

Recurso Especial n. 189.362-SP

(Registro n. 98.0070272-5)

Relator: Ministro *Felix Fischer*.

Recorrente: *Osman Quirino de Oliveira*.

Advogado *Carlos Miyakawa (defensor público)*.

Recorrido: *Ministério Público do Estado de São Paulo*.

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Suspensão do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) – Tentativa de furto qualificado – Pena in abstracto (cominada) e Pena in concreto (aplicada).

A Lei n. 9.099/1995, no seu art. 89, indica, entre outros requisitos objetivos e subjetivos, a pena mínima *cominada* de 1 (um) ano de sanção privativa de liberdade. Não alcança e nem engloba a pena *aplicada* decorrente de *emendatio* ou de acolhimento parcial da pretensão punitiva (*precedente pertinente*).

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros **Gilson Dipp**, **Jorge Scartezzini** e **José Arnaldo da Fonseca**. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro **Edson Vidigal**.

Brasília-DF, 15 de junho de 2000 (data do julgamento). Ministro **José Arnaldo da Fonseca**, Presidente. Ministro **Felix Fischer**, Relator.

Publicado no DJ de 14.8.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Carta Magna, contra o v. acórdão da Primeira Câmara do egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o Réu foi condenado por infração ao art. 155, § 4º, inciso IV, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de um ano e quatro meses de reclusão, e pagamento de dez dias-multa. Irresignada, a defesa apelou pleiteando aplicação da Lei n. 9.099/1995, ou subsidiariamente, redução da pena aplicada, pela adoção de redutor máximo referente à tentativa.

O egrégio Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso. Colhe-se do voto-condutor do v. acórdão o seguinte trecho, *in verbis*:

"Por outro lado, prolatada a r. decisão de mérito, que decretou a condenação apenas por tentativa de furto, impondo a absolvição com relação à outra imputação, não teria cabimento, a partir daí, cuidar-se da suspensão do processo, que, na forma prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, se constitui em 'suspensão antecipada', e, pois, antes do andamento regular do feito. Sem algum sentido, portanto, falar-se em suspensão dessa natureza depois de ter sido proferida sentença condenatória." (fl. 127).

Dáí o presente recurso especial, em que o Recorrente alega negativa de vigência ao artigo 89 da Lei n. 9.099/1995, ao fundamento de que, diante da possibilidade do Réu ser condenado por tentativa de furto qualificado, deveria o magistrado ter convertido o julgamento em diligência a fim de que o Ministério Público, caso concordasse, oferecesse proposta para a suspensão condicional do processo.

Contra-razões (fls. 154/158).

Admitido o recurso, subiram os autos a esta Corte (fl. 160).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Felix Fischer** (Relator): A pretensão recursal, embora elogiável o esforço e a respeitável argumentação, desmerece acolhida.

Em primeiro lugar, o Réu-recorrente foi condenado à pena de 1 ano e 4 meses (com *sursis*) de reclusão por tentativa de furto qualificado. Portanto, já aí se vê que a resposta penal está acima do patamar estabelecido no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. E, aliás, no início do processo o *sursis* processual não poderia ser ofertado em virtude da *imputatio* (logicamente, assentada em indícios) apresentar o concurso de crimes (RHC n. 80.143-SP/STF, Primeira Turma, Rel. Min. **Sydney Sanches**, Informativo 193; HC n. 77.242-SP/STF, Pleno, Rel. Min. **Moreira Alves**, Informativo 142; HC n. 78.876-MG/STF, Segunda Turma, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, DJU de 28.5.1999; RHC n. 8.713-RS/STJ, Quinta Turma, DJU de 20.9.1999; RHC n. 7.779-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 13.10.1998; REsp n. 180.402-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 22.3.1999; HC n. 7.584-SP/STJ, Quinta Turma, DJU de 18.12.1998; REsp n. 185.798-SP/STJ, Sexta Turma, Rel. Min. **Vicente Leal**, DJU de 15.5.2000). Além do mais, pela descrição fática a própria *conatus*, de *per sí*, seria impeditiva (dada a evidente proximidade com a *meta optata*).

Em segundo lugar, a lei fala em *pena cominada* e não *pena concreta*. Não se pode, pois, confundir as hipóteses. Ao longo da instrução pode haver alteração tanto da imputação (v.g. arts. 384 e 410 do CPP) como das informações pertinentes às condições previstas no art. 89, *caput*, da *lex specialis*. Todavia, a desclassificação *ex vi* art. 383 do CPP ou o acolhimento parcial da exordial acusatória deduzida não ensejam, de *per si*, a abertura da *quaestio* acerca do denominado *sursis* processual. A etapa está ultrapassada, a questão preclusão. A concessão do *sursis* comum (que pode ser concedido para penas superiores ao do caso) não guarda relação com a pretendida suspensão.

Na doutrina, no *punctum saliens*, tem-se nesta linha o entendimento de DAMÁSIO E. DE JESUS (*Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, 1995. Saraiva, p.p. 91/92): "Nada impede, entretanto, que o faça em outra ocasião posterior, de que presentes as condições da medida. É possível que, quando do oferecimento da denúncia, os autos do fato não tenham ainda preenchido todos os requisitos exigidos pela lei. Após, vêm para os autos os elementos solicitados. Nesse caso, pode o Ministério Público pleitear ao juiz a suspensão da ação penal depois da denúncia. Assim como o *sursis*, que pode ser aplicado após a sentença condenatória. Uma das finalidades da Lei n. 9.099/1995 é desviar o processo do rumo da *pena privativa de liberdade*. Por isso, em qualquer momento posterior à denúncia e antes da sentença é admissível o *sursis processual*." E, também, LUIZ FLÁVIO GOMES (*Suspensão Condicional do Processo Penal*, 1995, RT, p. 147), a saber: "O marco fundamental é a pena mínima cominada (pena em abstrato). Por isso, não vale o raciocínio de que, no final, diante da tentativa, por exemplo, já se sabe que a pena a ser "aplicada" será inferior a um ano. A admissibilidade ou não da suspensão depende da pena cominada em abstrato, não da pena em concreto (em perspectiva). Mesmo que já se vislumbre a hipótese de que no final haverá *sursis*, mesmo assim, se em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo." Posição esta repetida na obra *Juizados Especiais Criminais* (de ADA P. GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, 2ª ed., RT), p.p. 234/235, ou seja: "De outro lado, mesmo que já se vislumbre a hipótese de que no final haverá *sursis* (caso de pena mínima cominada de dois anos, por exemplo), mesmo assim, se em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo."

Na jurisprudência, merece destaque, como precedente, o v. acórdão no HC n. 10.211-SP (Sexta Turma, STJ, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 14.2.2000) assim ementado:

"Processual Penal. Desclassificação da conduta em sede de apelação. Suspensão condicional do processo. Lei. n. 9.099/1995. Impossibilidade.

1. Se existente sentença condenatória, inviável se afigura aplicar a Lei n. 9.099/1995, depois de desclassificada a conduta, em sede de apelação criminal, porquanto já ultrapassado o momento processual próprio (denúncia),

notadamente se, como na espécie, está o paciente beneficiado com *sursis*.

2. Ordem denegada.”

Não conheço, pois, do recurso.

É o voto.

Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 200.770-GO
(Registro n. 2000.0050941-8)

Relator: Ministro *Felix Fischer*.

Embargante: *Ministério Público Federal*.

Embargado: *José Virgílio Barbosa Filho*.

EMENTA: Penal e Processual Penal – EREsp – Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995) – Iniciativa da proposta – Divergência entre agente do Ministério Público e Juiz de Direito.

I – O juiz não é parte e, portanto, inadmissível, em princípio, *ex vi* art. 89 da Lei n. 9.099/1995 c.c. os arts. 129, inciso I, da Carta Magna, e 25, inciso III, da LONMP, que venha a oferecer o *sursis* processual *ex officio* ou a requerimento da defesa.

II – A eventual divergência entre o órgão da acusação e o órgão julgador acerca da concessão do *sursis* processual se resolve, na hipótese de recusa da proposta, pela aplicação do mecanismo previsto no art. 28 do CPP (precedentes do *Pretório Excelso* e do STJ).

Embargos acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conhecer e acolher os embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram de acordo os Srs. Ministros **Gilson Dipp**, **Jorge Scartezzini**, **Edson Vidigal** e **Fernando Gonçalves**. Vencidos os Srs. Ministros **Fontes de Alencar** e **José Arnaldo da Fonseca**, que não conheciam os embargos de divergência. Ausente, justificadamente, na primeira assentada, o Sr. Ministro **Hamilton Carvalho**. Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro **William Patterson**.