculada com base nos percentuais de causa de diminuição prevista no parágrafo único do art. 14, do Código Penal, razão pela qual entendemos deva esta ser considerada para fins de fixação do procedimento apropriado.

¹ *“Consiste o processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, segundo nos ensina Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1961, 7ª. ed., p. 164.*

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.129-130.

E para se chegar a pena máxima cominada a um crime tentado, o **quantum** da causa de diminuição – variável entre um a dois terços – deve ser sempre o menor previsto. Desta forma, a resposta à primeira indagação antes formulada (hipótese de estelionato tentado) seria que o rito a ser adotado deve ser o sumário, pois embora na forma consumada o estelionato possua pena máxima de 05 anos (portanto, de rito ordinário – **ex vi** art.394, I, do CPP), a causa de diminuição pela tentativa, em seu grau mínimo (1/3 de redução), atinge uma pena máxima de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses. Logo, sendo inferior a 4 (quatro) anos, o rito é o sumário, nos termos do art. 394, II, do CPP.

Já nas hipóteses de incidência de causa de aumento, o raciocínio é o inverso: o **quantum** a ser utilizado para o cálculo deve ser o maior, pois assim se chegará a “sanção máxima cominada”. Em suma, o cálculo a ser feito é sempre aquele com fins a verificar a situação mais gravosa ao réu, já que a preocupação deve estar voltada para o estabelecimento da pena máxima (art. 394, do CPP) que poderá lhe ser aplicada.

Esse raciocínio encontra importante precedente quando da interpretação da Lei 9099/95, pois, do mesmo modo, também não foram desprezadas as causas de aumento e diminuição da pena para efeito de adequação ao conceito de infração de menor potencial ofensivo. Sobre o tema, LUIZ FLÁVIO GOMES assevera que *“Recorde-se que para se descobrir a pena máxima de um delito devemos, quando o caso, levar em conta eventuais causas de aumento de pena (trabalhando com o limite máximo) assim como as causas de diminuição (dando aplicação ao redutor mínimo: por exemplo, um terço na tentativa). Crime punido com dois anos no máximo, se tem uma causa de aumento*

de pena e extrapola o limite legal, não entra no conceito de infração de menor potencial ofensivo. Crimes muito graves, com penas elevadas (homicídio, v.g.), ainda que tentados, tampouco admitirão transação penal (porque, mesmo havendo redução da pena, ela ultrapassa o limite de dois anos)”. “(...) Quando houver tentativa, deve-se considerar o máximo da pena prevista e o mínimo de redução pela tentativa, pois só assim será atingido o máximo de pena para o crime tentado que não poderá ser superior a um ano (dois anos).”

Ainda relembrando os precedentes similares, veja-se que tem se admitido a suspensão condicional do processo para crimes de furto qualificado tentados, tendo prevalecido o entendimento adotado pela Professora Ada Pellegrini Grinover no sentido de que para o cálculo do apenamento em abstrato, deve-se levar em conta a tentativa, com redução no seu grau máximo (2/3), já que o art.89, da Lei 9099/95 trata com a hipótese da *pena mínima* prevista: “ *Nas causas de aumento e diminuição deve-se considerar o máximo da diminuição em abstrato (pois é desse modo que se descobre a pena mínima). Nas causas de aumento, impõe-se a adoção do mínimo de aumento (porque assim descobrimos a pena mínima cominada em abstrato). (...) O furto qualificado tentado, por exemplo, pela pena em abstrato, admite a suspensão*”³

É a posição dominante de nossos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que não despreza essas causas de aumento ou diminuição para verificação das hipóteses de suspensão condicional do processo (art.89, da Lei 9099/95). Neste sentido é clara a fundamentação da 5ª. Turma da Corte Superior de

³ GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, in Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei 9099, de 26.09.1995, 4ª edição, editora RT, 2002, p.259.

Justiça, asseverando que “ (...) **1. Para efeito da suspensão condicional do processo, é de ser considerada a causa de diminuição da pena prevista no art. 14, II do CPB (crime tentado), aplicando-se, neste caso, a redução máxima (2/3) a fim de averiguar a pena mínima em abstrato....** (...). (Processo HC 84608 / SP, HABEAS CORPUS 2007/0132409-6, Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133), 5ª. Turma, Data do Julgamento 17/04/2008, Data da Publicação/Fonte DJe 12/05/2008 – original sem destaques)

Igualmente a majoração das penas nas hipóteses de concurso – seja material, continuado ou formal – deve ser considerada para fins de determinação do procedimento pertinente, de acordo com os critérios de cada um deles. Vale dizer, se for concurso material, as penas deverão ser somadas (**ex vi** art.69, do CP); se for concurso formal, a majorante deve ser computada no máximo com aumento de metade (**ex vi** art.70 do CP) e se for continuidade delitiva, deve-se considerar o aumento máximo de dois terços (**ex vi** art.71, do CP), tudo com o fim de se obter a “pena máxima”.

Na mesma esteira de interpretação, embora com raciocínio inverso porque se trata de norma com referência à **pena mínima**, não foi outro o entendimento doutrinário e jurisprudencial esposado quando da análise do cabimento ou não da suspensão condicional do processo, previsto no art.89, da Lei 9099/95, consoante se vê do teor das Súmulas 723 do STF (“*Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano*”) e 243 do STJ (“*O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material,*

concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano”).

De qualquer modo, traçamos as comparações interpretativas das regras da Lei 9099/95 apenas para demonstrar a existência de precedentes doutrinários e jurisprudenciais com a mesma linha argumentativa ora trilhada no que se refere à atual norma do art. 394, do Código de Processo Penal.

Demais disso, anote-se que a doutrina especializada, ao comentar as alterações trazidas pela Lei 11.719/08, também vem se firmando na posição esposada neste pronunciamento, consoante se infere das ponderações do processualista e Procurador da República Andrey Borges de Mendonça⁴, que ao analisar a classificação dos procedimentos e os reflexos das causas de aumento e diminuição e das circunstâncias atenuantes e agravantes assevera:

“... relativamente às causas de aumento e diminuição, como alteram a pena prevista em seu mínimo ou máximo, devem ser consideradas para fins de verificação de qual o procedimento aplicável. Realmente, se um delito possui pena máxima prevista de três anos e há uma causa de aumento de um terço, a pena máxima cominada será de quatro anos. (...)

Assim, por exemplo, o delito de abandono de incapazes (art.133 do CP), em sua forma simples (detenção de seis meses a três anos), deverá tramitar pelo procedimento sumário. No entanto, se o abandono de incapazes, na sua forma simples, for praticado em local ermo, incidirá a causa de aumento de um terço

⁴ MENDONÇA, Andrey Borges, in Nova Reforma do Código de Processo Penal, editora Método, 2008, São Paulo, p.254.

prevista no inciso I do § 3º do art.133 do CP, razão pela qual o procedimento será o ordinário (pena máxima de quatro anos). Da mesma forma, se do abandono resultar lesão corporal de natureza grave (reclusão de um a cinco anos), o crime deverá ser objeto do procedimento ordinário.

(...)

Por fim, as circunstâncias agravantes ou atenuantes, como não podem alterar o limite mínimo e máximo da pena, não interferem no procedimento a ser aplicado.”

Ao abordar a **questio** na obra “Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito”, Rogério Sanches Cunha, Luiz Flávio Gomes e Ronaldo Batista Pinto⁵ exemplificaram a hipótese de concurso material da seguinte maneira: “*Na hipótese de concurso de crimes, cujas penas isoladamente não atinjam os quatro anos, mas somente quando somadas, deve ser aplicado o procedimento ordinário. Suponha-se um crime de homicídio culposo (pena máxima três anos – art.121, 3 do CP), no qual o agente, após perpetrá-lo, oculta o cadáver (pena máxima de três anos – art.211 do CP). Somam-se, então, as penas e, por conseqüência, se adota o rito ordinário, em tese mais amplo, capaz, por isso, de enaltecer os princípios da ampla defesa e do contraditório.”*

Concluimos, em síntese, que para verificar o procedimento adequado no caso concreto, deverão ser observadas as regras das causas de aumento e de diminuição, bem como de concurso

⁵ GOMES, Luiz Flávio, in Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e das Leis de Trânsito: Novo procedimento do Júri (Lei 11.689/2008).../Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanches Cunha; Ronaldo Batista Pinto. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2008, p.336.

de infrações, que interferem na pena máxima que poderá ser imposta ao acusado.