

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**.

Brasília-DF, 22 de novembro de 2000 (data do julgamento). Ministro **Vicente Leal**, Presidente. Ministro **Felix Fischer**, Relator.

Publicado no DJ de 12.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro **Felix Fischer**: O Ministério Público Federal opôs embargos de divergência contra ao v. acórdão da egrégia Sexta Turma, assim ementado:

“Penal. Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Direito subjetivo do réu.

A suspensão condicional do processo, solução extra-penal para controle social de crimes de menor potencial ofensivo, é um direito subjetivo do réu, desde que presentes os pressupostos objetivos.

Não fica ao alvedrio do Ministério Público oferecer ou não a proposta. Ao deixar de oferecê-la, mesmo presentes os pressupostos próprios para aplicação no instituto da suspensão do processo, deve o juiz não se substituir ao órgão do Ministério Público, mas deve ele decidir.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (fl. 534).

Alega o Embargante divergência jurisprudencial com julgados da Terceira Seção (EREsp n. 185.187-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca) da Quinta Turma (RHC n. 8.607-SP). Argumenta que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal, apenas ele pode oferecer a proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89, Lei n. 9.099/95), não devendo o juiz agir de ofício ante a ausência de oferecimento pelo *Parquet*.

Embargos admitidos à fl. 568.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro **Felix Fischer** (Relator): Inicialmente, é bem de ver que a divergência está plenamente caracterizada. E, antes de penetrar na discussão do confronto dos posicionamentos, merece destaque o fato – aparentemente desapercibido – de que se aplicou a Lei n. 9.099/1995, na parte da suspensão do processo, de *forma retroativa*. O evento era anterior à *novatio legis* e já havia sentença condenatória (cf., *v.g.*, SFT: a) HC n. 74.463-SP, Primeira Turma, Relator Min. **Celso de Mello**, DJU de 7.3.1997; b) HC n. 75.671-PR, Primeira Turma, Relator Min. **Octavio Gallotti**, DJU de 7.11.1997; c) HC n. 75.575-DF, Primeira Turma, Relator Min. **Sydney Sanches**, DJU de 5.12.1997; d) RE n. 217.626-SP,

Primeira Turma, Relator Min. **Ilmar Galvão**, DJU de 28.8.1998; e) HC n. 76.717-RS, Segunda Turma, Relator Min. **Maurício Corrêa**, DJU de 30.10.1998; f) HC n. 77.913-RS, Primeira Turma, Relator Min. **Sepúlveda Pertence**, DJU de 19.12.1998; g) HC n. 76.968-RS, Segunda Turma, Relator Min. **Néri da Silveira**, DJU de 3.3.2000, p. 61; STJ: a) REsp n. 195.483-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 10.5.1999, p. 223; b) HC n. 9.951-SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJU de 15.5.2000; c) REsp n. 174.465-PR, Sexta Turma, Relator Min. **Fernando Gonçalves**, DJU de 2.8.1999, p. 227.

Quanto à divergência em si, a melhor solução é a aplicação do mecanismo procedimental previsto no art. 28 do CPP (*via analogia*), no caso da existência de omissão do *Parquet* ou da divergência de entendimento entre juiz e Promotor de Justiça

A *uma*, encarando-se o *sursis* processual como forma de transação (a lei é clara: ao Ministério Público cabe *proponere*; ao acusado *acceptare* e, ao juiz, *suspendere*), incabível é, na hipótese de divergência, a proposta partir, *extra legem*, do magistrado *no mesmo grau de jurisdição*. Até pelos efeitos penais, tal solução é tecnicamente estranha, inusitada, visto que o juiz não é o *dominus litis*. Há, aí, flagrante ofensa ao art. 129, inciso I, da Carta Magna e violação ao art. 25, inciso III, da LONMP. Existe, aí, também, inobservância das regras processuais fundamentais, tais como a da relação processual – *actum trium personarum* – e o da iniciativa das partes – *ne procedat iudex ex officio* – inerentes à sistemática legal moderna (*v.g.*, constitucionalmente: arts. 5º, inciso LV e LIII; 92, 126 e 129, inciso I, da *Lex Fundamentalis*). A *duas*, dizer-se que o *sursis* processual é *direito subjetivo do acusado*, em verdade, com a devida vênia de entendimento diverso, retrata algo superficial, destituído de conteúdo decisivo. Por óbvio, que o Estado não deve agir com arbitrariedade; os seus agentes têm que observar a lei, o Direito. Dizer-se que se o acusado preenche os requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995, o promotor de Justiça tem o dever de apresentar a proposta, porquanto direito subjetivo do acusado, é algo tão evidente que desmerece qualquer reflexão. Todavia, partir da premissa, num enfoque *ex ante*, de que o agente do *Parquet*, *ex hypothesis*, arbitrariamente, deixou de realizar a proposta, denota silogismo de generalização precipitada calcado em premissa, por sua vez, alicerçada em presunção transmutada em pretensa verdade metafísica. Uma presunção, a par da originalidade em sede de teoria de conhecimento, deslocada no tempo. A análise não pode partir da existência de uma *presumida arbitrariedade* (o que, em face da generalização, chega a ser desnecessariamente ofensiva) mas, isto sim, de divergência ocorrida, entre juiz e Promotor de Justiça, *em determinado grau de jurisdição*. E, esta divergência deve ser solucionada em outro nível. *De início, ex vi legis*, na forma do mecanismo do art. 28 do CPP c.c. art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Aliás, em nenhum sistema processual, moderno, as propostas legalmente atribuídas ao órgão acusador podem ser efetuadas, de pronto, pelo juiz. Entretanto, o próprio ato do Chefe do *Parquet*, *este sim*, pode ser, ou pode vir a ser, impugnado na via do remédio heróico (*v.g.* art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna). O que não tem suporte jurídico, no entanto, é o juiz, divergindo do Promo-

tor de Justiça, por achar que o Réu tem direito ao *sursis* processual, transformar-se em parte, dispondo da ação penal, oferecendo e homologando proposta conciliadora. *A três*, falar-se de *indiscutível* direito subjetivo do Réu quanto ao *sursis* processual, é desconhecer a prática processual e equiparar *sursis* processual com a suspensão da pena. Se, *por um lado*, para a concessão da *suspensão da pena*, levada a efeito ao final (no mínimo) do processo, na sentença condenatória, possam certos requisitos ser *presumidos* em favor do Réu (o Estado teve toda a instrução para juntar informações quanto à *pessoa do acusado*); *por outro*, tal não faz sentido, no início da ação penal quando geralmente, pouco (obviamente) ou nada se sabe acerca da pessoa do denunciado. E, não há que se confundir, aí, *presunção de não culpado* (art. 5º, inciso LVII, da *Lex Maxima*) com *presunção acerca dos requisitos da suspensão do processo*. São situações totalmente distintas, com objetos de valoração de dimensões diversas. De rigor, *ex vi* art. 89, o acusado deve preencher os requisitos *objetivos* e *subjetivos* do *sursis* processual para que, então, a proposta possa ser oferecida, eventualmente aceita e, por fim, homologada. Cometido um crime, a regra é o processo criminal. A exceção, por força de requisitos legais, é a suspensão *ab initio*. Suspender de *imediatamente*, uma ação penal asseverando-se um direito subjetivo do réu fulcrado, muitas vezes, na falta de informações acerca dos requisitos legais (em regra, os subjetivos, *data venia*, a par de criar um conceito revolucionário no plano dos direitos, no mínimo, faz nascer, em muitos casos, um óbice *contra legem* para o andamento da *persecutio criminis in judicio*, isto tudo, sem contar que possa ser considerada – a suspensão reprochada e faticamente desamparada – como quase um incentivo à impunidade ou, ainda, algo lúdico (cf. HUIZINGA, in *Homo Ludens*). *A quatro*, o art. 89 prevê uma proposta (ou oferta) e não uma decisão unilateral. Até porque o réu pode recusá-la. Já na suspensão da pena, preenchidos os requisitos legais (após toda uma instrução), a concessão (e não oferta ou proposta) é obrigatória. *A cinco*, os argumentos de que o uso do mecanismo do art. 28 do CPP implicaria, uma vez oferecida a proemial acusatória, na abertura de incidental e estranho procedimento administrativo não tem a força e o alcance que se lhe pretende atribuir. Caso contrário, qual seria a solução para a recusa de aditamento no caso do parágrafo único do art. 384 do CPP (*mutatio libelli*)? O juiz ofereceria o aditamento? Aí, por igual, em caso de divergência, na mesma instância, não há previsão legal para solucionar o problema.

Há farta argumentação doutrinária que inadmita a atuação *ex officio* por parte do juiz. AFRÂNIO SILVA JARDIM observa, *in verbis*: “Em alguns países, com reformar processuais recentes, o Ministério Público não tem o dever de oferecer a denúncia e, por motivo de política criminal, poderá deixar de denunciar e requerer o arquivamento da investigação policial. Suponhamos que a nossa lei dissesse isto, o réu teria o direito subjetivo ao arquivamento do inquérito policial? Não. Seria apenas uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade. O nosso legislador não foi a tanto, diz que o Ministério Público não pode deixar de denunciar e requerer o arquivamento nem a pena, mas pode requerer uma pena mais benevolente para o réu. Muda, em nível de sistema, a situação? Não. Ele tinha o dever de denunciar, mas, para essas infrações penais ele não tem o dever

de denunciar. Isto outorga ao Réu o direito subjetivo de não ser processado? Parece-nos que não. Parece-nos que é uma faculdade que tem o Ministério Público naqueles casos, e, mesmo assim, só a pode exercer preenchidos determinados requisitos legais, não oferecendo a denúncia e sugerindo uma pena mais benevolente para o réu. Isso não seria, a nosso juízo, um direito subjetivo do réu, mas uma faculdade do Ministério Público" (*Juizados Especiais*, Belo Horizonte, 1996, Associação Mineira do Ministério Público, n. 2, p.p. 78/79). (fls. 110/111). *Mais adiante*: "Por outro lado, estabelecemos uma premissa para compreensão do sistema interpretativo proposto; quando o Ministério Público apresenta em Juízo proposta de aplicação de pena não-privativa de liberdade, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, está ele exercendo a ação penal, pois deverá, ainda que de maneira informal e oral – como a denúncia – fazer uma imputação ao autor do fato e pedir a aplicação de uma pena, embora esta aplicação imediata fique na dependência do assentimento do réu. Em outras palavras, o Promotor de Justiça terá que, oralmente, como na denúncia, descrever e atribuir ao autor do fato, uma conduta típica, ilícita e culpável, individualizando-a no tempo (prescrição) e no espaço (competência de foro). Deverá, outrossim, em nível de tipicidade, demonstrar que tal ação ou omissão caracteriza uma infração de menor potencial ofensivo (competência de juízo), segundo definição legal (artigo 61). Vale dizer, na proposta se encontra embutida uma acusação penal (imputação mais pedido de aplicação penal)". *E, a seguir*: "... ao juiz é vedado fazer a proposta de aplicação de pena acima mencionada. Dentro do sistema processual acusatório, não é dado ao juiz provocar a sua própria jurisdição. Não pode o juiz acusar o autor do fato de ter praticado determinada infração de menor potencial ofensivo e sugerir-lhe a aplicação de uma pena. A relação processual assim teria feição meramente linear, própria do sistema inquisitório. Teríamos um processo penal sem a presença do autor da ação penal que, pela Constituição da República, é de exclusividade do Ministério Público". *Por fim*: "Trabalhando dentro desta ótica, pode-se entender porque o juiz não pode fazer de ofício, a proposta de suspensão do processo contra a vontade do titular da ação penal pública. Primeiro, porque estaria dispondo do que não tem: o direito de ação; segundo, porque estaria impedido que o titular do direito de ação – que tem natureza constitucional – continue a exercê-lo, porque estaria excluindo o Ministério Público da própria relação processual penal, destruindo a *actum trium personarum*, próprio do sistema acusatório. Outrossim, afasta-se a idéia de que a disponibilidade limitada da ação penal pública condenatória possa ser entendida como um direito subjetivo do réu. Cuida-se de discricionariedade, contra a qual nos insurgimos, mas outorgada expressamente pelo legislador ao titular do direito de ação. Note-se que, na ação penal privada, exclusiva ou principal, onde o Código de Processo Penal deu discricionariedade, de o ofendido conceder ou não perdão ao querelado, que também depende de aceitação, jamais se sustentou que tal perdão seria um direito subjetivo do acusado.

É preciso interpretar a Lei n. 9.099/1995 dentro dos postulados dos princípios que informam o nosso sistema processual acusatório e não como desejaríamos que o legislador tivesse dito. Na espécie, as diversas interpretações

açodadas e simpáticas não contribuem para boa aplicação da lei, cujo espírito é corretíssimo e salutarmente vanguardista. O caos que se está criando na doutrina, já com reflexos na jurisprudência, em nada contribui para concretizar as mudanças que devem ser sempre desejadas, mas pode levar ao desprestígio esta importante experiência em nosso país" (Boletim IBCCrim, n. 48, novembro 1996, p. 4)."

No *punctum saliens* acima delineado, seguem pela inadmissibilidade da oferta *ex officio* ou da substituição do Promotor de Justiça pelo Juiz de Direito quanto à proposta do *sursis* processual: ALBERTO ZACCARIAS TORON (*in* Boletim do IBCCrim n. 35, nov/1995, p. 6), EDUARDO ARAÚJO DA SILVA (Boletim do IBCCrim n. 35, p. 17), MARIO PAZZALINI FILHO & ALEXANDRE A. DE MORAES & GIANPAOLO POGGIO SMANIO & LUIZ FERNANDO VAGGINI (*in* *Juizado Especial Criminal*, Ed. Atlas, 1996, p. 97), PEDRO H. DEMERCIAN & JORGE ASSAF MALULY (*in* *Juizados Especiais Criminais*, E. Aida, 1996, p. 106), ADA P. GRINOVER & ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO & ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES & LUIZ FLÁVIO GOMES (*in* *Juizados Especiais Criminais*, SP, RT, 1996, p. 211, p. 6.2).

No plano jurisprudencial, o v. acórdão embargado diverge frontalmente do entendimento adotado no *Pretório Excelso* e na *Quinta Turma desta Corte*. No *Colendo Supremo Tribunal Federal*, em sessão plenária, restou decidido no HC n. 75.343-MG (Relator p/o acórdão Min. **Sepúlveda Pertence**) pela aplicação do art. 28 do CPP (cf. Informativo n. 92, j. em 12.11.1997). Posteriormente, na douda Primeira Turma, reiterou tal posicionamento no HC n. 76.439-SP (Relator Min. **Octavio Gallotti**, DJU de 21.08.1998, p. 4) e no RHC n. 77.255-RJ (Relator Min. **Sydney Sanches**, DJU de 1.10.1999, p. 55). E, na Quinta Turma desta Corte, diverso não tem sido o entendimento esposado: a) REsp n. 173.743-PR, Relator Min. **Jorge Scartezzini**, DJU de 13.9.1999, p. 90; b) RHC n. 5.664-SP, Relator Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJU de 18.11.1996, p. 44.904; c) REsp n. 157.630-SP, Relator Min. **Edson Vidigal**, DJU de 23.11.1998, p. 193; d) REsp n. 218.115-PR, Relator Min. **Gilson Dipp**, DJU de 21.8.2000, p. 166; e) REsp n. 194.369-SP, de minha relatoria, DJU de 24.5.1999, p. 190. Aliás, há precedente nesta linha, inclusive, na Terceira Seção (v.g. EREsp n. 185.187-SP, Relator Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJU de 22.11.1999, p. 146).

Portanto, acolho os embargos para, reformando o v. acórdão do egrégio Tribunal local, sejam os autos encaminhados ao Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça do Estado de Goiás.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro **Fontes de Alencar**: Trata de embargos de divergência em que surge como embargado acórdão da Sexta Turma, em caso relatado pelo Ministro **Vicente Leal**, assim sumariada a decisão:

“Penal. Processual Penal. Suspensão condicional do processo. Lei n. 9.099/1995. Direito subjetivo do réu.

A suspensão condicional do processo, solução extrapenal para o controle social de crimes de menor potencial ofensivo, é um direito subjetivo do réu, desde que presentes os pressupostos objetivos.

Não fica ao alvedrio do Ministério Público oferecer ou não a proposta. Ao deixar de oferecê-la, mesmo presentes os pressupostos próprios para aplicação no instituto da suspensão do processo, deve o juiz não se substituir ao órgão do Ministério Público, mas deve ele decidir.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.” (fl. 354).

O Relator conheceu dos presentes embargos e os acolheu, – recebendo o seu voto a adesão de três outros eminentes julgadores, – tendo concluído pelo encaminhamento dos autos ao Exmo. Dr. Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás.

Os votos proferidos até agora consoam com os paradigmas.

Observo que o aresto embargado negou provimento ao recurso especial que originou a deliberação obstruída.

A resolução de 2º grau preservada está às fls. 462/468, e do voto que lhe traçou o norte, reproduzo:

“Inobstante a ausência de requerimento do benefício na suspensão condicional do processo, o qual, segundo entendendo, constitui direito público subjetivo do réu, como na suspensão condicional da execução da pena, em linha de coerência com o precedente colacionado, os autos devem retornar à origem, a fito de que se oportunize ao acusado o exercitamento do direito, ensejando-lhe a obtenção do *sursis* processual; para tanto, impõe-se a sua intimação, cientificado o representante do Ministério Público em exercício perante o Juízo– ” (fl. 467).

E ainda:

“Nessa ordem, acolhido novo parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, na assentada deste julgamento, voto no sentido de determinar o retorno dos autos ao grau de origem a fito de que o Magistrado oportunize ao acusado a obtenção da suspensão condicional do processo –” (fl. 468).

Em suma, o acórdão embargado, tendo negado provimento ao recurso especial, preservou o que fora decidido pelo Tribunal goiano: o retorno dos autos ao juízo de procedência, a fim que possam ser ali desenvolvidas atividades tendentes a possibilitar a aplicação da suspensão condicional do processo, impondo-se – no dizer do ato jurisdicional ileso, –

“a sua (dele acusado) intimação, cientificado o representante do Ministério Público em exercício perante o Juízo.”

Dessarte, tendo dessa maneira deliberado a Corte Estadual, e repellido pelo acórdão embargado o recurso especial que lhe dizia respeito, inencontrável se me afigura a divergência pretoriana aventada.

Em conseqüência, eventual recebimento dos embargos provocaria inusitada remessa dos autos à chefia do Ministério Público Estadual, sem que no juízo de origem tivesse havido manifestação do representante da Instituição ali atuante.

Assim, não havendo a ventilada dissonância jurisprudencial, não conheço dos embargos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade da voto a que nos foi inspirado, a saber, por unanimidade, não conhecer do recurso especial. Votaram com a Relatoria os Srs. Ministros Francisco de Assis Toledo, Nancy Andrighi e Francisco Falcão de Oliveira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

Brasil-DF, 16 de junho de 2003. Em julgamento, Ministro Francisco Falcão de Oliveira, Presidente, Ministros Gilson Dalmazo, Relatoria.

Publicado no DJ de 20.06.2003.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: O TJEZ negou provimento ao agravo de instrumento interposto por Solange Vda. Justina e Cônego de decisão que se reu processou de ação civil pública inventada em decorrência de danos causados ao meio ambiente, precisamente à Mata Atlântica e à gruta de São do Mar, no Região do Município de Cubatão, local em que se encontravam diversas indústrias.