

Divergência entre Promotor de Justiça e Magistrado quanto à incidência, ou não, da causa de aumento de pena prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, do que resultou a negativa de formulação da proposta de suspensão condicional do processo. Incidência da referida causa de aumento de acordo com a melhor orientação da doutrina e da jurisprudência. Impossibilidade, não obstante, de intervenção da Chefia Institucional quando já fixada a imputação pelo Promotor Natural.

ASSESSORIA CRIMINAL
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO: MP Nº 5172/00

ORIGEM: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Duque de Caxias
(Processo nº 25.724)

Remessa dos autos à Chefia do Parquet na forma do art. 28 do Código de Processo Penal, aplicado analogicamente. Divergência entre o presentante do Parquet e o Magistrado quanto à incidência da causa de aumento de pena prevista no §4º do artigo 121 do Código Penal (inobservância de regra técnica de profissão), do que resultou a negativa, pelo Promotor de Justiça, de formulação da proposta de sursis processual. Hipótese em que, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, impossível afastar-se a referida causa de aumento. Além de tal aspecto, mostra-se inconcebível a intervenção da Chefia do Parquet quando já fixada pela denúncia, devidamente recebida, a extensão da imputação. Parecer, pois, pela devolução dos autos ao douto Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, com as homenagens de estilo.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

Cuida-se de remessa dos autos do Processo nº 25.724 pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias à Chefia do Parquet, remessa determinada pela r. decisão de fls. 122/125.

A hipótese diz respeito a denúncia oferecida pelo Ministério Público em face de *Elci Antônio da Silva* pela suposta prática da conduta prevista no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal.

Devidamente recebida a inicial (fl. 02), já produzida a prova oral e ofertadas as alegações finais pelas partes, o douto Juízo determinou a

devolução dos autos ao Ministério Público a fim de que apreciasse a possibilidade de suspensão condicional do processo diante do, ao ver daquele Juízo, provável afastamento da causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, isto porque, nos termos da jurisprudência (HC nº 1063/575, Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo), “... a majorante do § 4º do art. 121 se confunde com a própria imprudência, em se tratando de motorista profissional, já que as normas de trânsito são comuns a todos os motoristas habilitados” (fl. 120v.).

Ocorre que o presentante do Ministério Público, por intermédio da promoção que se vê às fls. 121/121v., entendeu inaplicável à hipótese a jurisprudência referida pela culta Magistrada, deixando, em consequência, de formular a proposta de suspensão condicional do processo alvitada pelo Juízo.

Tal postura do ínclito Promotor de Justiça deu ensejo à decisão de fl. 122, a qual, além de manter o anterior pronunciamento judicial no sentido do afastamento da já referida causa de aumento de pena, inclusive citando um acórdão de nosso egrégio Tribunal de Justiça, findou por determinar a vinda dos autos à Chefia do Ministério Público a fim de que se deliberasse a respeito do cabimento, ou não, do *sursis* processual.

Este é o relatório.

De início, cumpre severar que, *concessa maxima venia*, diversamente do afirmado pela douta Magistrada à fl. 120v. e ao depois reiterado na decisão de fls. 122/125, a jurisprudência não é firme no sentido de afastar a majorante prevista na primeira parte do §4º do art. 121 quando a inobservância da regra técnica constitui a próprio conduta culposa praticada pelo agente. Com efeito, se é certo que alguns acórdãos encampam tal entendimento (v.g. o publicado na RT nº 656/296), tem-se em lapidar precedente do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio Grande do Sul a orientação oposta, merecendo transcrição a elucidativa ementa do acórdão prolatado na Apelação Criminal nº 295.061.097, 2ª Câmara, *verbis*:

“A circunstância majorante do art. 121, § 4º, CP, 1ª parte, não se confunde com a imprudência, a imperícia ou a negligência. Estas são modalidades da culpa, *situadas, na topologia estrutural do delito, no tipo.*

Já a inobservância de regra técnica importa em maior reprovabilidade da conduta, seja qual for a modalidade de culpa. *Situa-se, portanto, na culpabilidade (= reprovabilidade), juízo de valor que incide sobre o autor.*” (acórdão integralmente publicado na RT nº 731, pp. 644 e segs.) – g.n.

O referido precedente foi buscar apoio na seguinte lição de HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *in verbis*:

“A agravação surge através de um plus de culpabilidade e jamais poderia ser reconhecida em elementos que integram a conduta típica ou a definição do delito em sua hipótese fundamental. Como assinala BURNS (‘strafzumessungsrecht’, 1967, p. 96 e 335), um dos primeiros erros jurídicos descobertos pela teoria da aplicação da pena foi o da inadmissível dupla valoração de características do tipo, considerado de novo pelo juiz na identificação de certos agravantes.

No crime de homicídio culposo e no de lesões corporais culposas, a pena é agravada se o fato foi praticado ‘com inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício.’

Tal dispositivo só se aplica quando se trata de um *profissional*, pois somente em tal caso se acresce a medida do dever de cuidado e a reprovabilidade da falta de atenção, diligência ou cautela exigíveis. Se não se trata de um *profissional*, o componente da culpabilidade não excede o que regularmente se requer para a configuração do crime culposo em sua hipótese típica básica, de modo que o reconhecimento da agravante significaria uma dupla valoração inadmissível.

Se alguém constrói um muro divisório de seu terreno e se tal muro vem a ruir causando a morte, por ter sido edificado com inobservância de regras técnicas, parece evidente que uma culpa agravada só poderia ter um técnico na construção de muros. *Quem, não sendo técnico, se lançasse à construção de um muro, seria apenas culpado da imprudência elementar ao crime culposos.*

A maior responsabilidade surge somente pelos acrescidos deveres que tem o profissional. Se o muro for construído por um profissional, com inobservância dos deveres de seu ofício, a *censurabilidade* será bem maior, porque o *profissional está adstrito a mais graves responsabilidades.*” (HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Parte

Especial - arts. 121 a 160, 6ª edição, Forense, pp. 63/64 – os grifos não constam do original),

lição da qual, embora mais resumidamente, não dissente o Professor DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS:

“A qualificadora só é aplicável a *profissional*, uma vez que somente nessa hipótese é maior o cuidado objetivo necessário, mostrando-se mais grave o seu descumprimento. *Quando se trata, por exemplo, de motorista amador, o grau de censurabilidade da inobservância do dever de cuidado não vai além do que normalmente se exige para a existência do crime culposos. A incidência da qualificadora significaria aplicar pena e agravá-la diante da mesma circunstância.*” (DAMÁSIO E. DE JESUS, *Direito Penal*, 2º Volume, Saraiva, 1995, p. 79) – g.n.

Desta forma, sob pena de esvaziamento da regra contida no mencionado § 4º do artigo 121, não há que se falar no afastamento da causa de exasperação da reprimenda.

De qualquer modo, sem prejuízo de todo o exposto, não nos parece viável, salvo melhor juízo, a invocação do art. 28 do Código de Processo Penal ao caso sob exame, sequer analogicamente.

E isto porque, não obstante o egrégio Supremo Tribunal Federal já tenha consagrado o mecanismo de controle previsto no citado dispositivo para a hipótese em que o Promotor de Justiça, *ao oferecer a denúncia*, deixa de formular a proposta de suspensão condicional do processo, dela discordando o Juiz, no presente caso a formulação da proposta de *sursis* processual pelo Procurador-Geral de Justiça importaria em alteração dos lindes objetivos da imputação, já fixados por ocasião do recebimento da inicial acusatória e sobre os quais deve incidir a prestação jurisdicional. Com efeito, já cristalizada a acusação e não se tratando de hipótese de *emendatio libelli*, mostra-se impossível a intervenção da Chefia do Ministério Público, o que acarretaria o estancamento indevido da marcha processual, já próxima do fim, além de subtrair do Promotor Natural a possibilidade de sustentar a sua *opinio delicti*. Deste modo, a nosso juízo, torna-se inafastável que o Magistrado se pronuncie, em sentença de mérito, a respeito da imputação, inclusive sobre a possibilidade, ou não, de incidência da mencionada causa de aumento de pena, abrindo-se, por conseguinte, a via recursal ao Ministério Público.

De notar-se que a doutrina que admite a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95 nos casos de desclassificação da conduta inicialmente imputada, adota a orientação aqui sumariamente exposta, merecendo destaque a lição

de VITOR EDUARDO RIOS GONÇALVES sobre o tema, *in verbis*:

“Hipótese diversa ocorre quando a prova colhida durante a instrução criminal leva o juiz a desclassificar o crime por ocasião da prolação da sentença, como acontece, por exemplo, com o afastamento de qualificadora no furto, com a desclassificação de tráfico para porte de entorpecentes, com a desclassificação de tentativa de homicídio para lesões corporais graves etc. *Nesses casos, o juiz deve prolatar a sentença até o seu final, inclusive com a aplicação da pena do delito para o qual houve a desclassificação.* Na seqüência, intimará da sentença apenas o Ministério Público, para evitar que esta transite em julgado em definitivo para a defesa (pois nesse caso o réu teria de cumprir a pena imposta na sentença). Assim, o Ministério Público poderá apelar da decisão, para que o tribunal condene o acusado pela acusação original, ou poderá conformar-se com a desclassificação e oferecer proposta de suspensão condicional do processo. Se isso ocorrer, o juiz intimará o acusado para que diga se aceita a proposta. Caso aceite, a ação será suspensa. Caso não a aceite, será, então, intimado da sentença, da qual poderá apelar pleiteando sua absolvição. (*Juizados Especiais Criminais*, ed. Saraiva, 1998, p. 75)” – g.n.,

ponto de vista compartilhado pela Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, *ad litteram*:

“O Ministério Público, de duas uma: ou está de acordo com a nova classificação jurídica e desde logo opina sobre a suspensão do processo ou, de outro lado, não concorda com a desclassificação (entrevista em decisão interlocutória, mas ainda não concretizada definitivamente). Nesta última hipótese, tendo havido discordância do promotor, o juiz deve concluir sua decisão, desclassificando a infração, tal como já tinha vislumbrado, e em seguida será processada a apelação do discordante, que certamente irá recorrer da decisão final (sentença) desclassificatória. O Tribunal dirá quem tem razão. Se concluir que a desclassificação é correta, faz-se mister, antes do dispositivo final confirmatório da condenação de primeiro

grau, converter o julgamento em diligência para que, em primeira instância, decida-se sobre eventual suspensão do processo.” (ADA PELLEGRINI GRINOVER et alii, in Juizados Especiais Criminais, RT, 3ª edição, 1999, pp.270/271) – g.n.

Também o egrégio Supremo Tribunal Federal, que já cristalizou, escoreado na doutrina de LUIZ FLÁVIO GOMES, a possibilidade de suspensão do processo em virtude da desclassificação pelo Magistrado (*cf.* HC 75.894-SP, Rel.Min. **Marco Aurélio**, in Informativo nº 105 do STF), prestigia tal entendimento:

“Com efeito, em passagem referida na apelação, o ilustre jurista enfrenta a hipótese de que, ao final da instrução, convença-se o juiz da inexistência de circunstância elementar que, exacerbando a pena, impedisse – segundo a imputação inicial – a suspensão do processo no tempo próprio, que é o da denúncia: caso em que sustenta deva o magistrado, antes da sentença, ensejar a suspensão, à vista da desclassificação que entenda devida (L. F. GOMES, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, 1995, p. 155).

É patente, todavia, que, antes – ou mesmo depois da sentença, para os que, ainda aí, a entendam cabível –, a suspensão do processo, na hipótese figurada, ficará subordinada a que assinta o Ministério Público na desclassificação e, conseqüentemente, renuncie, explícita ou implicitamente, ao recurso.” – g.n.

Ou seja, nem a doutrina nem a jurisprudência citadas vislumbram a aplicabilidade do art. 28 à hipótese.

Diante do exposto, o parecer é no sentido da *devolução* dos autos ao douto Juízo, para os devidos fins.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2000.

ROGERIO PACHECO ALVES
Promotor de Justiça
Assistente Criminal

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo, na forma do parecer. Devolvam-se os autos ao douto Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias, com as homenagens de estilo. Publique-se e archive-se o remanescente.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça

Avulso: Ministério Público
Rio de Janeiro, 19 de março de 1999.

Excmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Caxias.

O Ministério Público de Estado de Rio de Janeiro, pelo Promotor de Justiça que esta subscreve, e o uso de suas atribuições legais, nos autos do processo apudado, em que figura como réu o nacional MARCELO TORRES SCHERER, vem oferecer

ALLEGACÕES FINAIS

nos seguintes termos:

Traza-se de ação penal pública em que é imputada ao réu a prática do crime de homicídio previsto no art. 157, § 2º, do Dec. do Código Penal.

De acordo com a declaração escrita de denúncia, no dia 12 de março de 1999, no período da tarde, aproximadamente entre as 14 e 17:30 horas locais, durante uma viagem a negócios realizada nos Estados Unidos da América, no interior do quarto número 271A, do Hotel Waldorf Astoria, na cidade de Nova Iorque, naquele país, o denunciado, devidamente voluntariamente, com armas, forçou, subtraiu e se apropriou para seu uso, mediante violência física perpetrada contra o Sr. José Roberto de Almeida Saboga, diversos bens de propriedade desta, tais como um relógio federal de ouro, um anel de ouro, contendo uma pedra de rubi, uma corrente de ouro com aproximadamente 80/78 centímetros, um relógio Patek e a quartilha, em espécie, aproximada, US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares americanos). Destes valores foram contatadas através de cheque de utilização de um instrumento perfuro-cortante, resultou o evento móvel na referida vítima, constatado através de exames realizados na face e nos membros, várias perfurações no braço, peito e perfuração na região do pescoço, com sedionamento da artéria carótida.