

Brasília, 21 de outubro de 1997 — RICARDO DIAS DUARTE, Secretário.

*Habeas Corpus* Nº 76.436 — PR  
(Segunda Turma)

Relator: O Sr. Ministro Néri da Silveira  
Paciente: Glauco Emerson Lopes Marochi  
Impetrantes: Walter Borges Carneiro e outros  
Coator: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

*Habeas corpus*. 2. Condenação do paciente à pena de um ano de reclusão, como incurso no art. 334, § 1º, letra c, combinado com o art. 29, ambos do Código Penal, sendo beneficiado com *sursis*, pelo prazo de dois anos, mediante condições. 3. Aplicação da Lei nº 9.099/1995, art. 89. 4. Hipótese em que a sentença foi prolatada já na vigência da Lei nº 9.099/1995, cominando-se ao delito pena mínima não superior a um ano. 5. *Habeas corpus* deferido para cassar a sentença condenatória e o acórdão que a manteve, em ordem a ser dada oportunidade ao Ministério Público, em primeiro grau, a fim de pronunciar-se sobre a aplicação do art. 89, da Lei nº 9.099/1995, ao caso concreto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, deferir o *habeas corpus*, para cassar o acórdão e a sentença condenatória, em ordem a ser dada oportunidade ao Ministério Público, em 1º grau, para pronunciar-se sobre a aplicação do art. 89, da Lei nº 9.099/95, ao caso concreto.

Brasília, 14 de abril de 1998 — Néri da Silveira, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Néri da Silveira (Relator): Trata-se de ordem de *habeas corpus*, impetrada pelo Dr. Walter Borges Carneiro e outros, em favor de Glauco Emerson Lopes Marochi, condenado, no juízo de primeira instância, à pena de 1 ano de reclusão, por infringir o art. 334, § 1º, alínea c, combinado com o art. 29, do Código Penal, com *sursis*, por dois anos, impondo a sentença condenatória que o paciente não poderia se ausentar da comarca em que reside, por período superior a 8 dias, sem prévia autorização do juízo executante, bem assim que, bimestralmente, até o dia 5 de cada mês, comparecesse ao Juízo para informar e justificar suas atividades.

Aduzem os impetrantes que, encaminhados os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em face de apelação interposta pela defesa, decidiu o Relator do feito, em despacho exarado à fl. 202, determinar sua remessa ao Juízo *a quo*, a fim de que o *Parquet* e a *Defesa* examinassem se seria o caso de aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995. Instado a se pronunciar, propôs o Ministério Público local, tendo em conta que o processo estava em grau de recurso, a restituição ao referido Tribunal, por entender ser da competência do Ministério Público com atuação em segundo grau manifestar-se a respeito da espécie.

Com a remessa da apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região veio a ser sorteado novo Relator, que decidiu pela inaplicabilidade da citada Lei nº 9.099/95, reconsiderando, assim, o despacho de fl. 202, tendo em vista “recente posição do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não caber suspensão do processo após proferida sentença” (fl. 4), determinando, outrossim, fosse aberta vista ao Ministério Público Federal. Julgando, a seguir, a apelação, decidiu a Corte federal confirmar integralmente a sentença.

Sustentam os impetrantes, em suma, que “a decisão da autoridade jurisdicional apontada como coatora, *data venia*, deve ser desconstituída com a concessão do presente *habeas corpus* ante a presença de nulidade processual (CPP, art. 564, III, *e*), uma vez não ter sido assegurado ao acusado prazo para o exercício de defesa” (fl. 5). Anotam, ainda, a propósito, procurando demonstrar a ocorrência de nulidade processual, que “a garantia constitucional do *due process of law* e seus prolongamentos assentados nos princípios do contraditório e da amplitude de defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), afirmam ser imprescindível a ciência bilateral, principalmente ao imputado, não facultando ao juiz ou tribunal a possibilidade de dispensar sua manifestação sempre que o quadro instrutório do processo possa ser alterado” (fl. 6).

Sinalando, por outro lado, ser de um ano a pena mínima cominada para o ilícito, bem assim que se trata de réu primário e de bons antecedentes, obtendo, em consequência, junto ao Dr. Juiz *a quo*, o benefício da suspensão condicional da pena, sustentam os impetrantes aplicar-se à espécie o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, com a suspensão condicional do processo, registrando, ademais, que, no caso “não se trata de aplicação retroativa, mas, isto sim, de incidência imediata tendo em estima que a lei nova passou a vigorar antes de proferida sentença, vale dizer, quando o processo tramitava em 1º grau de jurisdição” (fl. 14).

Requisitadas as informações, prestou-as o ilustre Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com o ofício de fls. 251/254, nestes termos:

“Em atenção ao Ofício nº 2.127/97, recebido nesta Corte, forneço a Vossa Excelência as informações relativas à Ação Criminal nº 92.00.03891-3, a fim de instruir o *habeas corpus* supra referido.

O Ministério Público Federal apresentou denúncia contra *Eduardo Chi Tse Wei* e *Glauco Emerson Lopes Marochi* em 17.9.92, enquadrando-os nas sanções do artigo 334, parágrafo 1º, alínea c, combinado com o artigo 29, ambos do Código Penal, pela comercialização de equipamentos de informática importados sem a devida documentação fiscal comprobatória da sua regular importação, fato esse constatado no dia 7 de abril de 1992, quando os denunciados, sócios-proprietários da empresa 'Dufault Informática Ltda.', foram surpreendidos e presos em flagrante por agentes da polícia federal. Após os procedimentos de praxe, foram recolhidos ao Serviço de Custódia, permanecendo à disposição da Justiça, tendo as mercadorias sido apreendidas.

Solicitado arbitramento de fiança e conseqüente relaxamento do auto de prisão, o MM. Juiz de 1º grau deferiu o pedido, por estar devidamente instruído com prova de residência fixa, ocupação lícita e ausência de antecedentes criminais, não constando igualmente, no Foro, registro de distribuição contra os nominados.

Em sentença, foram condenados à pena de um ano de reclusão, tornada definitiva ante a inexistência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, a ser cumprida em regime aberto, havendo a possibilidade, todavia, da incidência do artigo 77 do Código Penal. Amparou-se o Juiz singular nas contradições dos réus por ocasião do depoimento na Delegacia de Polícia Federal e do interrogatório em juízo, bem como na ausência de documentação hábil a demonstrar a regular aquisição e inserção dos bens em território nacional. Ressaltou ainda, o magistrado: "a alegação de que os réus seriam "ingênuos" e "imaturos" à época dos fatos não tem o condão de influir na resolução da controvérsia. A uma, porquanto os réus tinham mais de dezoito anos, cursavam faculdade e já eram empresários, sendo, pois, pessoas com desenvolvimento sócio-cultural suficiente para compreender a ilicitude do ato praticado. A duas, porque o desconhecimento da legislação é irrelevante para desnaturar o delito, já que a lei penal considera tal circunstância inescusável. A três, porque o próprio conhecimento da lei ficou demonstrado quando os acusados apresentaram ao agente policial federal a inaceitável justificativa que os produtos teriam sido adquiridos paulatinamente."

Transitada em julgado a r. sentença para a acusação, foram os autos conclusos para exame da prescrição, com a seguinte lavra:

“Pela pena privativa de liberdade fixada ao réu (um ano de reclusão), o interregno temporal suficiente para ensejar a perda do direito estatal de punir é de quatro anos, conforme previsto no art. 109, V, do CP.

Como na data do crime (7.4.92) o réu *Eduardo* era menor de 21 anos, o prazo prescricional deve ser reduzido de metade (CP, art. 115). No caso em foco, passa a ser de dois anos. Entre a data em que foi recebida a denúncia e o dia em que a sentença foi publicada decorreu período superior a dois anos.

Isto posto, reconheço a prescrição da pretensão punitiva estatal e julgo extinta a punibilidade do réu *Eduardo Chi Tse Wei*, com fulcro no art. 61 do Código de Processo Penal e arts. 107, IV, e 110, par. 1º, estes do Código Penal.

Oportunamente, dê-se baixa na distribuição e procedam-se as anotações e comunicações necessárias. Ressalto que o processo deve prosseguir no respeitante ao outro condenado.”

Desta decisão apelou o segundo acusado, *Glauco Emerson Lopes Marochi*, que, em suas razões, basicamente aduziu que:

(1) as mercadorias trazidas não foram adquiridas de uma só vez;

(2) se estivesse agindo de má-fé e com intenção ilícita, jamais teria colocado anúncio público, em jornal de maior circulação da capital paranaense, com seu próprio telefone e endereço;

(3) não é atividade do apelante a venda de equipamentos, mas apenas a prestação de serviços, principalmente através de BBS e Internet;

(4) por ocasião do fato o apelante cursava faculdade de Administração, estando já formado;

(5) em nenhum momento agiu com má-fé, ou dolo, nem tentou burlar a lei, ou esconder-se, camuflar atividade, etc.

(6) os policiais agiram com excesso por ocasião da prisão, não atendendo requisitos legais como a exibição de Mandados de Busca e Apreensão e nem de Prisão.

Chegando os autos às mãos do então relator, Juiz **Luiz Carlos de Castro Lugon**, foi determinada a remessa do processo ao juízo de origem, para posterior encaminhamento ao Ministério Público Federal e à defesa, visando a análise da possibilidade e interesse na suspensão do processo — art. 89, da Lei nº 9.099/95.

O *Parquet* declarou-se ilegítimo para o oferecimento da proposta de suspensão, face ter o Juiz de Primeiro Grau —nas palavras de **TOURINHO FILHO**—, ‘cumprido seu ofício jurisdicional’, cabendo ao Tribunal, caso aceita a proposta da Procuradoria Regional da República, órgão competente para fazê-la, nesta fase processual: (1) suspender o julgamento do recurso interposto; (2) retirar a eficácia e os efeitos da sentença, seja declarando sua nulidade por ter sido proferida posteriormente à vigência da Lei nº 9.099/95, seja julgando extinta a punibilidade para os casos em que antes foi proferida.

A Procuradoria Regional da República da 4ª Região manifestou-se pelo improvimento do recurso de apelação.

Em julgamento, o Exmo. Sr. Juiz **Vladimir Freitas**, relator, considerou, com base em Informativo do Supremo Tribunal Federal (nº 57, de 18.12.96, pp. 3/4), incabível a suspensão do processo já sentenciado, e, por haver sido comprovada a autoria pela prisão em flagrante, com a conseqüente confissão do fato, acrescido aos depoimentos das testemunhas confirmando a autoria e materialidade do delito, não merecer reparos a douda sentença.

Estas, Senhor Ministro, as informações que me cabiam prestar. Uso da oportunidade para apresentar-lhe meus protestos de alta estima e elevada consideração.”

Opinou a Procuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 256/261, “pelo conhecimento e concessão da ordem para anular a sentença condenatória, bem como o acórdão confirmatório da mesma, para que seja dada oportunidade ao Ministério Público que oficia em primeiro grau de jurisdição para pronunciar-se sobre a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 ao caso concreto” (fl. 261).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro **Néri da Silveira** (Relator): Quando a sentença condenatória foi proferida, a 29.4.1996 (fl. 173), a Lei nº 9.099, de 1995, já estava em vigor, desde 21.11.1995. Cominava-se ao delito, objeto da denúncia, pena mínima não superior a um ano (CP, art. 334, § 1º, letra c). As condições pessoais do paciente eram favoráveis, tanto que, na sentença, veio a merecer o *sursis*.

Considerou a Corte indigitada coatora que já havia sentença condenatória e assim não mais caberia discutir a aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099/1995.

O ilustre Juiz Relator, no TRF — 4ª Região, anotou, em seu voto (fl. 231):

“Observo, inicialmente, que o despacho de fl. 183 foi reconsiderado, porque o Supremo Tribunal Federal, julgando o *Habeas Corpus* nº 74.305-SP, Relator Ministro **Moreira Alves**, decidiu ser incabível a suspensão do processo já sentenciado (conforme Informativo STF, nº 57, 18.12.96; pp. 3/4).

A materialidade do delito de descaminho restou comprovada pelo laudo de Exame Merceológico (fls. 69/71) que confirmou a origem estrangeira.

A autoria ficou comprovada pela prisão em flagrante, ocasião em que, interrogado, o apelante confessou o fato, apesar de ressaltar que ele e seu sócio chegaram a fazer duas viagens semanais ao Paraguai para adquirir aqueles equipamentos apreendidos.

O dolo também se encontra presente pois o apelante, quando interrogado judicialmente (fl. 86), declarou que seu nível de instrução é superior completo, ou seja, Comércio Exterior. Inadmissível, portanto, que com essa formação desconheça a ilicitude da sua conduta. Até porque não apresentou nenhum documento que demonstrasse a regular aquisição e introdução daquela mercadoria no território nacional.

Os depoimentos das testemunhas de acusação convergem confirmando a autoria e a materialidade do delito (fls. 100/v). Já a oitiva das testemunhas da defesa em nada contribuiu para o esclarecimento dos fatos (fls. 110/111).

A pena, igualmente, não merece reparo. Apreciadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, foi aplicada no mínimo legal, um ano de reclusão. Ine-

xistente qualquer circunstância agravante, foi desconsiderada a atenuante da confissão espontânea porque inadmissível o rebaixamento da pena devido à presença de atenuante, quando já fixada no mínimo legal. E, diante da ausência de causa de diminuição ou de aumento da pena, mantida aquela pena-base como definitiva foi concedido o *sursis*.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso."

Invocou-se, pois, a não aplicação do art. 89 da Lei nº 9.099, na espécie, o acórdão do Plenário no HC 74.305, relator o Ministro **Moreira Alves**, a 9.12.1996, quando a Corte afirmou a impossibilidade da aplicação retroativa do art. 89 da Lei nº 9.099, de 1995, pelo fato de o paciente já haver sido condenado em primeiro grau de jurisdição. No HC 74.992, esta Turma indeferiu o *writ*, em feito de que fui relator, afirmando-se, no intróito do voto condutor do julgado: "A sentença condenatória é de setembro de 1995, data anterior à vigência da Lei nº 9.099/1995". Também, no HC 74.582, a 18.3.1997, anotou-se:

"4. Considerando que a suspensão condicional do processo dispõe também de uma carga de natureza penal que pode culminar em extinção da punibilidade, é certo que o referido instituto deve ser aplicado retroativamente em obediência ao disposto no inciso XI, artigo 5º da Constituição Federal, por configurar-se como *lex mitior*.

5. Ocorre que para se admitir a incidência retroativa do instituto é imprescindível a existência de um processo ainda em andamento; se existe sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, o *sursis* processual é inviável.

6. Vale transcrever, neste sentido, o entendimento de DAMÁSIO E. DE JESUS in *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, 2ª edição — Editora Saraiva, página 112:

"Uma das finalidades da Lei 9.099/95 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."

7. Este também foi o posicionamento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao julgar em 9.12.96 o *Habeas Corpus* nº 74.305 — SP, através do qual foi declarada a impossibilidade da aplicação retroativa do

artigo 89 da Lei 9.099/95 pelo fato do paciente já haver sido condenado em primeiro grau de jurisdição.

8. No caso concreto, verifica-se que a sentença condenatória foi prolatada em 3 de outubro de 1995, portanto em data anterior à vigência da lei em destaque que ocorreu apenas em 26 de novembro de 1995 em razão da *vacatio legis* de sessenta dias. Logo, inviável a aplicação da Lei nº 9.099/95 sob o enfoque da retroatividade.

9. Por outro lado, mesmo que afastado o óbice já referido a razão não estaria com a impetrante.

10. É que a lei impõe como condição ao deferimento do benefício que a pena mínima cominada ao crime seja igual ou inferior a um ano. Trata-se, aqui, da pena abstratamente cominada na lei.

11. Neste sentido é a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER na obra *Juizados Especiais Criminais* — Editora Revista dos Tribunais — São Paulo — 1996, *verbis*:

“Não importa, de outro lado, se o delito está previsto no Código Penal ou em lei especial (envolve, portanto, em tese, sonegação fiscal, alguns crimes militares, etc). 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 em abstrato o mínimo excede de um ano, não é possível a suspensão do processo.” (página 197)

12. Portanto, tendo sido o paciente condenado pelo delito de **furto qualificado**, ao qual é cominada a pena de reclusão de dois a oito anos, é por demais claro que a pretendida aplicação da lei não resiste à menor análise.”

Na espécie em julgamento, quando a sentença condenatória foi prolatada, a Lei nº 9.099/1995 já estava em vigor, conforme referi no início do voto.

Acolho, dessa maneira, os termos do parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. *Marden Costa Pinto*, às fls. 260/261, *verbis*:



"8. Ocorre que, no caso concreto, a sentença condenatória foi prolatada em 29 de abril de 1996, quando já estava em vigor a mencionada Lei. Neste sentido, há em tese a possibilidade de aplicação da lei, não obstante tenha o fato ocorrido antes de sua vigência ou a denúncia sido oferecida também em momento anterior, valendo transcrever o entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER e outros em *Juizados Especiais Criminais*, Editora Revista dos Tribunais — 1996, página 89:

'Se se trata de peça acusatória, nas mesmas circunstâncias de admissibilidade da suspensão, oferecida antes da vigência da lei, impõe-se ao magistrado, antes da prática de qualquer novo ato processual, abrir vista ao Ministério Público para pronunciar-se sobre a suspensão do processo (ou aplicação imediata de pena alternativa). Pouco importa, como veremos dentro de pouco, que o crime tenha ocorrido antes da vigência da lei. Tem incidência, nesta oportunidade, o artigo 2º do CPP, que manda aplicar a lei processual desde logo, inclusive nos processos pendentes.'

9. No caso concreto realmente deveria ter sido dada oportunidade ao Ministério Público que atua em primeiro grau de jurisdição para propor a suspensão condicional do processo, considerando que o crime em tela prevê pena mínima de um ano de reclusão, compatível com a exigência do artigo 89 da Lei 9.099/95.

10. Assim, é procedente o pedido de nulidade do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal bem como da sentença condenatória, haja vista que a eventual aplicação do instituto despenalizador, na hipótese ora tratada, poderia ter dado rumos bem diversos ao processo, em benefício do réu.

11. Sendo assim, resta prejudicada a alegação dos impetrantes de nulidade do processo, por não ter sido assegurado ao acusado prazo para se pronunciar sobre a aplicabilidade da suspensão condicional do processo, prevista pelo artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais.

12. É verdade que, sendo dada a oportunidade para o Ministério Público propor a suspensão do processo e, verificadas as exigências legais em favor do réu, sendo

feita a proposta, necessariamente o réu e seu defensor terão que se manifestar quanto à aceitação da mesma, eis que a suspensão condicional do processo é um ato bilateral, que se concretiza mediante ato do juiz.

13. Diante do exposto, somos pelo conhecimento e concessão da ordem para anular a sentença condenatória, bem como o acórdão confirmatório da mesma, para que seja dada oportunidade ao Ministério Público que oficia em primeiro grau de jurisdição para pronunciar-se sobre a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 ao caso concreto.”

Do exposto, defiro o *habeas corpus*, para cassar a sentença condenatória e o acórdão que a manteve, em ordem a ser dada oportunidade ao Ministério Público, em primeiro grau, a fim de pronunciar-se sobre a aplicação do art. 89, da Lei nº 9.099/1995, ao caso concreto.

#### VOTO

O Sr. Ministro **Marco Aurélio**: Senhor Presidente, continuo convencido de que, em termos de provimento judicial, o único óbice que se tem à observância do disposto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95 é o trânsito em julgado, porque o preceito abrange características materiais, e a lei mais benéfica deve ser aplicada ao processo em curso, pouco importando que haja, ou não, sentença já formalizada.

Outro aspecto que também destoa da visão do Colegiado maior é quanto à natureza do direito; atendidos os pressupostos do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, vejo um direito subjetivo do próprio acusado. Eis como me pronunciei quando do julgamento que desaguou no precedente:

“A controvérsia que desaguou na impetração deste *habeas corpus* prende-se ao alcance do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, no que encerra o instituto da suspensão do processo. Eis o preceito:

‘Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).’

A Procuradoria-Geral da República oficiou, mediante a pena abalizada do Professor *Cláudio Lemos Fonteles*, no sentido de encerrar o preceito um poder-dever do Ministério Público, e não ato puramente discricionário. Por isso, propugnou pela “concessão da ordem para que sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem a fim de que o MM. Julgador pronuncie-se, **motivadamente**, sobre a promoção do Ministério Público, para acatá-la, ou não”.

O Ministro-Relator, embora reconhecendo tratar-se de um poder-dever, assentou estar o pronunciamento do Ministério Público fundamentado, embora de forma sucinta, e que, na espécie, ocorrida a negativa quanto à proposta de suspensão, não cabe quer a aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, ou seja, a remessa do processo ao procurador-geral, pelo juiz, considerado o controle do órgão do Ministério Público de 1º grau, quer, ao magistrado, avaliar o atendimento dos requisitos legais, inerentes à suspensão, e suprir o ato positivo do Ministério Público. Concluiu Sua Excelência, o Relator:

‘Desse caráter privativo que reconheço à manifestação do Ministério Público, bem como da natureza vinculada que distingue, a atribuição do magistrado, decorre a irrelevância da intimação de cuja falta se queixa o ilustre impetrante, bem como a improcedência da pretensão de ver-se o paciente unilateralmente favorecido pelo benefício do art. 89 da Lei nº 9.099/95.’

As notas taquigráficas que me vieram às mãos consignam o voto do Ministro **Nelson Jobim** no sentido de entender constituir a proposta de suspensão do processo simples faculdade atribuída ao Ministério Público, sentenciando Sua Excelência: “Não cabe a nós e nem ao Poder Judiciário, no caso específico, impor ao Ministério Público a apresentação de uma proposta, de resto, por quê? Porque a lei diz claramente: “poderá propor” e não “deverá propor”.

Com essa fundamentação, Sua Excelência acompa-

nhou o Ministro Relator, indeferindo a ordem.

Pedi vista dos autos para uma reflexão maior sobre o tema. A demora na devolução destes autos decorreu do fato de haver aguardado o desfecho de outro *habeas-corpus* em que suscitada a questão da competência do Supremo, quando o ato impugnado não é de tribunal superior. O envio de PEC (Proposta de Emenda Constitucional) versando sobre a matéria, levou-me a ressaltar o entendimento a respeito do tema, o que faço neste momento, reportando ao que publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº 9.

O emprego do verbo "poder" pelo legislador brasileiro, especialmente no campo penal, não é incomum. Preceitos outros, além do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, contemplam o citado verbo, e nem por isso é possível, à mercê de interpretação literal, chegar-se a concluir pela existência de faculdade, de campo propício ao subjetivismo, ser apropriada a decisão por simples conveniência, mesmo porque em jogo a liberdade, apego maior deve haver à observância do arcabouço normativo, como fica bem em um Estado Democrático de Direito. Há de afastar-se a possibilidade de predominar concepção pessoal, de critérios particularizados, alfim, de óptica calcada em um verdadeiro direito alternativo vindo a repercutir na liberdade do cidadão. Tome-se, como exemplo, o que se contém no artigo regedor da fixação do regime de cumprimento da pena. Há pouco, votando no *Habeas-Corpus* nº 75.663-8/SP, tive oportunidade de consignar que o emprego, no artigo 33 do Código Penal, do verbo "poder", ao mesmo tempo constante do artigo 89 ora em comento, não deve ser tomado como revelador de discricionariedade na fixação do regime de cumprimento da pena. Justifiquei a utilização do vocábulo pelo legislador com base na premissa de se ter, nas alíneas a, b e c do § 2º do artigo 33, regências diversas. Pela alínea a, o condenado à pena superior a oito anos há de começar a cumpri-la em regime fechado. O critério é estritamente objetivo, sendo norteado, conforme está no preceito, pela quantidade de anos relativos à pena de reclusão. Na alínea b, buscou-se revelar o enquadramento da situação jurídica em que a pena fique entre quatro e oito anos. Ao aludir-se ao início de cumprimento no regime semi-aberto, impôs-se a condição de o condenado não ser reincidente, e empregou-se

o verbo "poder" — poderá. Por último, quanto àqueles apenados com reclusão igual ou inferior a quatro anos, mais uma vez cogitou-se de não se tratar de reincidente, e, aí, também empregando-se o verbo "poder", cuidou-se do regime aberto. Indaga-se: na espécie, seria possível partir para o literalismo e dizer da feição discricionária do ato do juiz ao fixar o regime de cumprimento da pena?

Ao votar no referido *habeas-corpus*, ressaltei:

'Por outro lado, entendo que o ofício judicante não diz com o aspecto discricionário. O juiz sempre atua vinculado à lei, de acordo com as normas materiais e instrumentais aplicáveis à espécie; portanto, não decide conforme o humor do dia, o regime de cumprimento da pena, mas deve fazê-lo norteado pelo texto do artigo 33.'

Posteriormente, para minha própria reflexão, perquiri, tendo em conta o aspecto verbal, gramatical, do teor das alíneas **b** e **c** do § 2º do artigo 33, já que, relativamente à alínea **a**, dúvidas jamais pairaram, o seguinte:

'(...) diante dessa possibilidade, o que define se o regime será o semi-aberto ou o fechado? Por que a alínea **b** viabiliza, realmente, como salientado pelo Ministro **Maurício Corrêa**, a imposição do regime fechado, ainda que se trate de primário e a pena não exceda a oito anos?'

Fiz ver que o que define, diante da dualidade, o regime de cumprimento da pena é o texto do § 3º do artigo 33 do Código Penal — e a expressão inicial nele contida é muito sugestiva:

'A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste código.'

Aí temos a vinculação do juiz. Não é ele livre para fixar este ou aquele regime de acordo, como lancei, numa expressão de retórica, com o humor que esteja a dominá-lo no dia do julgamento. São as circunstâncias judiciais que servem de parâmetro. Mostrando-se elas favoráveis ao condenado descabe partir para regime de cum-

primento da pena mais gravoso, porquanto existente o direito subjetivo assegurado legalmente.

Esse raciocínio, lançado, é certo, relativamente ao ofício judicante, guarda harmonia com a atuação do Estado-acusador. Conforme ressaltado por LUIZ FLÁVIO GOMES, em *Suspensão Condicional do Processo Penal*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1997, tal como ocorre com as decisões judiciais — inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal — as manifestações do Ministério Público hão de ser fundamentadas. Pelo inciso I do artigo 129 da Carta tem-se competir-lhe promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Ora, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95, ao dispor sobre a suspensão do processo por dois a quatro anos, revela os requisitos para a tanto chegar-se, devendo estes, e apenas estes, em face do princípio da legalidade que submete o Ministério Público, especialmente quando em jogo o *status libertatis* do cidadão, ser observados.

Mais do que isso, a afastar a discricionariedade que alguns insistem em ver, no campo em exame, na atuação do acusador, tem-se o inciso VIII do artigo 129 do Diploma Básico. São funções institucionais do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Ora, o artigo 89 em análise não obstaculiza, em si, a oferta da denúncia. Apenas, considerada uma política de persecução criminal, cuja fixação não cabe ao Ministério Público, mas ao legislador, pressupõe, para os crimes de menor repercussão, nos quais a pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, a formalização da proposta visando a suspender o processo. Entender-se que se está diante não de um poder-dever do Ministério Público, balizado por regras legais a direcionar não ao princípio da oportunidade regrada, mas à atuação livre, no que presentes critérios de mera conveniência, é olvidar que o Órgão atua segundo os parâmetros legais, objetivando, com isso, colaborar para a indispensável segurança jurídica. Implica admitir que a aplicabilidade do disposto no artigo 89 ganha contornos relativos, ditados, como ressaltou, na obra referida, LUIZ FLÁVIO GOMES, por convicções particulares de cada representante do Ministério Público, variando de comarca a comarca, de vara a vara, conforme as concepções mantidas sobre o momento vivido e a necessidade de implemen-

tar-se rigor maior. E tudo isso ocorrerá quando em jogo a liberdade, colocando em xeque o princípio isonômico. O poder de que cogita o artigo 89 “é vinculado e transforma-se em dever quando presentes todos os requisitos legais da medida alternativa. A margem da recusa em se formular a proposta está dada pela lei: são os requisitos da suspensão. Dentro desta margem, o Ministério Público deve atuar. Para se posicionar contra a suspensão deve motivar sua manifestação e essa motivação está atrelada “estritamente” ao ordenamento jurídico”.

Senhor Presidente, a não ser assim ter-se-á colocado em plano secundário o princípio da igualdade, permitindo-se que elementos estranhos à ordem jurídica, totalmente irrelevantes quando em questão a liberdade, venham a definir se alguém deve cumprir a pena privativa de liberdade ou, uma vez aceitas as condições impostas pelo juiz, vê-la substituída na forma do artigo 89. Conforme salientado pelo autor do parecer da Procuradoria-Geral da República, a melhor doutrina já se debruçou sobre a matéria. DAMÁSIO DE JESUS, em *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Editora Saraiva, 4ª edição, 1997, sob o título “Princípio da obrigatoriedade da ação penal”, explicitou:

‘(...) A expressão “poderá” não deve ser entendida no sentido de discricionariedade absoluta. Desde que presentes as condições legais, o Ministério Público tem o dever de propor a suspensão condicional do processo.”

Também JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR e MAURÍCIO ANTONIO RIBEIRO LOPES, em *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, observaram:

‘A exemplo do que fixei em interpretação ao art. 76 desta Lei, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos — lá para a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, aqui para a suspensão condicional do processo — surge um direito subjetivo do argüido ao

benefício legal.’

E concluíram:

‘Se o Promotor de Justiça, ao oferecer a denúncia e sendo o caso de oferecimento da proposta, não a fizer, poderá o argüido solicitá-lo diretamente ao Juiz que, ouvido o Ministério Público, poderá concedê-lo. Caberá, também, e nas mesmas condições da recusa de oferecimento de proposta de transação nos casos cabíveis, a impetração de *habeas corpus*.’ (páginas 390 e 391).’

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra feita a quatro mãos — *Juizados Especiais Criminais*, Editora Revista dos Tribunais — não discrepam desse enfoque. No item 6.2, contido à folha 210, deixaram consignado, em abordagem ao princípio da discricionariedade regrada, e no tocante aos limites da atuação do Ministério Público:

‘Isso não pode significar, todavia, que o Ministério Público possa agir soberanamente, escolhendo os casos em que fará a proposta. Não é esse poder discricionário que lhe foi conferido. O fundamento da proposta de suspensão do processo, como sabemos, está no princípio da discricionariedade regulada, que confere ao órgão acusador o poder de optar pela via alternativa despenalizadora em tela, em detrimento da forma clássica. No instante do oferecimento da denúncia, destarte, abrem-se-lhe, dentro do novo modelo de Justiça criminal, dois caminhos: perseguir a resposta estatal clássica (pena de prisão, em geral) ou, de outro lado, abrir mão dessa penosa atividade persecutória (que tem o escopo de quebrar a presunção de inocência), enveredando para a via conciliatória da suspensão.

De qualquer modo, o certo é que o Ministério Público não optará por um caminho ou outro arbitrariamente, consoante seu modo de ver o mundo, suas idiossincrasias. Cada uma das duas vias



reativas possui seus pressupostos, taxativamente delineados. Ele tem uma alternativa, é verdade. Mas não é o dono isolado e soberano da escolha. Terá que pautar sua atuação, se deseja adequá-la ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, de acordo com as regras legais fixadas (...) É nisso que consiste uma das faces do denominado princípio da discricionariedade regradada. A outra parcela está em que tudo passa por controle judicial.'

Senhor Presidente, o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 submete, é certo, a suspensão do processo a uma vontade, a uma manifestação unilateral, mas essa é a daquele que, titular do direito ao devido processo, abre mão das garantias próprias e aceita, sem o julgamento de ação penal, do processo a que responde como acusado de prática de ato configurador de tipo penal, as condições estipuladas pelo juiz, devendo cumpri-las tal como fixadas. Isso decorre do teor do § 1º do artigo 89.

Por tudo, tenho que a manifestação da Procuradoria-Geral da República está a merecer acolhida. Cabia ao Juízo examinar o óbice apontado pelo Ministério Público ao deferimento da suspensão, aliás, de uma ambigüidade a toda prova, porquanto, impossibilitado materialmente de articular com a ausência de atendimento a qualquer dos requisitos legais, acabou por inserir no preceito condição que nele não se contém, ou seja, não se tratar de procedimento que, de alguma maneira, estimule o crime organizado. Presente o consumo da droga, teve como óbice o que se poderia chamar de estímulo aos traficantes. Em síntese, além de haver cogitado de algo relativo a procedimento de terceiro e sobre o alcance melhor dirá o Juízo, acabou por substituir-se ao próprio legislador, como se tivesse um *bill* de indenidade e não se submetesse ao princípio da legalidade, em jogo o interesse público, alfim, a liberdade do homem.

Concedo a ordem, para que o Juízo, de forma motivada, examine o enquadramento, ou não, da hipótese na regra do artigo 89 da Lei nº 9.099/95." (*Habeas-Corpus* nº 75.343-4/MG, relatado pelo Ministro Octavio Gallotti, perante o Pleno, julgado em 12 de novembro

de 1997, tendo sido Relator designado o Ministro **Sepúlveda Pertence**).

V. Exa. esclareceu, e o Advogado também ressaltou da tribuna, que houve um grande equívoco, ou seja, teve-se a lei como editada em data posterior à prolação da sentença, e deu-se, com isso, uma ênfase maior ao efeito vinculante, no caso espontâneo, para mim o mais razoável.

Acompanho o voto de V. Exa. e, no caso, fulmino sentença e acórdão, a fim de que se instaure o incidente previsto no artigo 89 da Lei Especial.

É o meu voto.

#### EXTRATO DA ATA

HC 76.436 — PR — Rel.: Min. **Néri da Silveira**. Pacte.: *Glauco Emerson Lopes Marochi*. Impetes.: *Walter Borges Carneiro* e outros. Coator: *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*.

Decisão: Por unanimidade, a Turma deferiu o *habeas corpus*, para cassar o acórdão e a sentença condenatória, em ordem a ser dada oportunidade ao Ministério Público, em 1º grau, para pronunciar-se sobre a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, ao caso concreto. Falou, pelo paciente, o Dr. *Walter Borges Carneiro*.

Presidência do Senhor Ministro **Néri da Silveira**. Presentes à Sessão os Senhores Ministros **Carlos Velloso**, **Marco Aurélio**, **Maurício Corrêa** e **Nelson Jobim**. Subprocurador-Geral da República, Dr. *Cláudio Lemos Fonteles*.

Brasília, 14 de abril de 1998 — CARLOS ALBERTO CANTANHEDE, Secretário.