

2. DOCTRINA NACIONAL

CONEXÃO E CONTINÊNCIA NA LEI N. 9.099/95

SIDNEY ELOY DALABRIDA

Pacificamente reconhecidas como causas modificadoras da competência, disciplinadas nos arts. 76 *usque* 82, do CPP, a conexão e a continência, em suas variadas formas de manifestações, determinam a unidade de processo e julgamento, ou seja, as infrações penais interligadas em função da conexão e continência devem ser processadas e julgadas em um *simultaneus processus*, pelo juízo competente para a apreciação da infração penal que, diante das regras processuais, exerça a *vis attractiva* sobre as remanescentes, ressalvadas naturalmente as exceções legalmente estabelecidas, o que permitirá uma abrangente visualização dos fatos e de todo contingente probatório, possibilitando assim uma justa e precisa prestação jurisdicional.

Superadas as discussões sobre as resistências mais veementes que de início foram opostas ao novo modelo consensual de justiça implantado com a Lei que revolucionou o sistema processual penal brasileiro (n. 9.099/95), e já consolidadas algumas práticas a nível procedimental, restam inúmeras questões que ainda suscitem intensa polêmica, dentre as quais avulta a que se relaciona com o tema proposto – conexão e continência e a Lei 9.099/95.

Verificando o Promotor de Justiça, após a análise dos termos circunstanciados ou mesmo do inquérito policial, a existência de dois ou mais delitos interligados *ratione conexitatis* ou pela

continência, figurando entre eles infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61, Lei 9.099/95), tem-lhe ocorrido: aplicam-se as regras que fixam o *forum attractionis* previstas no art. 78, do CPP, motivadoras da reunião dos processos para julgamento único, o que implica o oferecimento de uma única denúncia perante o Juízo da atração abrangendo todas as infrações penais, ou a hipótese implica a quebra da unidade, disjunção dos processos e conseqüente pluralidade de julgamento, em virtude do que de rigor será o oferecimento de denúncia, em separado, perante o Juizado Especial Criminal?

No encaminhamento dessa questão estão sendo seguidos os mais variados direcionamentos, o que tem conseqüentemente implicado a adoção de uma indesejável diversidade de procedimentos, revelando a necessidade de uniformização da atuação, eliminando-se, assim, os conhecidos reflexos negativos advindos desta praxis, notadamente os decorrentes da apreciação de matéria por juízo incompetente, sem falar no desrespeito a garantia constitucional do devido processo legal, também em virtude da tramitação totalmente irregular do processo, já que corolário do inafastável princípio é o direito do acusado ao regular desenvolvimento do processo segundo a forma preestabelecida legalmente.

Para a hipótese anteriormente figurada, segundo pesquisa que realizamos junto às Comarcas do Estado, são estes,

basicamente, os posicionamentos adotados:

1. Oferecimento de denúncia única perante o Juizado Especial Criminal (nas comarcas com varas específicas), abrangendo todas as infrações penais ligadas pela conexão ou continência;

2. Oferecimento de denúncia única perante o Juízo Comum (nas comarcas com o Juizado Especial Criminal instalados em varas específicas), descrevendo todos os delitos, inclusive os de menor potencial ofensivo;

3. Oferecimento de denúncia perante o Juizado Especial Criminal relacionando as infrações de sua competência e, em separado, denúncia junto ao Juízo Comum abrangendo as demais infrações penais.

A primeira opção é absurda, padecendo todos os processos julgados pelo Juizado Especial Criminal de incontornável vício de nulidade absoluta (art. 564, inc. I, CPC), passível de arguição em qualquer fase do procedimento, até mesmo quando já prolatada sentença condenatória e suas vias impugnativas tenham precluído, caso em que poderá ser atacada inclusive via *habeas corpus*. A razão é simples. A competência do Juizado Especial Criminal foi firmada a nível constitucional (art. 98, inc. I, CF), restringindo-se à conciliação (composição e transação), processo, julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo. É competência que delimita o poder de julgar em razão da natureza do delito (*ratione materiae*), e, sendo assim, absoluta. Logo, na ausência de disposição legal permissiva, é inadmissível a submissão a processo pelo Juizado Especial Criminal de outras infrações penais, sob pena de nulidade absoluta. Desta forma, a denúncia oferecida perante o Juízo Especial Criminal somente poderá abarcar infrações penais que ostentem menor potencia-

lidade lesiva, assim entendidas "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial" (art. 61, Lei 9.099/95), não havendo possibilidade de ocorrência de um *simultaneus processus*.

Por outro lado, sem afastar a possibilidade de adoção da segunda opção, atrevo-me a combater o argumento até aqui levantado pela doutrina para justificá-la, assim sintetizado pelo consagrado Julio Fabbrini Mirabete: "Tratando-se de continência ou conexão nas hipóteses de crimes comuns, na ausência de norma específica sobre a hipótese dos Juizados Especiais, a competência é determinada pelo juízo competente para processar e julgar o crime mais grave, aplicando-se o art. 78, II, do CPP" (in *Juizados Especiais Criminais*. Atlas, 1997. p. 34 - grifos meus).

Preconizam aquele procedimento os insígnies Damásio E. de Jesus (in *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. Forence, 1995, p. 40), Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes (in *Juizados Especiais Criminais*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 65), Marino Pazzagliani Filho, Alexandre de Moraes, Gianpaolo Poggio Smanio, Luiz Fernando Vaggione (in *Juizado Especial Criminal*, Atlas, 1996, p. 28) e ainda Weber Martins Batista Luiz Fux (in *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*, Forence, 1997).

Permito-me divergir do enfoque conferido à questão pela doutrina citada, por entender inaplicável ao caso a regra processual de fixação do juízo da atração que lhe serve de fundamento, prevista no art. 78, inciso II, do CPP, estabelecendo que no concurso de jurisdições da mesma categoria preponderará

a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave, fator que obrigatoriamente fixará o Juízo Comum como competente para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conexas ou continentes com as demais.

A omissão da Constituição Federal e da própria Lei 9.099/95 no que se refere aos casos de conexão e continência, apesar das regras processuais-penais serem aplicadas subsidiariamente, conforme previsão expressa da Lei 9.099/95 (art. 92), não autoriza o manejo da citada norma processual, porquanto a sua utilização, *in casu*, implicará a alteração de competência constitucionalmente definida (art. 98, inc. I, CF). Ao se remeter ao Juízo Comum os processos relativos a infrações penais de menor potencial ofensivo em virtude de previsão infraconstitucional (art. 78, inc. II, CPP) estar-se-ia, em última análise, negando vigência a preceito constitucional.

Como se sabe, a delimitação do poder jurisdicional é realizada em vários planos, sendo o primeiro deles a Constituição Federal, não podendo a lei discipliná-la de forma a afastar competências nela expressamente previstas, sob pena de sobre ela se projetar o vício da inconstitucionalidade. Assim, a distribuição pela via legislativa comum da jurisdição entre os vários órgãos do Poder Judiciário encontra seu limite na Constituição Federal sempre que esta expressamente já houver atribuído o poder de julgar a determinado órgão.

Assim, embora jurisdição de idêntica categoria, não há falar-se em prorrogação de competência do Juízo Comum para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo conexas ou continentes, posto que tal implicaria no afastamento de competência constitucionalmente definida, o que, à evidência, não pode ser admitido.

Em outras palavras, se a própria Constituição Federal determina no art. 98, inciso I, que o Juizado Especial Criminal é competente para o processo e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, não pode a lei ordinária alterar o dispositivo constitucional. Nada impediria que a própria Constituição atribuisse tal competência a outro órgão da justiça. Não, porém, lei infraconstitucional.

Sendo assim, por decorrência lógica, é defeso ao operador jurídico valer-se de interpretação que conduza ao mesmo fim, devendo, no caso, desprezar a regra do art. 78, inciso II, do CPP, porquanto sua aplicação inegavelmente afronta o Texto Maior.

Tomemos por exemplo o Tribunal do Júri, cuja competência também se encontra definida a nível constitucional (art. 5.º XXXVIII, letra d, CF), delineada igualmente em função da matéria – crimes dolosos contra a vida –. A regra processual de determinação da competência estabelece que na hipótese de concurso entre a competência do Júri e de outro órgão da jurisdição, prevalecerá a competência do Júri (art. 78, inc. I, CPP). Indago: poderia o legislador, sem ferir o texto constitucional, retirar a competência do tribunal do júri para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida em caso de conexão ou continência, atribuindo-a a outro órgão da jurisdição? Certamente não. O Excelso Pretório, provocado, seja pelo controle concreto ou mesmo difuso, não exitaria em proclamar a inconstitucionalidade da norma, justamente porque a Carta Magna fixou a competência do Tribunal Popular, não sendo lícito ao legislador alterá-la sob qualquer pretexto. Portanto, optou o legislador pela única solução compatível com a disposição constitucional, ou seja, estender ao Tribunal do Júri a competência para o processo e julga-

mento da infração penal conexa ou continente.

Ainda nessa linha de raciocínio, poderia o Código de Processo Penal, em caso de concurso de jurisdição de diversas categorias, estabelecer como predominante a de menor graduação, ao invés do contrário, conforme consta no art. 78, inciso III? Também não, porquanto previsão desta natureza faria letra morta a disposição constitucional que por exemplo estabelece competência especial por prerrogativa de função aos Promotores de Justiça. Optou, pois, o legislador pela única alternativa compatível com a norma constitucional.

Portanto, na distribuição da jurisdição a nível infraconstitucional é defeso o estabelecimento de regras que modifiquem competências constitucionalmente definidas, o que importa reconhecer como inaplicável a regra do art. 78, inciso II, do CPP, aos casos de conexão e continência envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo.

Desta maneira, constatando o Promotor de Justiça a existência de conexão ou continência de quaisquer delitos com infrações penais de menor potencial ofensivo, como regra, o caminho devido é o oferecimento, em separado, de denúncia perante o Juizado Especial Criminal abrangendo aquelas que se inserem no conceito do art. 61, da Lei n. 9.099/95, com a disjunção dos processos.

Não se ignoram as conhecidas inconveniências resultantes da cisão dos processos, como a múltipla produção de diversos atos processuais e principalmente a possibilidade de decisões conflitantes. Todavia, não há como admitir a unificação dos processos para a obtenção de decisão unitária frente a presença do óbice apontado, que reputo intransponível.

Convém, porém, lembrar que o *simultaneus processus* em caso de conexão e continência não foi fixado como regra absoluta. O próprio Estatuto Processual Penal excepciona o princípio em várias oportunidades, como diante do concurso entre a jurisdição comum e a militar, o juízo comum e o de menores, prevendo ainda que cessará a unidade do processo se, em relação a algum co-réu, sobrevier a hipótese de doença mental após a prática da infração penal (art. 152), ou mesmo que tal unidade não implicará a do julgamento se houver co-réu foragido que não possa ser julgado a revelia, ou ocorrer a hipótese do art. 461 do mesmo Código (art. 79, CPP). Mais, permitiu a separação facultativa dos processos em determinada circunstâncias, evidenciada a sua conveniência (art. 80, do CPP).

Disciplinou, ademais, expressamente, a possibilidade de, não obstante a conexão e continência, a instauração de processos diferentes, permitindo a unidade dos processos para efeito de soma ou unificação das penas, portanto, após a sentença definitiva (art. 82, do CPP).

Como se vê, a quebra da unidade de processo em casos de conexão e continência com a consequente pluralidade de julgamentos foi admitida pelo próprio Código de Processo Penal em várias hipóteses, não se podendo falar que a providência importaria nulidade dos processos, conforme iterativo entendimento jurisprudencial, inclusive emanado do Pretório Excelso (v. Habeas Corpus n. 74.470-2, relator: Min. Mauricio Corrêa; Habeas Corpus n 57.764-SP, in *RTJ*, 94/135).

Contudo, no âmbito dessa discussão, o que me parece necessário destacar são os casos de ocorrência de concurso de crimes, previstos nos arts. 69 (concurso material), 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado), envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo.

O fator determinante da prorrogação da competência em tais hipóteses, ao contrário do que, com extremada ênfase, vem sendo defendido por juristas de nomeada, não é a existência de conexão ou continência, o que, não fosse a apontada ressalva, justificaria a invocação da regra inserta no art. 78, inciso II, do CPP, mas sim a natureza do concurso e seus naturais reflexos.

Como dito alhures, a competência do Juizado Especial Criminal restringe-se à conciliação, julgamento e à execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (arts. 98, inc. I, CF, e 60, da Lei n. 9.099/95), assim definidas “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial” (art. 61, Lei n. 9.099/95 grifos meus).

O critério utilizado pelo legislador para a identificação da potencialidade lesiva de determinado crime foi a pena que lhe foi *abstratamente cominada* pela lei penal. Esta a razão que possibilita por exemplo a submissão aos efeitos da Lei n. 9.099/95 de crime que, se consumado, não se ajustaria àquela definição, mas que, por ter sido tentado, com a redução prevista no art. 14, parágrafo único, do CP a ela se harmonizaria.

Ocorre que a lei não catalogou os crimes que entendeu de menor potencial ofensivo (lesão corporal, receptação culposa, etc), mas fixou um parâmetro de determinação dessa circunstância — *pena cominada em abstrato* —, de sorte que todas as causas que sobre ela se projetem devem ser consideradas para o efeito de determinação de seu potencial ofensivo, porquanto integram o fato criminoso praticado, agravando ou diminuindo a sua gravidade, embora não lhe modifique a essência.

Novamente exemplificando, no caso da lesão corporal culposa (129, § 6.º, CP), que em princípio é infração penal de menor potencial ofensivo, visto que a pena máxima não excede a um ano, uma vez agravada pelas circunstâncias do § 4.º, do art. 121, do CP (§ 7.º, do 129, do CP), perderá tal característica, em face do aumento de pena de um terço que se dá sobre a pena cominada em abstrato.

Portanto, as causas genéricas e especiais de aumento ou diminuição de pena previstas na Parte Geral ou Especial do Código Penal que interfiram na pena cominada à infração de menor potencial ofensivo devem ser consideradas para efeito de determinação da potencialidade lesiva do delito e, portanto, da competência para a sua apreciação.

O concurso formal e o crime continuado inegavelmente constituem circunstâncias legais genéricas de aumento de pena, de aplicação impositiva, que se projetam sobre a pena cominada em abstrato. Obrigatoriamente, portanto, devem ser consideradas por ocasião da aferição da potencialidade lesiva do delito.

Como nas hipóteses de concurso entre infrações penais de menor potencial ofensivo e delito de natureza diversa, com a elevação da pena em abstrato por decorrência da regra que lhes é pertinente, o limite legal de determinação da natureza do delito restará superado, tem-se como inadmissível a proclamada cisão dos fatos, porquanto aquele crime que, a princípio se ajustava ao conceito legal, diante da causa de aumento de pena, perdeu a característica que a lei lhe emprestava. Não mais se tratando de crime de menor potencial ofensivo, deverá ser processado no Juízo da atração, segundo as regras comuns, não se podendo falar em separação dos processos ou aplicação das normas da

Lei 9.099/95, exceto quanto à exigência de representação para os crimes de lesões corporais dolosas leves e culposas (art. 88).

Ainda que se trate de concurso material de crimes (art. 69, do CP), outra não pode ser a solução, até mesmo porque implicaria em se privilegiar situação que retrata uma gravidade inegavelmente maior àquela traduzida nos casos de concurso formal e crime continuado, o que por óbvio não foi o objetivo do legislador, centrado na mitigação da repressão penal sobre os delitos de menor potencialidade lesiva, característica que se afasta com a ocorrência de *concursum delictorum*.

Não podendo se considerar as infrações penais praticadas, uma vez verificada a ocorrência de concurso material, formal ou crime continuado, como de menor potencial ofensivo, não há falar-se em tais hipóteses, até sob pena de se oficializar a impunidade, na aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei n 9.099/95.

Face ao exposto, embora reconheça que o entendimento esposado desafia a doutrina produzida sobre o tormentoso tema, concluo:

a) Havendo conexão ou continência entre infrações de menor potencial ofensivo e outras de natureza diversa, via de regra, impõe-se a disjunção dos processos, devendo o Promotor de Justiça, portanto, oferecer denúncias em separado perante os respectivos juízos competentes, face a inaplicabilidade do art. 78, inciso II, do CPP, por importar sua incidência afronta à Constituição Federal;

b) Tratando-se de concurso material, formal ou crime continuado, envolvendo infrações penais de menor potencial ofensivo, caso diante da aplicação das regras pertinentes, restar superado o limite previsto no art. 61 da Lei 9.099/95 (pena máxima não superior a um ano), deverá ser oferecida denúncia única, abrangendo todos os delitos, a ser ajuizada no Juízo Comum, desprezadas as regras da Lei 9.099/95, exceto as do art. 88.