

"Sursis Antecipado" (Art. 89 - Lei N° 9.099/95): Direito Subjetivo do Acusado ou Mecanismo Jurisdicional Ínsito na Discricionariedade Regrada do Acusador Público?

José Ronald Vasconcelos de Albergaria

Promotor de Justiça

A questão acima posta tem sido alvo de inúmeras controvérsias, com opiniões das mais variadas, dividindo os doutrinadores em sede penal.

Nossos doutos Tribunais, por sua vez, acolhendo, *data venia*, as conclusões precipitadas da Comissão Nacional da Interpretação da Lei n° 9.099/95, sobretudo aquelas estatuídas na sua 13^a cláusula, que assentou que "se o Ministério Público não oferecer a proposta de transação penal e suspensão do processo nos termos dos arts. 76 e 89, poderá o juiz fazê-lo", estão agindo, a meu

juízo, de forma equivocada, desrespeitando, inclusive, a Constituição Federal.

Sob a falsa crença de que a suspensão processual do art. 89 da Lei nº 9.099/95 seria "nítido direito subjetivo do acusado", nossos seletos Tribunais estão determinando a baixa dos autos para ali remetidos em grau de recurso, quando existe apenas o inconformismo da defesa, para as suas Comarcas de origem, a fim de que os Promotores de Justiça, com atribuições nas mesmas, já findas as jurisdições dos seus respectivos Magistrados, formulem o "sursis antecipado".

Sem embargo disso, na maioria das vezes, as penas aplicadas ultrapassam o limite temporal de um ano, estabelecido como condição para o questionado "benefício" e, mesmo assim, os Em. juízes Relatores insistem para que a proposta despenalizada seja feita pelo *Parquet*, argumentando que o trânsito em julgado das decisões de 1ª Instância ainda não aconteceu. As causas de aumento de pena, descritas nas denúncias e acatadas pelos juízes de 1º Grau e que, por isso, elevaram as reprimendas para patamar superior a um ano, são simplesmente desconsideradas em 2º Grau de Jurisdição.

Pior ainda. Se o membro do *Parquet* se recusa a apresentar a proposta de suspensão, o Juiz Relator "impõe" ao colega de 1ª Instância que o faça, provocando a ação da parte adversa para que ela se manifeste nos autos, dizendo se deseja ou não a concessão do "benefício".

Daí se percebe a pouca importância conferida ao Ministério Público, porque os preclaros Sobrejuízes fazem

tabula rasa do princípio da aplicação consensual da pena, violentam a autonomia da vontade do acusador e conspurcam o princípio do contraditório, ferindo, outrossim, a própria Magna Carta.

Para exemplificar o que vem ocorrendo em todo o Estado de Minas Gerais, quero salientar um caso prático acontecido em minha Promotoria, a 11^a da Capital (9^a Vara Criminal), a fim de melhor abordar a hipótese vertente aqui questionada. Fui surpreendido pela decisão de uma Em. Juíza do Tribunal de Alçada, Relatora de um processo-crime onde uma médica, condenada a um ano e quatro meses de detenção, por incurso nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, em grau de apelação, buscava a sua absolvição. Não houve recurso do Ministério Público, que se limitou às premissas do silogismo apresentado pela d. defesa.

Uma exposição sucinta do caso, como forma de digressão para a resposta da indagação em estudo, como disse anteriormente, parece-me de grande valia, porque colegas no interior de Minas têm sofrido com o mesmo problema.

Pois bem, a Em. Juíza acima citada entendeu ser aplicável ao caso supra-referido o instituto da suspensão (art. 89 da Lei nº 9.099/95), razão pela qual devolveu o feito ao Juízo a *quo*, para que o *Parquet* formulasse a sua proposta para a paralisação do processo.

Diante da recusa justificada do Ministério Público, que compreendeu ser incabível a suspensão processual, o MM. Juiz Sentenciante enviou os autos ao

Tribunal *ad quem*. Todavia, por mais uma vez, a Juíza Relatora, interpretando que a suspensão seria de fato direito subjetivo da sentenciada, determinou o retorno dos autos ao Juízo de 1ª Instância, quando o ínclito Magistrado, secundando o entendimento de sua colega, ouvidos e acordes advogado e apelante, suspendeu o feito, à revelia do *Parquet*.

Com efeito, em última análise, travestiu-se o Magistrado a *quo* em verdadeiro Juiz-acusador ao conceder, de ofício, já finda a sua jurisdição, o benefício em foco, violando, assim, direito líquido e certo do *Parquet*, pois somente o órgão ministerial detém, com exclusividade, a oportunidade e a conveniência para formular a proposta despenalizadora em tela, na condição de titular da ação penal.

Some-se a isso a disposição contida no art. 90 da lei que criou os Juizados Especiais Criminais, *verbis*:

"Art. 90. As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver finda."

A exegese do referido artigo é claríssima. Uma vez iniciada a instrução criminal, as disposições da Lei nº 9.099/95 são inaplicáveis.

Eis aí a primeira razão para que os colegas rejeitem as decisões dos seus respectivos juízes, notadamente nos casos em que a suspensão atinge feitos já decididos em 1ª Instância e que retornam às Comarcas de origem para o mister acima apontado.

É bom lembrarmos que se o mencionado artigo, em face do princípio constitucional da retroatividade incondicional da lei nova menos severa (art. 5º, XL, CF; art. 2º, parágrafo único, CP), a priori, merece algumas ressalvas, também é certo admitirmos que ele ainda se encontra em plena vigência, até porque, sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou.

Sendo assim, como conclusão lógica, podemos inferir que o art. 90 da Lei nº 9.099/95, não tendo sido revogado, ainda regula a matéria em discussão.

De outra face, uma segunda questão também merece a nossa atenção. O fim precípua da jurisdição é a composição da lide através do processo. O Juiz, ouvindo os litigantes, colhendo os elementos probatórios para a sua convicção, desinteressada e imparcialmente, emite juízo de valor sobre a pretensão que serviu de base ao litígio, dando a cada um o que é seu.

Todavia, uma vez esgotada a sua jurisdição, prolatada a sentença que tornou efetiva a vontade concreta da lei, como poderia o magistrado manifestar-se novamente no feito, suspendendo o processo, como querem os Sobrejuizes dos nossos dois Tribunais? Demais disso, os órgãos jurisdicionais precisam ser provocados para atuar. Logo, a atividade jurisdicional não pode automovimentar-se. Trata-se de atividade inicialmente inerte, expressa na máxima *wo kein anklager ist, auch kein richter* (onde não há acusador, não há juiz).

Logo, contrapondo-se a atividade jurisdicional à atividade provocadora, cumpre gizarmos que sem ter

cobrado pela ação da parte o magistrado não tem como entregar-lhe a sua prestação judicial.

Portanto, se o detentor da oportunidade para a feitura da suspensão antecipada, no caso, o órgão do Ministério Público, fundamentando sua posição, se recusa a apresentar a proposta do art. 89, da Lei nº 9.099/95, o juiz, por sua livre conta, de ofício, não poderia exercitá-la porque estaria invadindo atribuições conferidas, com exclusividade, ao *Parquet*.

Ora, vigora no processo de tipo acusatório, próprio do Estado Democrático de Direito, consagrado pela nossa Constituição Federal, a regra de igualdade processual, segundo a qual as partes se encontram no mesmo plano, com direitos iguais.

Cumpre lembrar que se a ação penal é o direito de se invocar a tutela jurisdicional do Estado, não se concebe, por incongruente, que o próprio Estado-Juiz invoque a si mesmo a tutela em apreço. O próprio juiz estaria solicitando uma providência a si mesmo. Haveria, como muito bem diz CARNELUTTI, jurisdição sem ação como se tem no processo de tipo inquisitório adotado pelos Estados totalitários.

Por isso, a solução mais consentânea com a Justiça seria, então, nos casos em que o juiz e promotor divergem quanto à aplicação da suspensão, a remessa do feito para a apreciação do ilustre Procurador-Geral, nos moldes do art. 28, do CPP.

Na realidade, no exemplo comentado, desde a minha primeira manifestação nos autos, solicitei do MM. Juiz a *quo* o envio do processo ao Exmo. Sr. Procurador-Geral. Como não fui atendido, impetrei a segurança de estilo.

Vê-se, com isso, que toda a questão até aqui gizada está cingida, indiscutivelmente, ao alegado "direito público subjetivo" do acusado.

O conceituado professor AFRÂNIO SILVA JARDIM posicionou-se da seguinte maneira, *verbis*:

"Já a suspensão condicional do processo seria uma mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal. O artigo 42 do Código de Processo Penal diz que o Ministério Público não pode desistir da ação que tenha exercitado. A Lei nº 9.099/95 diz que, naqueles casos, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode propor ao réu a suspensão condicional do processo, após o que, cumpridos aqueles requisitos que a Lei prevê e que o Juiz pode estipular, está extinta a punibilidade através desse instituto: suspensão condicional do processo. O réu teria direito à suspensão condicional do processo ou é uma mitigação ao princípio da indisponibilidade? É uma faculdade jurídica do Ministério Público? Parece-me que é uma faculdade jurídica do Ministério Público."

Para fazer essa ilação, o eminente mestre, doutor em Direito Penal e Processual Penal, estudou o

perdão judicial na ação privada. Nela, o querelante, usando a discricionariedade, excepcionando o princípio da indisponibilidade da ação penal, concede o perdão ao querelado. Pergunta-se: o querelado teria o direito de exigir o perdão do querelante? É óbvio que não. O perdão somente ocorreu em virtude da discricionariedade utilizada pelo querelante. O mesmo raciocínio deve ser aplicado em face do Ministério Público.

Enfocando a mesma questão acima aduzida, defendendo a premissa de que a suspensão processual não é um "direito público subjetivo do acusado", MARINO PAZZAGLINI FILHO, ALEXANDRE DE MORAES, GIANPAOLO POGGIO SMANIO e LUIZ FERNANDO VAGGIONE, *in Juizado Especial Criminal-Aspectos Práticos da Lei n° 9.099/95*, p. 95, anotaram o seguinte, *verbis*:

"Como detentor da exclusividade da ação penal pública, somente o Ministério Público poderá dispô-la nos termos da própria Constituição Federal (art. 98, I) e da Lei n° 9.099/95, propondo, Juntamente com a denúncia, a suspensão condicional do processo, que somente poderá ser homologada pelo Poder Judiciário após expressa aceitação do acusado e análise de sua legalidade. Assim, somente em virtude de consenso, ou seja, da possibilidade desta transação processual entre o Estado, através do Ministério Público, e o acusado, devidamente acompanhado por seu advogado, permitida no texto constitucional (art. 98, I), é que poderá afastar-se o

processo determinado, acusado." suspendendo-o, e aplicando por tempo condições ao

"Existindo, pois, *jus puniendi* e *jus punitonis* do Estado na aplicação e efetivação da pena pela autoridade judicial competente, por crime definido em lei, através do devido processo legal, não há como sustentar existência de direito subjetivo do acusado á suspensão condicional do processo."

No mesmo diapasão, LUCAS PIMENTEL DE OLIVEIRA (*Juizados Especiais Criminais*, Edipro, 1995, p. 76), sustenta que a suspensão do processo,

"ao contrário do infeliz entendimento que se aflora, não é um direito subjetivo do acusado, constituindo verdadeiro mecanismo jurisdicional ínsito na discricionariedade limitada ou regrada do acusador público, emanada do ordenamento jurídico... a discricionariedade regrada, reitera-se, confere ao acusador público, e só a ele, a análise da conveniência de se propor ou não a suspensão, de acordo com a política criminal exigida pela realidade de cada comarca. É preciso abandonar o vetusto sistema da obrigatoriedade da ação penal e aceitar o revolucionário instituto da forma como previsto, sem distorções".

De outra parte, o competente DR. GIOVANI MANSUR DE SOLHA PANTUZZO, digno Promotor de Justiça

da Capital, assessorando o preclaro Procurador-Geral de Justiça, em recente recurso ordinário por ele aviado e endereçado ao seletor Superior Tribunal de Justiça, teceu argumentos irretorquíveis contra o alegado "direito público subjetivo" do acusado, o fazendo da seguinte maneira:

"Outro aspecto que chama a atenção é que, nos termos do artigo 89 *sub oculi*, são requisitos para a concessão da suspensão do processo, além do fato de que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, aqueles outros que autorizam a concessão da suspensão condicional da pena, elencados no artigo 77 do Código Penal. O primeiro requisito ali contido é de aferição objetiva: diz respeito à não reincidência em crime doloso. Porém, as condições previstas no inciso II, do referido artigo 77, são de índole exclusivamente subjetiva: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias, Fica difícil conceber a idéia da suspensão da pena como direito subjetivo do acusado, tendo em vista a existência de requisitos cuja satisfação somente poderá ser definida a partir da análise de ordem subjetiva. Como poderia o acusado afirmar-se detentor de todos os requisitos legais exigidos para a obtenção da suspensão, se não lhe compete formular juízo acerca dos itens arrolados no inciso II, do artigo 77, do Código Penal?"

Antes da aferição oficial da satisfação de tais requisitos, não se pode afirmar que tenha o acusado qualquer direito á suspensão preconizada no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais."

Cumpre destacarmos o que disseram, sobre o tema em exame, os membros que elaboraram o Anteprojeto de Lei, do qual resultou a Lei nº 9.099/95, os ilustres professores ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES e ADA PELLEGRINI GRINOVER, *verbis*:

"Mesmo para a transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o juiz homologue uma transação que elimina ou suspende o processo, contra a vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais."

Ensinaram, ainda, os doutrinadores, *verbis*:

"Mesmo porque o direito de ação não se esgota no impulso inicial, mas compreende o exercício de todos os direitos, poderes, faculdades e ônus asseguradas ás partes ao longo de todo o processo."

Mais adiante, repisaram o entendimento, *verbis*:

"Em suma, presentes todos os requisitos legais da suspensão condicional do processo, deve o Ministério Público formular a proposta respectiva. E se, mesmo assim, não o fizer? Cremos que agir de ofício o juiz não pode (há quem pense de modo contrário: Damásio E. de Jesus, por exemplo)."

Das lições supracitadas, percebe-se, sem sombra de dúvida, que o Judiciário não pode sobrepor-se ao Ministério Público, porquanto a segunda instituição detém, com exclusividade, como parte acusatória, a titularidade da ação penal.

A competente ADA PELLEGRINI GRINOVER, procurando solucionar a questão controvertida em exame, de forma magistral, asseverou o seguinte, *verbis*.

"São essas as razões pelas quais nos animamos a oferecer outra sugestão, menos simples - é verdade - mas consentânea com os princípios constitucionais do processo e com a preservação da autonomia da vontade: consiste ela na aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. Considerando improcedentes as razões invocadas pelo representante do *Parquet* para deixar de propor a transação - e essas razões devem ser necessariamente manifestadas, em respeito ao princípio constitucional da motivação do ato administrativo, implícito no art. 37, CF e expresso no art. 11 da Constituição do

Estado de São Paulo, aplicando-se, ainda, ao Ministério Público o art. 129, VIII, CF e o art. 43, III, de sua lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) - o juiz fará a remessa das peças de informação ao Procurador-Geral e este poderá oferecer a proposta, designar outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistir em não formulá-la. Neste último caso, nada mais resta a fazer do que designar a audiência prevista na lei para o rito sumaríssimo (art. 77 ss.), o que também ocorrerá se se tratar de queixa-crime e não quiser o querelante oferecer proposta de acordo penal."

A solução apontada pela ilustre professora tem o condão de coibir equívocos ou mesmo abusos porventura praticados pelos órgãos de execução do Ministério Público, além de preservar o sistema acusatório adotado pelo nosso Código de Processo Penal e, finalmente, de melhor se adequar ao espírito da nova lei, que conferiu ao *Parquet*, unicamente, a possibilidade de oferecimento da transação penal em estudo.

De outro lado, em sentido contrário ao até aqui estudado, argumentam os defensores da corrente doutrinária do alegado *direito público subjetivo* que tal instituto se assemelharia ao *sursis*, que a seu turno, por sua ótica, também se trataria de *direito subjetivo* do condenado.

No entanto, segundo DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS, in *Comentários ao Código Penal*, Editora Saraiva, p. 720, *verbis*:

"O instituto, na reforma penal de 1984, não constitui mais um direito público de liberdade do condenado nem incidente de execução. É medida penal de natureza restritiva da liberdade. Trata-se de pena. Não é um benefício."

De igual maneira, MIGUEL REALE JÚNIOR, RENÉ ARIEL DOTTI, RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO (Forense, 1987, p. 211 - *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*), entendem que o *sursis* encerra uma autêntica pena restritiva de direitos, não se tratando, assim, de mero benefício ou mesmo de um direito do réu. Dizem eles que a essência, claramente sancionatória, da suspensão condicional, como manifesta e evidente restrição de direitos, vem indicada pela Lei de Execução Penal, que a retirou dos incidentes de execução e a incluiu na parte referente à execução das penas em espécie.

Na mesma esteira, JASON SOARES DE ALBERGARIA, *in Comentários à Lei de Execução Penal*, Editora Aidê, dispõe que a doutrina ainda é discordante quanto à natureza jurídica da suspensão condicional. Para uns é pena, para outros, medida de segurança. Ou um misto de pena e medida de segurança. Sob a perspectiva jurídica, a suspensão condicional é uma pena porque há intromissão na esfera jurídica do condenado, com a submissão a medidas de tratamento social e a obrigações impostas pelo juiz ou por lei. Sob o enfoque da política criminal, o *sursis* é uma modalidade de tratamento reeducativo em meio livre.

Na realidade, em síntese, o *sursis* é uma pena cujo fim preventivo especial se confunde com o tratamento reeducativo em meio livre.

Assim, importando o *sursis* em verdadeira restrição de direitos do condenado, é óbvia a conclusão de que tal instituto jamais poderia ser tido como sendo um *benefício ou direito do réu*.

Deduz-se, portanto, que as premissas do silogismo ardorosamente advogado por aqueles que entendem ser a suspensão do processo um *direito do acusado*, porque *idêntico*, o falado instituto, ao *sursis*, se equivocam inteiramente, porquanto sua argumentação está centrada em aforismos falsos. O *sursis*, como se viu, não é um direito subjetivo do condenado. Logo, a suspensão do art. 89 da Lei nº 9.099/95, *data venia*, também não pode ser considerada como um *direito do imputado*.

A comparação entre os dois institutos, peço *venia* mais uma vez, traria como ilação lógica justamente silogismo antagônico ao defendido por aqueles que pensam ser a suspensão do art. 89 *direito público subjetivo* do acusado. Se o *sursis* e a *suspensão antecipada* trazem em seu bojo medidas restritivas de direitos, daí decorre que ambos, por certo, jamais poderiam ser taxados sob a perspectiva de serem *direitos subjetivos* dos condenados e acusados.