

Suspensão condicional do processo. Art. 89 da Lei n. 9.099/95. A formulação da proposta de suspensão condicional do processo pressupõe que a pena cominada à infração penal se enquadre nos parâmetros legais. Pena cominada não guarda similitude com pena aplicada na sentença condenatória.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ÓRGÃO ESPECIAL

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 224/2001

Embargante: *Alexandre Oliveira Bitencourt*

Embargado: *Ministério Público*

Relator: *Desembargador J. C. Murta Ribeiro*

Embargos Infringentes e de Nulidade. A suspensão condicional do processo, tal qual prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é admissível quando a sentença desclassifica a infração penal imputada ao réu na denúncia e aplica pena que se compatibiliza com o balizamento legal. Momento processual inadequado a tal proposta, que tem por objetivo suspender o processo, não os efeitos da condenação. O parâmetro, ademais, haverá de ser a pena em abstrato, tal qual indicada pelo Ministério Público, não a pena cominada pelo órgão jurisdicional após uma cognição exauriente dos fatos. Não obstante sejam favoráveis as circunstâncias judiciais para fins de fixação da pena-base, não há que falar em direito subjetivo à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Fatos idênticos podem gerar distintas conseqüências conforme o prisma em que sejam analisados. Inexistência de qualquer mácula na concessão do *sursis*.

Parecer pelo conhecimento e improvemento do recurso.

PARECER

Egrégio Tribunal

I

1. Trata-se de embargos infringentes e de nulidade opostos por Alexandre Oliveira Bitencourt contra acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tri-

bunal de Justiça na Apelação nº 2684/00, sendo relator o Desembargador Giuseppe Vitagliano, embasando-se nas divergências detectadas no voto vencido da lavra do Desembargador Motta Moraes.

2. A E. 7ª Câmara Criminal, por maioria, consoante acórdão de fls. 103/107, confirmou a sentença de primeiro grau que condenara o embargante como incurso no art. 155 c.c 14, II, e 49, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal, à pena de oito meses de reclusão e pagamento de seis dias-multa, com o valor unitário no mínimo legal. O Juízo monocrático, após desclassificar a imputação de furto qualificado em sua forma consumada, sustentada na denúncia, para furto simples na modalidade tentada, entendeu incabível o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, já que ultrapassada a fase processual adequada a tanto. Ao final, não obstante a dosimetria da pena aplicada, entendeu ser “*mais própria e pedagógica, in casu, a suspensão condicional da execução da pena, ao invés da substituição da pena privativa de liberdade pela de multa ou restritiva de direito, nos termos do artigo 44, do Código Penal, consoante deseja a defesa*”.

3. O voto vencido, por sua vez, dava provimento ao recurso para anular a r. sentença guerreada por entender que, com a desclassificação, ao Ministério Público deveria ser aberta a oportunidade de formular a proposta de suspensão condicional do processo. Acresceu, ainda, que a sentença entendeu cabível a aplicação do *sursis*, do que não recorreu o Ministério Público, o que tornou incontroverso o preenchimento dos requisitos do art. 77 do Código Penal. No mais, entendeu ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, cabendo ao Juízo da Vara de Execuções Penais definir as regras a serem seguidas.

4. O embargante, em suas razões de fls. 112/116, prestigiou a linha de argumentação seguida pelo voto vencido, tendo acrescentado o seguinte: a) a suspensão condicional do processo é um direito subjetivo do réu, logo, “desclassificado o delito para modalidade cuja pena não é superior a um ano, o Ministério Público deve ser ouvido sobre a proposta”; b) a acusação reconheceu a presença dos pressupostos para a suspensão do processo, pois são eles similares àqueles exigidos para o *sursis*, concedido pelo Juízo e que não foi objeto de irresignação recursal; c) é insuficiente a fundamentação da sentença na parte em que negou a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não sendo observados os critérios do art. 44 do Código Penal; d) a concessão do *sursis*, por força do art. 77, II, do Código Penal é subsidiária, somente devendo ocorrer quando incabível a substituição prevista no art. 44 do mesmo Código; e) o *sursis* é prejudicial ao embargante, pois tendo sido condenado a 8 (oito) meses de reclusão e permanecido preso por mais de 4 (quatro), ainda seria obrigado a prestar serviços à comunidade por 1 (um) ano; e f) em prevalecendo a tese do acórdão recorrido, o embargante terá que cumprir uma pena restritiva de direitos, embutida no *sursis*, “*por prazo maior do que o compatível em caso de substituição, quanto mais quando considerada a detração do tempo de prisão processual*”. Ao final, pleiteia, alternativamente, a anulação da sentença, na parte em que aplica a pena antes da manifestação ministerial sobre

a suspensão condicional do processo, ou a sua reforma para que seja a pena de reclusão substituída, na forma do art. 44 do Código Penal.

II

5. O embargante, representado pela Defensoria Pública, foi intimado em 25 de outubro de 2001 do v. acórdão proferido na Apelação nº 2.684/00 (fl. 110), tendo oposto os embargos infringentes e de nulidade no dia imediato (fl. 110). Aliado à tempestividade, tem-se o seu pleno cabimento, já que situado no espectro traçado pelo voto divergente, tal qual preconiza o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Assim, merece ser conhecido e, ao final, improvido o presente recurso.

II.I

6. O processo, como se sabe, é um evolver de atos e termos, necessariamente praticados em harmonia com a sistemática legal, visando à efetivação da prestação jurisdicional. Referido evolver guarda correlação com uma atividade prospectiva, evitando a retroação a fases já ultrapassadas, o que inviabilizaria o atingimento de um termo final. Na hipótese vertente, pretende o embargante que a sentença proferida pelo Juízo monocrático seja cindida em duas partes, o que possibilitaria a anulação da segunda, relativa à fixação da pena, e a subsistência da primeira, concernente à desclassificação da imputação lançada na inicial. Em prevalecendo esta tese, com a consequente cisão daquilo que, por essência, é incidível, ter-se-ia a substituição da operação de adequação típica realizada pelo Ministério Público por aquela levada a efeito pelo Juízo ao proferir a sentença. Com isto, sustentar-se-ia a aplicação, à hipótese em tela, do instituto da suspensão condicional do processo contemplado no art. 89 da Lei nº 9.099/95, já que a pena cominada seria inferior a 1 (um) ano de prisão.

7. Não obstante o brilho dos argumentos, não devem ser acolhidos. O cabimento da proposta de suspensão condicional do processo pressupõe o preenchimento do requisito objetivo consubstanciado na pena cominada, que não deve ser superior a 1 (um) ano de prisão. Pena cominada não guarda correlação com pena aplicada, esta tem cunho concreto, aquela possui natureza abstrata, afastando qualquer juízo de valoração a respeito da conduta do agente. Não bastasse isto, a operação de subsunção do fato à norma, pressuposto lógico e necessário da proposta de suspensão, deve ser realizada pelo Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, por ocasião da manifestação de sua *opinio delicti*, e não pelo Juízo. A proposta, aliás, conforme iterativa jurisprudência dos tribunais superiores, não é direito subjetivo do réu, mas faculdade processual do Ministério Público, o que desaconselha que o órgão jurisdicional concorra para o aperfeiçoamento de seus elementos intrínsecos. Frise-se, ainda, que a proposta visa à suspensão do processo, afastando os transtornos e os conhecidos males que acompanham a sua tramitação; assim, é de todo incabível pleitear que substitua o *sursis* em seus efeitos práticos, suspendendo os efeitos da própria

condenação. E o pior, o alicerce estrutural da tese do embargante parte da premissa de que a sentença pode ser dividida em compartimentos estanques, o que não encontra ressonância em critérios de ordem lógica, pois um raciocínio silogístico do qual defluem conseqüências de ordem jurídica sempre haverá de ser compreendido como um todo unitário, sendo impensável que a pena aplicada na sentença possa ser transmutada em pena cominada para fins de aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

8. Nesta linha, é possível afirmar que a proposta de suspensão condicional do processo haverá de ser formulada, pelo Ministério Público, no momento em que exteriorizar a sua *opinio delicti* ou, excepcionalmente, em instante posterior, caso ainda não disponha dos elementos necessários a tanto (v.g.: folha de antecedentes criminais do réu). Formada a *opinio delicti*, identificado o evoluer da relação processual e, ao final, após ampla valoração da conduta do réu, substituída a tipificação provisória pela definitiva realizada pelo Poder Judiciário, não mais será possível falar em suspensão do processo, pois este chegou ao seu termo final, não sendo passível de suspensão. Em situação diversa se encontravam os processos em tramitação anteriormente à vigência da Lei nº 9.099/95, tendo sido admitida por muitos a formulação da proposta mesmo após a prolação da sentença, desde que ainda não transitada em julgado. Aqui, no entanto, o réu, *initio litis*, já preenchia os requisitos exigidos pela lei que entrara em vigor no curso da relação processual ou, mesmo, após a prolação da sentença de mérito, devendo a sua situação jurídica ser regida pela lei mais benéfica.

9. A jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, sensível à *mens legis*, também não admite a formulação de proposta de suspensão do processo nos casos de desclassificação realizada por ocasião da prolação da sentença, *in verbis*:

"I. Suspensão condicional do processo (L. 9.099/95, art. 89): descabimento quando a denúncia atribui ao acusado infração cuja pena edital não permite a suspensão do processo, sendo irrelevante que com ela fosse compatível a pena aplicada na sentença, mediante desclassificação, da qual recorreu com êxito a acusação para restabelecer a classificação inicial do fato: ainda quando se admita, contra a orientação assentada pelo plenário do Tribunal (HC 74.305), a suspensão do processo após a sentença condenatória, a medida seria incompatível com o recurso de acusação e sobretudo com o seu provimento. II. *Mutatio libelli:* inexistência, no caso, de ofensa ao art. 384, C.Pr.Penal". (STF, 1ª T., HC nº 75.775/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 23/09/97, DJ de 07/11/97, p. 57.237).

"Habeas Corpus. Lei nº 9.099/95. Desclassificação do delito pelo juízo de primeiro grau. Sentença reformada em grau de apelação. Suspensão condicional do processo, sem proposta do Ministério Público. Inaplicabilidade do art. 89 da Lei nº 9.099/95. 1. A suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, não é aplicável às hipóteses em que ocorre a desclassificação para delito em tese passível de aplicação do benefício. 2. Tem esta Corte já decidido que o direito à suspensão do processo não se traduz em prerrogativa subjetiva do réu, mas sim faculdade processual ínsita ao Ministério Público (HC nº 75.343-4). 3. Impossível a suspensão do processo *ex officio*, sem que tenha sido detonada pelo Ministério Público. Ao juiz não cabe substituir o órgão ministerial para a agilização do mecanismo de suspensão do processo, competindo-lhe o controle da legalidade da respectiva suspensão que tenha sido promovida por quem de direito. 4. *Habeas corpus* indeferido." (STF, 2ª T., HC nº 75.441/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. em 17/02/98, DJ de 02/02/01, O. 073).

"Recurso Especial. Processual Penal. Lei 9.099/95, art. 89. Suspensão do processo. Direito público subjetivo do acusado. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do CPP. Oferecimento da proposta após a sentença que desclassifica o crime. Inviabilidade. A Eg. Terceira Seção desta Corte assentou o entendimento de que a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas uma faculdade do titular da ação penal pública, devendo, todavia, eventual divergência entre o *Parquet* e o Juiz acerca do cabimento da proposta ser resolvida à luz do mecanismo estabelecido no art. 28, do Código de Processo Penal. (REsp. nº 185.187/SP, de que fui relator, DJ de 22.11.99). É inviável – porque já ultrapassado o momento processual adequado – a proposta de *sursis* processual após a sentença que desclassifica o delito capitulado na denúncia para condenar o réu por outro crime cuja pena mínima viabilizaria, em tese, a concessão do benefício.

Precedentes. Recurso conhecido e desprovido.” (STJ, 5ª T., REsp. nº 253.935/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 10/10/00, DJ de 20/11/00, p. 308).

“Habeas Corpus. Suspensão do processo. Pena mínima em abstrato superior a um ano. Impossibilidade. Existência de sentença condenatória. Inaplicabilidade da Lei 9.099/95. Para a concessão da suspensão do processo, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos previstos no art. 89 da Lei 9.099/95 (o acusado não pode estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime, preencher os requisitos previstos no art. 77 e a pena mínima abstrata não exceder a um ano, sejam nos crimes apenados com reclusão ou detenção). Na hipótese *sub judice*, observo a impossibilidade da aplicação do benefício inserido na Lei 9.099/95. Com efeito, o exame de verificação da possibilidade de aplicação da suspensão do processo é feito no início da ação penal e, naquele momento processual, este era incabível em razão da pena mínima prevista para o crime de furto qualificado, em que foi incurso na denúncia, ser de 02 anos. Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, havendo sentença condenatória, é inviável a aplicação da Lei 9.099/95. Ordem denegada.” (STJ, 5ª T., HC nº 14.483/MG, rel. Min. Jorge Scartezini, j. em 13/02/01, DJ de 04/06/01, p. 195). No mesmo sentido: STJ, 5ª T., REsp. nº 202.475/MG, rel. Min. Félix Fischer, j. em 08/08/00, DJ de 04/09/00, p. 178 e 5ª T., HC nº 15.978/MG, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 02/08/01, DJ de 08/10/01, p. 231)

10. Outra poderia ser a solução em se tratando da *mutatio libelli* prevista no art. 384, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Neste caso, poderia o Ministério Público assacar outra imputação contra o réu, dando ensejo, inclusive, à complementação da instrução probatória. Assim, tratando-se de infração cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano, deverá o Ministério Público, ao exteriorizar a sua *opinio delicti*, pronunciar-se sobre a proposta de suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Esse entendimento, aliás, já foi prestigiado pelo Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“Direito Penal e Processual Penal. Aquisição de mercadorias de procedência estrangeira. Denúncia por crime de contrabando ou descaminho: art. 334, §

1º, "d", do C. Penal. Desclassificação e condenação por receptação dolosa: art. 180, "caput", do C. Penal; sem a observância do art. 384 do C. P. Penal. Nulidade da sentença e do acórdão. Extinção da punibilidade pela prescrição (arts. 109, V, 110, § 1º, do C. Penal). "Habeas corpus". 1. A denúncia imputou ao paciente o fato de haver adquirido, do co-réu, certas mercadorias, sem documentação legal, subtraídas de um navio, e por isso pediu sua condenação por crime de contrabando ou descaminho (art. 334, § 1º, "d", do C. Penal. 2. Sucede que a sentença não o condenou por esse fato, mas, sim, por receptação dolosa, partindo da premissa de que ele sabia que se tratava de mercadorias furtadas de um navio (art. 180, "caput", do Código Penal) e foi confirmada pelo acórdão impugnado, que repeliu a argüição preliminar do apelante, ora paciente, no sentido da nulidade da sentença, por haver operado a desclassificação, sem observância do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal. 3. Pareceu ao digno Magistrado e ao Tribunal Regional Federal que aplicável seria à espécie a norma do art. 383 do Código de Processo Penal. Ocorre que o paciente não foi condenado pelo mesmo fato a ele imputado na inicial (aquisição de mercadorias de procedência estrangeira, sem documentação legal – art. 334, § 1º, "d", do Código Penal), mas, sim, por haver adquirido as mercadorias, sabendo que se tratava de produto de crime de furto qualificado, pelos quais outros réus foram condenados (art. 180, "caput", do Código Penal). 4. É de se objetar, porém, que não há, na denúncia, qualquer afirmação no sentido de que esse denunciado sabia que tais mercadorias haviam sido furtadas do navio, ao contrário do que ocorreu na imputação feita ao co-réu, este, sim, denunciado e condenado por crime de receptação (art. 180, "caput", do Código Penal.) 5. Ora, em situação como essa, deve, mesmo, o Juiz, observar a regra do art. 384. A circunstância elementar do crime de receptação, que o Juiz considerou provada, sem que houvesse sido afirmada na denúncia, foi o fato de o réu saber que se tratava de mercadorias furtadas, sem que este tivesse tido oportunidade de se defender a esse respeito. 6. Assim, procedendo à desclassificação e, na mesma sentença, proferindo a condenação por

crime de receptação dolosa (art. 180, "caput"), descumpriu o Magistrado a norma do art. 384 do Código de Processo Penal. 7. E a nulidade, resultante desse cerceamento, foi argüida pelo réu, ora paciente, na primeira oportunidade, ou seja, ao apelar da sentença condenatória. Mas o acórdão houve por bem confirmá-la, inclusive no ponto em que operou a desclassificação, sem o cumprimento daquela determinação do referido dispositivo. 8. *Sendo nula a desclassificação, como operada, o Magistrado, para renová-la, teria, a esta altura, de propiciar ao Ministério Público a oportunidade de propor a suspensão do processo, e ao réu a faculdade de aceitá-la, em face do disposto no art. 89 da Lei n° 9.099/95, que já estava em vigor, quando da prolação da sentença, datada de 13.09.1996 e na conformidade do que já decidiu o Plenário desta Corte, no HC n° 75.894.* 9. Mas a anulação da sentença provoca, no caso, efeito maior. É que condenou o paciente à pena de um ano de reclusão, convertida em prestação de serviços à comunidade. Essa pena não poderia ser ampliada, na nova sentença que tivesse de ser proferida, pois, segundo pacífica jurisprudência desta Corte, isso implicaria uma "*reformatio in peius*", já que o recurso fora apenas do réu. Ora, os fatos imputados ao paciente ocorreram conforme a denúncia, em fevereiro de 1993, sendo ela recebida a 16 de agosto de 1993. Entre esta última data (16.08.1993) e a do presente julgamento, decorreram bem mais que quatro anos, que é o prazo prescricional previsto, nesse caso, pelos artigos 110, § 1º, e 109, inc. V, do Código Penal. 10. "H.C." deferido, para se anular o acórdão e a sentença condenatória, com relação ao paciente. Em consequência, também com relação a ele, de ofício, fica julgada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva." (STF, 1ª T., HC n° 76.688/RS, rel. Min. Sydney Sanches, j. em 07/04/98, unânime, DJ de 18/09/98, p. 004).

II.II.

11. No que concerne à segunda pretensão deduzida pelo embargante, concernente à substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, não merece ser ela igualmente acolhida.

12. Em um primeiro plano, cumpre esclarecer que, contrariamente ao que sustenta o embargante, o fato de lhes serem favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal - o que acarretou a fixação da pena-base no mínimo legal - não induz, por si só, à imperativa substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Não obstante a similitude existente entre a redação dos arts. 44, III, e 59, *caput*, do Código Penal, tal não é suficiente para gerar o efeito almejado, pois um mesmo fato pode gerar distintos efeitos consoante os fins buscados com cada um deles, o que variará em conformidade com a ótica de análise que lhes seja dispensada.

13. Assim, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime podem aconselhar a fixação da pena no mínimo legal - aqui, a ótica de análise é o sancionamento a que estará sujeito o agente por ter infringido a norma proibitiva implícita no tipo penal. Esses mesmos fatores, no entanto, podem sofrer uma valoração distinta para fins de definição da forma de cumprimento do sancionamento. Não se vê nessa operação nenhuma incongruência, já que referidos fatores não devem ser examinados de forma isolada, mas, sim, de modo correlato a determinada consequência jurídica. Fossem valorados isoladamente, certamente assistiria razão ao embargante. No entanto, a partir do momento em que são associados a um efeito específico, a análise deverá ser conjunta, o que permitirá variações de interpretação plenamente compatíveis com a ótica do razoável: um homem pode ser saudável para o desempenho de suas atividades regulares, mas não ter as aptidões exigidas para participar de uma maratona. Neste exemplo, o homem é um só, mas a avaliação do seu estado de saúde apresentará variações conforme a atividade que pretenda realizar, o que afasta a possibilidade de uma valoração isolada.

14. Na hipótese vertente, o acórdão embargado observou com muita proficiência que "o próprio apelante, no seu interrogatório judicial, admite 'que há uns três meses atrás foi preso, acusado de falsidade ideológica e arrombamento; que foi preso da outra vez perto do condomínio em que trabalha, na mesma delegacia; que ficou preso durante 58 (cinquenta e oito) dias" (fl. 107). Por esse motivo, não se mostrou socialmente recomendável que o embargante cumprisse pouco menos de 4 (quatro) meses de pena restritiva de direitos para que tivesse sua punibilidade extinta. Como bem ressaltou o Juízo monocrático, a reprimenda deve ter efeito pedagógico, e este somente será adequadamente alcançado com o monitoramento do comportamento do embargante durante o lapso de cumprimento do *sursis*.

15. Não sendo aconselhável a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, deve o embargante cumprir as condições inerentes ao *sursis*, dentre as quais a prestação de serviços à comunidade pelo lapso de 1 (um) ano. Com o afastamento da possibilidade de substituição da pena, deve ser afastado, *ipso iure*, qualquer elo comparativo entre a pena restritiva de direitos, que imagina o embargante ter direito a cumprir, e a condição de igual natureza que será instado a cumprir, pelo lapso de 1 (um) ano, caso aceite as condições fixadas para o *sursis* por ocasião da audiência admonitória. Não é admissível o estabelecimento de

comparações e conseqüências entre algo que não existe e que não se tem direito a usufruir com aquilo que decorre da sistemática legal.

III

16. *Ante o exposto, é o parecer no sentido de que, conhecido o recurso interposto, lhe seja negado provimento.*

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2002.

EMERSON GARCIA
Promotor de Justiça
Assistente

De acordo:

FERNANDO CHAVES DA COSTA
Procurador de Justiça
Assessor Criminal

Aprovo:

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça