

Da impossibilidade de deferir a suspensão condicional do processo *ex officio*

Antonio Simini Júnior
Promotor de Justiça – SP

Milton Quintana
Oficial de Promotoria – SP

Ao instituir a suspensão condicional do processo, a Lei dos Juizados Especiais Criminais mitigou o conhecido princípio da indisponibilidade da ação penal, adotando a chamada discricionariedade regrada.

Desse modo, o Ministério Público continua tendo o poder-dever de oferecer denúncia e iniciar a instância penal. Contudo, o legislador, por razões de política criminal, deferiu-lhe o exame da conveniência do prosseguimento da persecução penal, que é limitado às hipóteses estabelecidas no artigo 89 da Lei nº 9 099/95, mas, de forma alguma, instituiu o juízo inquisitivo.

A novel normativa não determina ao Promotor de Justiça que não aja em determinados casos, mas sim, possibilita que ele, ao vislumbrar que a ação penal não atende a política criminal, deixe de promover ou prosseguir na ação proposta, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Conseqüentemente, a dedução de que a suspensão condicional do processo representa direito subjetivo do acusado é equivocada, aliás, como já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal: “Ementa – Suspensão condicional do processo (Lei nº 9 099/95, art. 89): natureza consensual: recusa do Promotor: aplicação, *mutatis mutandis*, do art. 28 C Pr Penal. A natureza consensual da suspensão condicional do processo – ainda quando se dispense que a proposta surja espontaneamente do Ministério Público – não prescinde do seu assentimento, embora não deva este sujeitar-se ao critério individual do órgão da instituição em cada caso. Por isso, a fórmula capaz de compatibilizar, na suspensão condicional do processo, o papel insubstituível do Ministério Público, a independência funcional de seus membros e a unidade da instituição é aquela que – uma vez reunidos os requisitos objetivos da admissibilidade do *sursis* processual (art. 89, *caput*) *ad instar* do art. 28 C Pr Penal – impõe ao Juiz submeter à Procuradoria-Geral a recusa de assentimento do Promotor à sua pactuação, que há de ser motivada” [*Habeas Corpus* nº 75.343-4 Minas Gerais

– Redator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence – Paciente: Juarez Quintão Hosken Filho – Impetrante: Bady Elias Curi Neto – Coator: Tribunal de Justiça de Minas Gerais]

Caso fosse realmente um direito subjetivo do réu, o Ministério Público, mesmo tendo a lei despenalizadora lhe conferido certa dose de discricionariedade, não poderia ponderar, no momento do exame de seu cabimento, a repercussão de determinada conduta no contexto social em que foi praticada.

Rememore-se que, além dos requisitos objetivos, deve o denunciado preencher os requisitos subjetivos para ter direito ao *sursis* processual, como prevê expressamente a parte final do artigo 89 da citada lei.

Assim sendo, salta à vista que o Ministério Público é a instituição competente para avaliar o cabimento e a conveniência de se formular eventual proposta de concessão do acordo de suspensão condicional do processo.

Além disso, não se pode olvidar que a lei não previu a concessão da suspensão de ofício pelo Juiz, como também a referida proposta implica acordo, isto é, anuência das partes.

Ora, no processo penal as partes são o Promotor de Justiça e o denunciado, que estará assistido por defensor.

Em uma visão topográfica da redação da lei, observa-se que o legislador consagrou a proposta ministerial como condição para a suspensão do procedimento para, em seguida, indagar a aceitação do acusado e de seu advogado e, por fim, disciplinar a homologação do acordo pelo Magistrado.

Como se vê, o Magistrado não participa da transação, senão para homologá-la, porque, do contrário, estaria avocando a condição de parte, em substituição compulsória do órgão acusador, o que se mostra incompatível com o moderno processo penal acusatório que, neste âmbito, repugna qualquer atividade *ex officio* do Poder Judiciário, em atenção a sua obrigatória imparcialidade.

Nesse passo, peço *venia* para trazer a lição de Mirabete [Ob. cit., pág. 153] sobre o assunto: “... a proposta de suspensão condicional do processo é também uma atividade discricionária controlada ou limitada, ou regrada, do Ministério Público, não podendo constituir, ao mesmo tempo, um direito do sentenciado. O Ministério Público é o titular, privativo, da ação penal pública, afastada a possibilidade de iniciativa e, portanto, de disponibilidade por parte do juiz (art. 129, I, da Constituição Federal). Não podendo, portanto, a lei, e muito menos uma interpretação extensiva dela, retirar-lhe o direito de pedir a prestação jurisdicional quando entende que deva exercê-la. Consagrado pela Constituição Federal o sistema acusatório, onde existe separação orgânica entre

o órgão acusador e o órgão julgador, não pode um usurpar a atribuição ou competência do outro. Por consequência, ao titular do *ius persecuendi* pertence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade”.

Nesta mesma trilha caminha a jurisprudência.

Abordando a questão, nos autos de Apelação nº 1.036.147/9, em brilhante acórdão relatado pelo preclaro Desembargador Damião Cogan, assim se pronunciou a 1ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, por votação unânime: “... Como já de longa data se preleciona, e voltou a atual Constituição Federal a enaltecer, as funções de promover a ação pública e a de julgar são diversas. Cabendo ao Ministério Público exclusiva promoção da ação penal pública nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, e mencionando o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 que 'o Ministério Público, ao oferecer denúncia, poderá propor suspensão do processo', é certo que a interpretação mais consentânea é de que se trata de faculdade do órgão da Justiça Pública, não podendo o juiz agir de ofício. Não se trata de *sursis*, onde já terminada a ação penal exsurge o direito subjetivo do réu à suspensão da pena, onde tem o juiz o dever, presente os requisitos legais, de concedê-la. No caso da suspensão do processo não se tem sequer condenação, não podendo, pois, o Juiz agir *ex officio*, fazendo as vezes do órgão titular da ação penal. Impera no Processo Penal o Princípio da Obrigatoriedade da propositura da ação penal, vigendo, em face da denúncia, o princípio *in dubio pro societate*. Assim, não pode o Juiz imiscuir-se, indevidamente, na ação em curso para, passando sobre a manifestação ministerial, conceder a suspensão do processo. Caso se pretendesse que tal benefício fosse direito público subjetivo, tal fato viria descrito no texto legal e não seria na palavra poderá dirigida ao Órgão Ministerial. Também o texto legal não mencionou que o juiz poderia agir *ex officio* para concessão deste benefício. Assim, o que a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo...”

Nesse diapasão, o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que ao julgar *Habeas Corpus* em face de recusa do Promotor de Justiça em fazer proposta suspensiva, relatou que: “... a obrigatoriedade da ação penal cedeu, nas hipóteses em que admitida a suspensão condicional do processo, a um regime de discricionariedade regrada, ou discricionariedade mitigada pelo Ministério Público. Mas não posso fugir, com todas as vênias, à opção legislativa que, no art. 89 da Lei nº 9.099, caracterizou o instituto como transação processual-penal, a partir de proposta do Ministério Público. Posso chegar, para não consagrar o arbítrio, até a dispensar a espontaneidade ou originalidade da proposta. O que não posso, num instituto claramente definido

como mecanismo de Justiça Criminal transaccional ou pactuada, é subtrair da formação desse acordo, é expulsar dessa transação uma das partes do processo, a parte acusatória, o Ministério Público, ao qual, literal e expressamente, a lei teria dado mais, porque lhe reservou a iniciativa da proposta” [STF – Acórdão: HC nº 75.343-4]

Conclui-se, destarte, que é vedado ao Julgador efetuar a proposta de suspensão condicional do processo por iniciativa própria, em discordância e a revelia da posição adotada pelo Ministério Público.

Conquanto seja vedado ao Magistrado conceder de ofício a suspensão condicional do processo, a posição adotada pelo Promotor de Justiça, em primeira instância, que eventualmente se recusa ao oferecimento da proposta nesse sentido, à evidência, não pode impor-se de maneira absoluta

Cabe ao juiz, caso discorde do posicionamento adotado pelo *Parquet*, aplicar por analogia o preceito contido no artigo 28, do Código de Processo Penal, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça que, na qualidade de Chefe da Instituição, tem a incumbência de avaliar a manifestação do órgão de primeiro grau e dar a decisão final sobre o oferecimento ou não da respectiva proposta

Nessas hipóteses atua o Juiz numa função anormal, de fiscal do princípio da obrigatoriedade que, como visto, à luz da Lei nº 9.099/95, é mitigada

Essa solução é a mais adequada, ante a ausência de outro mecanismo processual contido na lei despenalizadora, destinado a reformar eventual recusa injustificada do Promotor de Justiça

Outra não é a orientação de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes [Ob. cit., págs. 211-2]: “Em suma, se presentes todos os requisitos da suspensão condicional do processo, deve o Ministério Público formular a proposta respectiva. E se, mesmo assim, não fizer? Creemos que agir de ofício o juiz não pode. Eliminada a possibilidade de atuação do juiz *sponte sua*, só resta considerar o artigo 28 do CPP (aplicado analogicamente como solução plausível). Parte-se do pressuposto de que a suspensão condicional do processo é instituto de natureza processual, atrelado ao princípio da discricionariedade regrada, cabendo ao Ministério Público a escolha da via reativa ao delito. A suspensão, por outro lado, de modo algum poderia ser concebida sem a transação explícita do órgão acusatório. A solução para recusa injustificada está no artigo 28 do CPP, portanto. E se o Procurador-Geral de Justiça insistir na não realização da proposta de suspensão, nada mais pode ser feito”.

Em conformidade com essa posição têm sido as recentes decisões de nossos Tribunais: Rec. Esp. nº 155.426 – SP, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T. do STJ, v.u., j. 17.2.1998, Ementário de Jurisprudência – TJSP – 1997 – pág. 153

Assim, se remetido os autos à Egrégia Procuradoria-Geral de Justiça, por analogia ao artigo 28 do Código de Processo Penal, deve o julgador “colher a palavra definitiva da chefia da instituição, que, discordando de seu representante, deverá nomear outro membro para a iniciativa da proposta” [RHC nº 5.720-SP, Rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª T. do STJ, v.u., DJU 30.6.1997, pág. 31.080]. De modo que, manifestando-se pelo prosseguimento do processo, por ser palavra final, outra alternativa não cabe senão dar andamento ao feito

Data venia, não é lícito ao Julgador se sobrepor à atividade acusatória do Ministério Público, desrespeitando sua função constitucional, titular único da ação penal.

Não existindo mais entre nós o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la por meio da propositura de ação penal. É a regra no *ne procedat iudex ex officio*.

Como lembra José Frederico Marques [“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I, Bookseller, 1997, pág. 181]: “Não há no processo penal pátrio o procedimento *ex officio*. A acusação pública é atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público, enquanto que a acusação privada pertence ao ofendido, com a atuação supletiva, em alguns casos, do próprio Ministério Público”

A relação processual, também no processo penal, só é instaurada mediante provocação do órgão acusador, através da ação penal, donde conclui-se inexistir jurisdição sem ação.

Ora, do contrário, estaria o Magistrado avocando-se de competência que não tem, uma vez que não existe jurisdição sem ação. Cabe ao juiz ser o responsável pelo impulso do processo, sua direção e garantia de que chegue a um termo rápido e seguro.

Não tem o Poder Judiciário competência para avocar a si função legiferante e criar obstáculos para propositura da ação penal, uma vez que não foi esta a opção do legislador.

Contudo, se o assim fizer o julgador, estará produzindo insegurança na aplicação do direito.

Ao determinar, de ofício, a proposta de suspensão condicional do processo, e não acolhendo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que é definitiva, incorrerá o Julgador em flagrante inconstitucionalidade, na medida em que se está criando um obstáculo ao exercício, pelo Ministério Público, do *jus persequendi* assegurado pelo artigo 129, inciso I, da Carta Magna