



Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

CURSO DE DIREITO

Luciana Schafer

**A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO É UM  
DIREITO SUBJETIVO OU PODER DISCRICIONÁRIO DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO?**

**Juiz de Fora  
2008**

01.021  
MO 00021

**Luciana Schafer**

**A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO É DIREITO  
SUBJETIVO DO ACUSADO OU PODER DISCRICIONÁRIO  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO?**

Monografia apresentada à Universidade  
presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como  
parte dos requisitos para a conclusão do Curso  
de Direito.

Orientador: Prof. Carlos André Peluso Santos

**Juiz de Fora  
2008**

## FOLHA DE APROVAÇÃO

*Luciana Schaffer*

Aluno

*A Suspensão Condicional do Processo é Direito Subjetivo do Acusado ou Poder Discricionário do Ministério Público*

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

### BANCA EXAMINADORA

*Luciana Jaciel Vinaga*

*Carlos André Melissa Santos*

*Fábio Andressa*

Aprovada em 16/12/2008.

### **DEDICATÓRIA:**

Dedico este trabalho à minha querida filha Giovanna, que sempre esteve ao meu lado, sendo a fonte principal da minha força de vontade, ao meu Tio José Ferreira, por ter acreditado em minha capacidade, aos meus pais que sempre souberam me acolher em todos os momentos da minha vida, aos meus irmãos, e a todos que torceram por esta minha grande conquista.

## **AGRADECIMENTOS**

Aqui é o momento de externar toda minha gratidão àqueles que estiveram me ajudando nesta longa caminhada para mais essa conquista. Agradecer às pessoas que souberam entender minha ausência, devido à busca de mais conhecimento. Agradecer a minha falta de paciência, ao meu nervosismo, à minha ansiedade, o que não impediu que eu sempre estivesse cercada das pessoas que me amam e que realmente torceram por mim nesta etapa de minha formação acadêmica.

### **À Deus**

Meu Pai, minha fonte de energia, meu porto seguro, Aquele que sempre me amparou nos momentos em que pensei fraquejar e desistir. Ele me levantou e me fez prosseguir. Obrigada, Senhor!

### **Aos meus pais Adilson Schafer e Jocélia Ferreira Schafer**

Que sempre torceram por esta conquista. Que sempre estiveram presentes nas minhas dificuldades, me doando amor, compreensão e incentivo incansável pela minha realização profissional. Obrigada! AMO VOCÊS!

### **À minha querida filha Giovanna Schafer Bartels**

Meu maior motivo para buscar esse sonho. Sempre compreendeu meus compromissos, mesmo sendo uma criança. Soube entender minha impaciência, meu cansaço, minha falta, mesmo que involuntária. Essa conquista não é só minha, meu bem, é nossa! OBRIGADA! TE AMO!

**Aos meus irmãos Ricardo, Rafael, minha cunhada preferida Patrícia, meus sobrinhos, Tamiris e Renan**

Pelo companheirismo, pela força, disponibilidade em ajudar, pela PACIÊNCIA, mesmo em meus momentos de mau humor e por fazerem parte de minha vida! OBRIGADA!

**Ao meu Tio José Ferreira e a minha avó "Penha"**

Meu tio, meu segundo pai, sempre me incentivando e me dando condições de seguir adiante, sempre acreditando no meu potencial. MUITO OBRIGADA! À minha avozinha, linda, que no auge de seus 87 anos, torceu e se orgulhou desta minha vitória como se fosse criança. OBRIGADA!

**Aos profissionais Dr. Alcyr, Dr. Valério, Dr. Giovani, Dr. José Luiz:**

Pelos ensinamentos, pela disposição em me ajudar a angariar maiores conhecimentos, pela boa vontade de me mostrar questões pertinentes à nossa profissão. Pela grande lição de profissionalismo e ética. OBRIGADA!

**Ao orientador Prof<sup>o</sup>. Carlos André Peluso dos Santos**

Pelos ensinamentos, por sua sabedoria e apoio. OBRIGADA!

**Aos colegas da faculdade:**

Formamos uma família por tempo determinado, convivendo por cinco anos constantemente e, participando mais do que só de uma sala de aula, mas sim de uma vida, construindo uma história, a nossa história. Por todos os momentos em que estivemos juntos, por todas as tarefas compartilhadas. Por me escutarem, pela paciência, pelas constantes palavras de estímulo, até pelas discussões, que sempre trouxeram algo

de bom, por mais que tivessem sido doloridas. Os sorrisos, as brincadeiras, os abraços e a acolhida serão sempre lembrados. OBRIGADA!

A todos aqueles que de algum modo torceram por mim, estiveram comigo, me dando força, compreensão, incentivo, contribuindo direta ou indiretamente com este estudo e com a realização deste grande sonho, e que não foram mencionados, o meu MUITO OBRIGADA!

## RESUMO

O presente trabalho tem a função de discutir a natureza jurídica da suspensão condicional do processo, bem como a quem cabe a propositura da mesma, sob a questão: constitui a suspensão condicional do processo um direito do acusado ou uma faculdade atribuída apenas ao Ministério Público?

Faz uma comparação do Direito Penal em vários aspectos do Direito Administrativo no que tange a discussão do presente tema.

Além da comparação com outros ramos do Direito, menciona os pressupostos e/ou requisitos a serem atendidos para que seja concedida a medida de suspensão.

E, enfim, depois de abordadas diversas áreas afins que norteiam esta faculdade, se busca a resposta à questão acima: tanto o Ministério Público, como a requerimento do acusado, ou ainda, por iniciativa do próprio juiz, pode-se obter a suspensão condicional do processo?

**Palavras chave:** transação penal – suspensão condicional do processo.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DOS JUIZADOS.....	13
3. FISCALIZAÇÃO DA LEI.....	15
4. NOVO CONCEITO DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL.....	17
5. O PODER DISCRICIONÁRIO PREVISTO NOS ARTIGOS 76 E 89 DA LEI Nº 9.099/95, ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO .....	22
6. O ARTIGO 129, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENGLOBA ATRIBUIÇÕES DOS ARTIGOS 76 E 89 DA LEI Nº 9.099/95 E CONSTITUI-SE COMO GARANTIA INDIVIDUAL .....	23
7. O PODER DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	24
8. PROPOSTA TRANSACIONAL <i>EX OFFICIO</i> .....	28
9. OUTROS OBSTÁCULOS À TRANSAÇÃO PENAL <i>EX OFFICIO</i> .....	34
10. O CONSENSO É INDISPENSÁVEL.....	36
11. ANÁLISE DE ALGUNS CASOS DECIDIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	38
12. CONCLUSÃO.....	43
13. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	44

## 1. INTRODUÇÃO

A repulsa que a prática do crime causa é, certamente, um fator comum presente na sociedade. Derivado desta revolta surge uma vontade de castigar àqueles que cometeram o delito, contudo, com peculiaridades de cada época, diversifica-se os meios aplicados, a fim de alcançar este objetivo.

Antigamente, o transgressor era submetido a cruéis castigos, sem proporção à ofensa, denominada como fase da vingança privada.

Com a evolução social, surge o Talião, ou a “Lei do talião”, onde se aplicava a igualdade entre pena e castigo, a rigorosa reciprocidade entre a pena e o crime, que limitou a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado, era a regra “sangue por sangue, olho por olho, dente por dente.”

Posteriormente, surge a composição, onde o ofensor se livrava da pena com a compra de sua liberdade.

No século passado, adotou-se a pena privativa de liberdade, que tinha o objetivo de recuperação, reeducação, readaptação e ressocialização do criminoso. Contudo, o que se mostrava uma eficiente solução, com o passar dos tempos gerou um verdadeiro problema ante os seus principais objetivos.

Atualmente, a realidade expõe claramente o fracasso do sistema prisional, e o que deveria ser um meio de ressocialização, transformou-se numa verdadeira academia de marginais.

Se o fracasso da prisão é presente, a solução está calcada no planejamento de outras formas de se alcançar o objetivo principal.

A busca por penas alternativas tem sido uma constante no estudo dos cientistas do Direito Penal.

A Lei 9.099/95 que introduziu o sistema penal/processual penal representou grande inovação no direito pátrio, principalmente por que foi o primeiro diploma legal a contrariar a tendência dominante, à época, de recrudescimento das penas e da persecução penal como forma de se desestimular a criminalidade que aumentava sem nenhum controle a partir da década de 80.

Surgiram, em consequência, em nosso país as leis dos crimes hediondos, do crime organizado, a prisão temporária, entre outros institutos com o objetivo de reduzir a criminalidade.

Um grupo de juristas dentre os quais Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes elaborou o projeto da Lei dos Juizados Especiais Criminais, incumbida de tratar dos delitos de bagatela. Do projeto, surgiu a Lei 9.099 de 26/09/95, cuja principal característica foi a introdução de quatro medidas de cunho material e adjetivo com o objetivo de evitar a pena de prisão para os delitos de bagatela, quais sejam, a composição civil, a transação penal, a exigência de representação para os crimes de lesões corporais leves e culposas e a suspensão condicional do processo.

O grande mérito desta lei foi a de tornar mais rápida e precisa a ação do poder público, desobstruindo as vias judiciais, de primeira e segunda instâncias, desses casos de pequena importância a um direito fragmentário, como é o direito penal.

A Constituição Federal previu em seu art. 98, inciso I, pressupôs a elaboração de um órgão, dentro do campo Judiciário, providos de Juízes togados ou leigos, ou de Juízes togados, direcionados à promoção da conciliação e de ações cíveis de complexidade, bem como as infrações penais com menor potencial ofensivo, com a edição da Lei nº 9.099/95, chamados de "Juizados Especiais".

Essa Lei, de engenharia importante, optou não pela descriminalização, atendendo ao Princípio de Intervenção Mínima do Direito Penal e sim pela descriminalização de forma indireta através do processo. Assim, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para as infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despersonalização. Porém essa lei não descriminaliza nenhuma conduta. Nenhuma conduta que era típica deixou de ser típica, não saiu da esfera do proibido do Direito Penal. O que ocorreu foi que, o legislador Processual Penal, percebendo a pouca significação na punição dessas condutas, através de mecanismos processuais, indiretamente, despenaliza essas infrações.

Com a edição da então nova lei inaugurou-se uma nova fase no sistema processual penal brasileiro, a da justiça pactuada ou consensual. A *transação penal* e da *suspensão condicional do processo* são institutos inseridos no ordenamento brasileiro, respectivamente, pelos arts. 76 e 89 da Lei Federal n. 9099/95, que modificaram as noções sobre a indisponibilidade da ação penal pública e refletem uma inspiração despenalizadora.

A suspensão condicional do processo é direito subjetivo do acusado, ou, poder discricionário do Ministério Público?

Há os que, sustentando a existência de um direito subjetivo, entendem que a suspensão condicional do processo pode levar à extinção da punibilidade e que aí estaria um dos fundamentos desse suposto direito.

Este trabalho tem o propósito de abordar o ceme da polêmica. Nos colocaremos desde já na posição de preferir a solução do conflito exegético e aplicativo a respeito da aplicabilidade concreta desse instituto seja do controle hierárquico da discricionariedade ministerial, correndo *interna corporis*.

## **2 - PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DOS JUIZADOS**

### **2.1 – Princípio da Simplicidade:**

Reza este princípio que, o processo deverá reunir apenas o essencial ao resultado da prestação jurisdicional, deixando de lado a burocracia. Também, o Juiz possui maior liberdade na decisão e na avaliação das provas, podendo valer-se de indícios e presunções legais.

### **2.2 – Princípio da Oralidade:**

Este princípio adota na atuação do Juiz, a forma oral, também do Ministério Público, dos autos, do delito e de seu defensor, o que não importa na dispensa do procedimento escrito, vez que este será adotado naqueles atos imprescindíveis de serem documentados.

Os atos praticados em audiência poderão ser gravados em fita magnética (art. 65, parágrafo 3º, da lei).

Elege-se o procedimento oral dada a possibilidade da decisão realizar-se com maior economia e simplicidade.

Arrolados à oralidade, estão os Princípio da Concentração (menor número de audiências possíveis), Princípio do Imediatismo ( o juiz deverá coletar diretamente as provas, em contato imediato com as partes) e o Princípio da Identidade Física do Juiz (deve ser o mesmo magistrado do início ao final do procedimento).

### **2.3 – Princípio da Informalidade:**

Este princípio visa evitar a adoção de formalismo excessivo com a prática dos atos processuais de maneira simples, desde que não gere prejuízo às partes.

**2.4 – Princípio da Economia Processual:**

Este princípio visa o máximo de resultados com o mínimo de atos praticados. Um exemplo deste princípio é a realização da instrução e julgamento em audiência única.

**2.5 – Princípio da Celeridade Processual:**

Visa a rapidez e a agilidade do processo, diminuindo o advento da prescrição e atendendo com maior eficácia os interesses da coletividade.

### 3 – A FISCALIZAÇÃO DA LEI:

A credibilidade da Justiça sempre está em pauta quando se levanta a questão da morosidade.

Devido ao fracasso do sistema prisional, à grande demora na tramitação dos processos (que aliás, alguns são levados à prescrição), à falta de pessoal qualificado, contribuíram para que se aumentasse, consideravelmente, o número de processos parados aguardando andamento da justiça.

É editada a Lei nº 9.099/95, que tem o objetivo de atuar perante essa problemática, direcionando um tratamento diferenciado aos crimes considerados de menor potencial ofensivo, objetivando uma instrução menos burocratizada.

Os institutos criados pela Lei nº 9.099/95, tem, de certa forma, aliviado a justiça, produzindo resultados positivos, principalmente em comarcas menores.

Todavia, é importante salientar a necessidade de um órgão fiscalizador do instituto da suspensão condicional do processo para que a credibilidade da justiça não seja colocada em pauta e as penas sejam cumpridas em sua íntegra.

Essa suspensão baseia-se no senso de autodisciplina e responsabilidade do transgressor, tão logo, não fornece nenhuma garantia do cumprimento das condições impostas, dispensando qualquer fiscalização.

A falta de fiscalização proporciona ao acusado oportunidades de violar as condições que lhe foram impostas, exemplificando, a proibição de freqüentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem o conhecimento do juiz, entre outras.

Devido a esta realidade, torna-se interessante à criação de um órgão fiscalizador, ou até mesmo da nomeação de pessoas idôneas designadas para a fiscalização do acusado durante o período de prova.

Por conseguinte, deixar que o cumprimento das penas fique à disposição da autodisciplina e da responsabilidade do acusado, torna-se, no mínimo, precipitado, conduzindo, lentamente, a Lei nº 9.099/95 ao insucesso.

#### 4. NOVO CONCEITO DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

A nova lei, sem dúvida, inaugurou uma nova era no Brasil, a da justiça pactuada, não conflitiva, com fins a estabelecer o consenso para a composição dos litígios, com mediação judicial. Visou também a nova lei estabelecer uma política individualizante, que permite de logo a exclusão do processo e de suas amargas conseqüências, em benefício do acusado.

Os institutos da *transação penal* e da *suspensão condicional do processo* merecem críticas, dado ao laconismo do legislador, que tratou de condensar em apenas um artigo (art.89) um dos mais revolucionários institutos jurídicos da atualidade, o que certamente serão preenchidas pela *práxis* e pelos aportes da doutrina e dos tribunais.

O artigo 89 da Lei 9099/95 assim determina:

*Art.89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (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 CP).*

Hoje, a pena mínima citada no artigo supra passou a ser não inferior a dois anos, em função da Lei 1059/01.

Na busca do consenso, se faz necessário que os membros do *Parquet*, bem como todos que operam o Direito, assumam uma nova postura processual, evoluindo ou abandonando os conceitos meramente repressivos. ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>6</sup>, diz que o Ministério Público, por sua vez, “aderirá à justiça consensual, agindo dentro da lei e apresentando, sempre que possível, suas propostas de transação penal, disposto a discuti-las com o juiz, os conciliadores e a parte contrária”.

A transação penal deve ser pensada como uma mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade do exercício da Ação Penal. O legislador, para as infrações de menor

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: RT, 1996, p. 22

potencial ofensivo, abranda esse princípio dizendo que, para determinadas infrações penais e crimes, alguns crimes, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode oferecer uma proposta de **transação penal**, possibilitando ao réu uma pena restritiva de direito, numa pena de multa, uma pena não-privativa de liberdade, e tudo depende da aceitação do réu.

Silva Jardim, em palestra em palestra proferida na Associação Mineira do Ministério Público em dezembro de 1995, explicou que "...o Ministério Público, presentes as condições para o exercício da ação penal – interesse de agir, legitimação das partes, possibilidade jurídica do pedido, justa causa (que coloco como uma quarta condição da ação, ou seja, aquela prova mínima que deve existir para lastrear a instauração do processo, dar arrimo à acusação penal pública ou privada – pelo sistema do Código), o Ministério Público tem o *dever* de oferecer a denúncia. Nessas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público *pode* oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Quer dizer, seria uma *faculdade* do Ministério Público que, nesses casos, não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a *faculdade* de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade desta espécie de ação penal. Não vemos, por conseguinte, como direito subjetivo do réu a *transação penal*. Mas essa é uma posição minoritária.”

A Transação trata-se de um acordo entre as partes do processo penal, que prevê a outorga das partes interessadas, com o objetivo de promover a solução de um conflito. O Magistrado assume a posição de mediador da avença, tendo, como função principal, a promoção da paz social, facilitando a composição espontânea, fazendo prevalecer o bom senso. Trata-se de um negócio bilateral e, ao final, procura-se obter a autocomposição dos interesses de um conflito.

Já o membro do *Parquet*, agirá conforme a legislação, propondo, sempre que for possível, atendendo aos requisitos pré-estabelecidos, as propostas de transação penal bem como de suspensão condicional do processo, não obstante a discussão com a parte contrária, com o magistrado e com os conciliadores. Diante de uma nova expectativa, se

faz necessário que os membros do Ministério Público assumam uma nova postura processual, abandonando a mentalidade repressiva e estando sempre em busca de um consenso, com o fim de atingir o que propõe esses institutos.

O que busca essa nova lei? Traz-se junto a ela, a oferta de conciliação, de composição que introduz ao novo sistema o fator da discricionariedade da ação penal, uma vez que a proposta de pena e suspensão constituem atos dependentes da vontade, cujo conteúdo e mérito são convencionados pelos interessados, para posterior homologação judicial, colocando em tela a bilateralidade do negócio.

Por tratar-se de um negócio bilateral, (respeitado o acordo de vontades das partes que integram a avença), não há como considerar direito subjetivo do acusado o conteúdo disposto no artigo 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais, uma vez que traz em seu conteúdo o ajuste, a resignação e as concessões parciais.

Resumindo, sempre há de se existir transação, uma vez que tanto o acusado quando o Ministério Público cedem, e se conformam com as limitações impostas, em busca de um resultado, até então, incerto.

A Lei n. 9099/75 através de seus fins (despenalização, nova dimensão do direito penal punitivo etc.) quebrou a rigidez do princípio da obrigatoriedade, permitindo que o Ministério Público possa dispor da ação penal pública em determinadas hipóteses, taxativamente previstas em lei.

Entretanto, mesmo com os termos claros da lei e de seu claro propósito consensual, existem julgados e textos doutrinários contrários ao espírito conciliatório da lei, uma vez que admitem propostas transacionais *ex officio* ou mediante a iniciativa do autor do fato, excluindo-se o Ministério Público do pretendido consenso.

O consenso e a conciliação são valores que hoje se buscam praticar mundialmente na solução de controvérsias, e que deveriam ser praticados em toda a vida de relação entre seres humanos, entre povos ou entre nações. O grande êxito dos juízos de conciliação e dos

tribunais de arbitragem, inclusive entre Estados, atestam a prática desse novo modo de resolução de conflitos.

O melhor seria que o Ministério Público assegurando o direito subjetivo do acusado a uma manifestação oficial do Estado-Ministério Público quanto à sua pretensão conciliatória, com resposta negativa ou positiva, sempre no sistema da Lei dos Juizados Especiais se manifestasse a respeito da suspensão do processo, propondo-a ou negando-a, assim estaria atendendo também à exigência legal de motivação de seus atos.

Weber M. Batista BATISTA, analisando o problema em face da suspensão condicional do processo se constituir um direito do acusado, ou, ao contrário, na passar de mera faculdade do juiz, afirma:

*Na suspensão condicional do processo, estabelece a lei os pressupostos para a concessão da medida, que são: crime punido com pena não maior de um ano; acusado não processado ou condenado por outro crime; presença dos demais requisitos do art. 77 do Código Penal, que permitiriam a suspensão condicional da pena ( art.89, caput). Presentes estes requisitos – estabelece a lei -, o processo poderá ser suspenso por dois a quatro anos, submetendo-se o acusado a período de prova.*

*O fato de o legislador ter usado do verbo poder, em vez do verbo dever – a circunstância de estar aquele verbo ligado à ação do ministério Público, não à do juiz, é examinada em outro capítulo – não tem qualquer influência na solução do problema em análise.*

...

*A conclusão a que se chega, portanto, é a de que, não importa o verbo usado, mas desde que o legislador tenha estabelecido pressupostos para a concessão da medida, presentes aqueles, tem o acusado direito a esta. O que não teria sentido seria, em hipótese em tudo semelhantes, deixar ao bom humor do juiz a faculdade de conceder ou negar a suspensão do processo.”(Weber Martins. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal: A Lei 9099/95 e sua doutrina mais recente/Weber M. Batista, Luiz Fux – Rio de Janeiro – Forense, 1997).***

Dizer que a proposta de suspensão condicional do processo é uma obrigação do Ministério Público, quando presentes os requisitos legais, é contrariar o princípio que inspira o instituto que é o do consenso, que quer dizer dar aprovação a; concordar com; permitir; estar em harmonia; anuir.

Outro motivo que não se pode admitir a proposta *ex officio* é o art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será processado (...) senão pela autoridade competente”, que, no caso das propostas transacionais, é o Ministério Público. Daí decorre a ilegitimidade ativa de qualquer outro indivíduo ou órgão para a propositura da suspensão, e a nulidade da ação na qual tiver sido desatendido o devido processo legal.

Porque querer obrigar o *Parquet* a oferecer a suspensão do processo, se não se pode obrigá-lo a pedir a absolvição do réu?

## 5. UMA ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOBRE O PODER DISCRICIONÁRIO PREVISTO NA LEI 9099/95

Há nos artigos 76 e 89 da Lei Dos Juizados Especiais um poder discricionário do *Parquet*, representando uma amenização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, previsto no art. 24, do CPP. Se, todo poder discricionário é limitado pela lei, discordamos dos que querem denominar tal faculdade de discricionariiedade **regrada**.

HELY LOPES MEIRELLES ensina que *poder discricionário* “é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”<sup>7</sup>.

Com a instauração da nova Lei dos Juizados Especiais, considerando os crimes cujas penas mínimas são de 02 anos, facultou ao Ministério Público, além da proposição da Ação Penal, a oportunidade de propor a suspensão condicional do processo, bem como a transação penal, nos crimes de bagatela, quando estiverem presentes os requisitos.

É claro que, nenhum poder sendo absoluto, haja um regramento nessa faculdade, que a exigência de que o Ministério Público proponha a ação, ou seja, é necessário que haja a denúncia criminal concomitante à proposta de suspensão e que esta atenda os requisitos legais, tudo sob controle judicial. Sendo assim, somente o legitimado ativo para a deflagração da ação penal, pode oferecer a proposta incidental: “O Ministério Público, ao **oferecer a denúncia**, poderá propor a suspensão do processo”.

---

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 17ª ed, p. 102.

## 6. O ARTIGO 129, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENGLOBA AS ATRIBUIÇÕES DOS ARTIGOS 76 E 89 DA LEI 9099/95 E CONSTITUI-SE COMO GARANTIA INDIVIDUAL

Conforme o Art. 129, I, Constituição Federal, assegura-se que, sugerir a suspensão condicional do processo ou a transação no caso de crime da bagatela, se encaixam no âmbito da deflagração da ação penal pública, que é exclusiva do Ministério Público.

Apesar de constar em um capítulo destinado ao Ministério Público, o art. 129, I, Constituição Federal, se revela legítima garantia do cidadão, da mesma forma daquela que impede juízes e tribunais de exceção, e tão logo garante a imparcialidade do juiz e o devido processo legal, evitando também a titularidade difusa da ação penal.

Art. 129. São Funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública na forma da Lei.

Torna-se interessante a análise simultânea do art. 89 da Lei nº 9,099/95, para que se possa obter a interpretação correta de que se trata o poder discricionário do *Parquet*.

Não é permitido ao Juiz no exercício da função jurisdicional dispensar o Ministério Público do consenso deslocando-o, propondo um acordo não interessante, haja vista que o capítulo “Das funções Essenciais à Justiça”, art. 127 da CF, atribui o *Parquet* como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado.

Alerta MAZZILI que “Dentro de um Estado democrático de direito, a independência do Ministério Público não deve ser vista como mera abstração legal ou ficção jurídica, mas como condição prática para o correto exercício de suas funções”<sup>8</sup>. O Ministério público, no exercício de suas funções, sujeita-se apenas ao cumprimento da Constituição e das leis, sendo tal autonomia uma garantia do cidadão contra persecuções arbitrariamente seletivas.

<sup>8</sup> MAZZILI. **Ministério Público**. São Paulo, Atlas, 1997.

## 7. O PODER DISCRICIONÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

JOSÉ AFONSO DA SILVA diz que o Ministério Público é “uma instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente, cujos membros integram a categoria de agentes públicos e, como tal, há de atuar com plena liberdade funcional”<sup>9</sup>

Que o Ministério Público integra o Estado-Administração como órgão independente instituído para a consecução dos objetivos do Governo, isso não se pode negar.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assevera que “A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a idéia de **prerrogativa**, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei”<sup>10</sup> *In Direito administrativo*, São Paulo: Atlas, p. 70).

Esclarece, também, que no poder vinculado a lei não deixa opções à Administração. “Ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder **vinculado**, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial” (op. cit., p. 161). Isto em matéria de vinculação e não em matéria de discricionariedade. Aduz ainda que:

*Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador (op. Cit., p. 161).*

Assim, eis a hipótese que surge quando da aplicação dos artigos 76 e 89 da Lei n. 9099/95, que é a norma que expressamente criou novos espaços de atuação institucional do Ministério Público, conferindo-lhe a possibilidade de atuar ou não, de forma discricionária.

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 9 ed, p. 511.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, p. 70.

Quanto à escolha do **momento** da prática do ato, contudo, no que se refere à proposta de suspensão do processo, não há discricionariedade, porque a lei determina que seja ela promovida ao se oferecer à denúncia (embora seja possível proposta posterior, em certas hipóteses). Nesse caso, a atividade é vinculada e sujeita ao controle jurisdicional, tal como no que se refere à competência, à forma e à finalidade.

HELY LOPES MEIRELLES esclarece que: “convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei. ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido” (op. Cit., p. 103).

Acrescenta o ilustre doutrinador que para a prática de um ato discricionário o agente do Estado deve ter **competência** legal, deve atender à **forma** prescrita em lei e ter por **finalidade** a consecução do interesse público.

*O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado de forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser discricionário, para ser ato arbitrário – ilegal, portanto (op. Cit., p. 103).*

Conclui-se, portanto, que o membro do Ministério Público, como agente político, tem o poder discricionário de requerer o arquivamento ou de oferecer a denúncia e, neste caso, de também oferecer a proposta de suspensão condicional do processo. Esta é uma competência privativa do Ministério Público por expressa disposição normativa do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, e do art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

Não teria cabida ao magistrado praticar tal ato, pois estaria agindo com arbítrio e ilegalmente, além de ferir o art. 5º da Constituição Federal.

Caso o Ministério Público não proponha a suspensão com a denúncia, pode o juiz rejeitá-la com base no art. 43, inciso III, parte final, do Código de Processo Penal, por “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”. O parágrafo único do art. 43 estabelece que a rejeição da denúncia não obstará o exercício da ação penal, desde que

satisfeita a condição, ou seja, desde que se ofereça a proposta de suspensão, quando cabível.

Outra alternativa seria, com base no mesmo art. 43, inciso III, do Código de Processo Penal não receber a incoativa, por falta de interesse de agir segundo entende MARCELO ROCHA MONTEIRO,<sup>11</sup> ou simplesmente remeter o processo ao Procurador-Geral, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal, em aplicação analógica.

Direcionadas para uma lógica acusatória apareceram inúmeras decisões judiciais:

*"A medida prevista no art. 89, da Lei n. 9099/95, tem natureza de transação: o Ministério Público propõe ao réu abrir mão de seu direito/dever de ação, enquanto o réu abdica do direito do due process of law, submetendo-se a determinadas condições, que a norma prescreve. À evidência, a Lei 9099/95 não conferiu ao Judiciário a possibilidade de propor a suspensão ex officio do processo, porquanto, não sendo parte, não pode transacionar, até porque não pode o juiz dispor daquilo que não lhe pertence: o direito de ação. Não cabe o argumento de que a suspensão do processo deve ser concedida automaticamente, pelo magistrado, por se tratar de um direito subjetivo do réu. É que não deferiu o legislador ao juiz o poder de determinar a suspensão condicional do processo, no caso de não advir a proposta do Ministério Público, que é o dominus litis" (TJ-SP, mandado de segurança n. 224.533-3/7, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. JARBAS MAZZONI, j. em 05.05.97, unânime).*

*"II – É prerrogativa exclusiva do Ministério Público a iniciativa para a proposta de suspensão condicional do processo, sendo descabida a sua realização, em tese, pelo julgador. III – Divergindo o Juiz e o Representante do Parquet, quanto à proposição da benesse legal, os autos devem ser encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, por aplicação analógica do art. 28 do Diploma Processual Penal (STJ – 5ª Turma – RESP nº 331106/SP – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU de 22/04/2003 – pág. 2530).*

*"2. O Ministério Público tem, nos termos da Lei 9099/95, art. 89, a atribuição de se pronunciar pela suspensão ou não do processo, desde que o faça fundamentadamente. Não cabe ao Juiz tomar a iniciativa, ainda que a requerimento da parte" (STJ - 5ª Turma - HC nº 16087 – Rel. Min. Edson Vidigal – DJU de 12/11/2001 – pág. 00161).*

Apoiando-nos mais uma vez no estimado professor HELY, que asseverava que "o que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz", devendo limitar-se a "proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração". (*op. cit.*, p. 105).

<sup>11</sup> MONTEIRO, Marcelo Rocha. **Ausência de proposta do Ministério Público na Transação Penal:** uma reflexão à luz do sistema acusatório. São Paulo: IBCCRIM n.69 – ago, 1998, p. 19.

Quando o agente não dispõe de poder legal para a prática do ato, este é nulo, seja ele ato vinculado ou discricionário. No caso específico, falta ao juiz competência *administrativa* para manifestar a vontade do Estado-Administração de suspender o processo, mediante condições. Isto porque a competência *administrativa* (atribuição) é um requisito de ordem pública do ato administrativo, e, como tal, é intransferível e insuscetível de ser alterada ao alvedrio do executor e contra disposição expressa de lei e da própria Constituição, especialmente o art. 129, §2º, segundo o qual "as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira".

Negando-se motivadamente a proposta, só restará ao acusado requerer ao juiz que encaminhe os autos ao Procurador-Geral de Justiça ou ao Procurador-Geral da República, para que mantenha o entendimento negativo ou designe outro membro do *Parquet* para que efetue a proposta suspensiva.

## 8. PROPOSTA TRANSACIONAL EX OFFICIO

A Lei 9099/95 determina em seu art. 89: “nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, **o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo**, por 2 (dois) a 4 (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.” grifo nosso. Hoje a pena mínima citada neste artigo passou a ser não inferior a dois anos, em função da Lei 1059/01.

O artigo supra, afirma expressamente que é do Ministério Público a titularidade da proposta (poderá propor a suspensão do processo), mercê da exclusividade da ação penal pública, e, com efeito, tem faculdade de avaliar ou não da possibilidade de exercitá-la em plenitude, até final sentença solucionadora da lide penal.

Diante do exposto, não há possibilidade do magistrado proceder de ofício, porquanto o dispositivo acima citado é claro ao estabelecer ao titular da ação, a possibilidade de ofertar o benefício em questão.

A professora Ada Peligrini Grinover<sup>12</sup>, uma das ilustres componentes da Comissão Nacional criada pela Escola Superior da Magistratura de São Paulo para fazer as interpretações do referido texto legal refez a sua posição assim se manifestando:

*Mas uma reflexão mais profunda nos leva à conclusão de que a solução alvitrada pode parecer sedutora, mas faz tábua rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador.*

*Na hipótese do art. 76, foi corretamente afastada porquanto configuraria por certo, atribuição ao juiz de poderes equivalentes aos da ação penal (art. 129, I, da CF) e banida pela própria Lei nº 9.099/95, que quis revogar expressamente a Lei nº 4.611/65.*

*Com efeito, não se pode desconhecer que a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional e não se pode negar que, nesse caso, teríamos exercício de jurisdição sem ação.*

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Peregrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: RT, 1996.

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

O renomado Mirabete<sup>13</sup> compartilha do mesmo entendimento:

*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 pode, 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 e competência do outro. Por consequência, ao titular do jus **persequendi** perence com exclusividade também a disponibilidade da ação penal quando a lei mitiga o princípio da obrigatoriedade.*

*(...) A concessão do benefício sem a concordância do Ministério Público desnatura a relação própria dessa espécie de transação admitida ela Constituição Federal. Consenso é o ato bilateral, acordo, livre adesão de vontades e, onde há obrigatoriedade ou imposição a uma das partes, não se pode falar em transação ou consenso." (Júlio Fabbrini Mirabete, Juizados Especiais Criminais, Atlas, p. 153; Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly, Juizados Especiais Criminais - Comentários, Aide, 2ª tiragem, p. 110).*

Conclui-se, portanto, que a suspensão condicional do processo cabe exclusivamente ao Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, e do art. 89 da Lei 9.099/95 que dispõe que o "Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo". Sendo certo que a interpretação mais correta seja a de que se trata de faculdade do órgão da Justiça Pública, não podendo o juiz agir de ofício.

Fica impedido o juiz de intrometer-se inconvenientemente no trâmite da ação para outorgar a suspensão do processo, ignorando o parecer ministerial, onde prevalece no Processo Penal o Princípio da Obrigatoriedade de Propositura da Ação Penal, em face da denúncia, o Princípio *in dubi pro societates*.

Confirmando essa tese, LUIZ FLÁVIO GOMES registra que "o fato de o acusado ter antes concordado com a suspensão do processo não pode ser levado em conta para efeito de

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabrimi. Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Atlas, 1997.

culpabilidade"<sup>14</sup>, pois vigora em favor do denunciado o *nolo contendere*, sistema no qual o réu não admite culpa nem proclama inocência. Enfim, o ônus de provar a culpabilidade do acusado continua a ser do Estado-Administração, mesmo que se passem dois ou quatro anos de suspensão, quando o réu terá percorrido meio caminho em direção à impunidade.

O que se percebe são as desarmonias que nos levam a um entendimento errôneo. É o que vem sendo notado no que dispõe no sentido do verbo "poder" na Lei n. 9099/95 e às conseqüências dessa opção para a compreensão dos institutos nela tratados.

Ao dar à Lei dos Juizados Especiais a redação atual, quis o legislador conferir uma faculdade ao *Parquet* para fins de política criminal, ou impor um dever à Instituição Ministerial, ao qual corresponde um direito subjetivo do réu?

Compreendido o problema, aparenta-se de fácil solução, mas, a íntegra da lei nos submete à procura do sentido do verbo "poder".

É absolutamente inconveniente a tradução do verbo "poder" como "dever". Em mais de uma oportunidade, o legislador efetivamente impôs aos órgãos estatais o cometimento de uma função, tal como (só para ficar no que nos interessa) com o Ministério Público, ao dispor no art. 24 do Código de Processo Penal que a ação penal pública "será promovida", deixando bem claro que a iniciativa é obrigatória, que o *Parquet* promoverá a actio.

Depois de uma grande discussão envolvendo o verdadeiro sentido que se quis dar ao entendimento do verbo "poder", definiu-se que o jurista deverá ler "dever", por se tratarem de direitos subjetivos do réu. No entanto, continua discussão acerca de tal interpretação, que nos parece equivocada, dando margem à impugnações, contrariando o livre convencimento do magistrado, assegurando que o *sursis* é instrumento de individualização da pena, outorgado ao Juiz.

DAMÁSIO DE JESUS, quanto à natureza jurídica do *sursis* do art. 77 do Código Penal, ensina que "O instituto, na reforma penal de 1984, não constitui mais incidente da execução nem direito público subjetivo de liberdade do condenado (...). É medida penal de

---

<sup>14</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo*. São Paulo: RT, p. 126.

natureza restritiva da liberdade. Trata-se de forma da execução da pena. Não é um benefício. Tem caráter sancionatório"<sup>15</sup>.

No entanto, consideremos os dispostos nos parágrafos 3º e 4º do art. 89 da lei 9.099/95, que regem sobre a revogação obrigatória e a facultativa, respectivamente.

De acordo com a primeira, a revogação obrigatória, quis o legislador atribuir a expressão "será revogada", e, quanto à revogação facultativa, valeu-se de termos "poderá ser revogada", ficando nítida a vontade de criar uma obrigação e uma faculdade para o magistrado.

Se não for admitida essa simetria vernacular, que afirma a discricionariedade do Ministério Público (e, por outra via, valoriza a independência e o livre convencimento do juiz), deve-se concluir que, por força da isonomia, a acusação pública tem direito subjetivo à revogação da suspensão, nas hipóteses do §4º do art. 89. Ou seja, o juiz estará **obrigado** a revogar a suspensão se o acusado vier a ser processado no curso do prazo por contravenção ou se o acusado descumprir condição legalmente imposta pela autoridade judiciária.

Seguindo-se esse raciocínio (que busca somente ressaltar o absurdo do entendimento que transforma o "poder" em "dever"), toda revogação será obrigatória; não haverá revogação facultativa, por surgir sempre um direito subjetivo do Ministério Público à invalidação da suspensão processual.

É de se considerar a manifestação do respeitável professor LUIZ FLÁVIO GOMES, que sustenta que o verbo "pode", utilizado no caput e no § 1º do art. 89 da lei nº 9099/95, lê-se "deve", ao passo que o "pode" do § 2º do mesmo artigo é pode, de poder mesmo. Complementa ainda que "O juiz, conforme o caso concreto, especificará ou não outras condições. Trata-se de uma faculdade"

---

<sup>15</sup> JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 224.

Tais afirmativas vêm reafirmar que a Lei dos Juizados Especiais, ao dispor que o Ministério Público "pode", está dizendo que "pode" mesmo, *i. e.*, está atribuindo uma faculdade a essa instituição. A ilustre comissão de juristas que participou do processo de gênese da Lei n. 9099/95 não deixaria de observar para uma situação tão evidente. Certamente, todos aqueles que contribuíram para o ex-surgimento da Lei dos Juizados Especiais tinham conhecimento dessa tortuosa questão vernacular e não dariam ensejo a uma nova e inútil polêmica.

Tal realidade mostra-se com mais força quando nos lembramos de que o anteprojeto final da Lei n. 9099/95 foi fruto de um longo e amplo debate entre diversos atores jurídicos, sempre tendo como referência institutos similares no Direito Comparado.

Bastaria dizer que *in claris cessat interpretatio*, pois não se tem nos arts. 76 e 89 uma zona cinzenta. O legislador foi explícito. Diria "proporá", e não "pode propor", se o quisesse. Mas não o quis. Por isso não há campo à ambigüidade.

Parece-nos então que é melhor atribuir razão ao legislador. Não se deve recorrer a uma simulação de nosso idioma (que afinal é a língua na qual devem ser escritos os textos legais, conforme o art. 13, *caput*, da Constituição) para atribuir à norma um sentido (e um valor) que ela não possui.

Afinal, o verbo "poder" tem apenas um sentido corrente. Por mais consideráveis que sejam as opiniões que tentam atribuir à lei um significado oculto, é complicado explicar ao homem comum (aquele a quem a lei se dirige) que o que se lê, pode possuir diversas interpretações.

## 9. OUTROS OBSTÁCULOS À TRANSAÇÃO PENAL EX OFFICIO

Tão Logo, fere-se o princípio da tripartição dos poderes do Estado de Direito, posto que o Judiciário admite uma função de Estado-Administração, viola o interesse do poder legislativo ao conceder a expressão legal um aspecto diferenciado do desejado pelo parlamento. Considera-se que a separação funcional dos poderes estabelece instrumento para seguridade dos direitos humanos que sofrem intimidação com o surgimento da pessoa do Juiz-legislador, ou pior, do Juiz-acusador.

O que executa o Juiz quando instala o *ex officio*? Transforma-se em juiz e, ao mesmo tempo, parte adversa do réu. Diante disto, analisaremos que a suspensão seja concedida ao réu, independentemente do aval do Ministério Público. O réu estará sujeito a cumprir condições que lhe foram atribuídas pela lei, além das especificadas pelo juiz, bem como sujeito à suspensão condicional do prazo prescricional.

No caso do réu, por descumprimento das condições que lhe foram atribuídas, o juiz procederá:

- a) suportará os ônus do não cumprimento do "acordo"?
- b) imporá o cumprimento imediato das condições?;
- c) devolverá ao MP a ação penal?

Restringir o exercício da ação penal pode levar sempre a um remate *citra petita*, onde descuida-se dos próprio objetivos do processo penal, e que desconceitua os interesses gerais da coletividade para consentir prerrogativas de interesses individuais, nem sempre autênticos, nem sempre íntegros.

O mais importante direito pertencente ao réu é o de dispor de um julgamento justo, presidido por um juiz imparcial. Se inocente, o réu tem direito impreterível de absolvição, e o *Parquet* deve estar à frente, pronto a reconhecê-lo. Em contrapartida, o réu terá direito a uma pena justa, onde o estado deverá executá-la e possuí-la. Já com a suspensão

condicional do processo, aflora a questão da culpabilidade, haja vista que independente se culpado ou inocente, o julgamento de mérito é mais favorável ao réu.

## 10. O CONSENSO É INDISPENSÁVEL

Entende-se que o direito subjetivo do réu a suspensão condicional do processo se dá somente após a aceitação do acordo entre os litigantes. A partir daí, o *Parquet* estará participando do acordo firmado, não podendo reiniciar o tramite do processo, salvo se o réu ensejar a interrupção do acordo. Ainda sim, torna-se necessário o cumprimento de protocolos para o prosseguimento da ação.

O direito não é uma oferta e sim um exercício. O direito do *Parquet* é o de intentar uma proposta ou não. O direito subjetivo do réu é o da aceitação ou recusa perante a proposta. É necessário, anteriormente, a existência de uma denúncia apta. A lei, ao dispor que o juiz poderá suspender o processo condiciona-o para a deliberação judicial.

A não preservação de um consenso estaria ameaçando os interesses público e institucional. Mesmo que haja vontade do acusado, é vedada a suspensão contra a vontade do *Parquet*. O consenso deverá ser preservado.

Segundo LUIZ FLÁVIO GOMES (*op. cit.*, p. 168), o juiz não pode tomar a iniciativa da suspensão condicional do processo. Ou seja, não pode agir *ex officio*, porque "pelo *jus positum* (...) quem detém a legitimidade ativa é o Ministério Público", mas refere que o art. 89 confere ao *Parquet* um poder-dever que reclama manifestação positiva, no sentido da proposta, sempre que presentes os requisitos legais. E sustenta que, em caso de negativa ministerial, cabe ao acusado requerer a suspensão, que será deferida ou não pelo magistrado. Ainda assim, afirma o autor que tal deve se dar apenas como exceção à natureza bilateral da suspensão.

A Constituição Federal, institui a separação de funções do Estado não apenas na fase pré-processual, mas também em todo tramite legal. O Judiciário torna-se um poder inerte, que apenas atua mediante ao estímulo do Ministério Público, da advocacia pública e da advocacia privada.

Tem o *Parquet* o direito líquido e certo ao devido processo legal. Com a suspensão *ex officio*, acontece uma suspensão provisória do processo, à espera de que o réu cumpra algumas condições que lhe foram impostas. Isso elucida que a proposta *ex officio* limita o exercício da ação penal pelo *Parquet*, podendo ocasionar prejuízos ao resultado útil da ação penal.

## 11. ANÁLISE DE ALGUNS CASOS DECIDIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No julgamento do *habeas corpus* n. 75.343-4, impetrado em favor do paciente JUAREZ QUINTÃO HOSKEN FILHO, contra coação atribuída ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, nos termos dos votos dos Ministros Octavio Gallotti e SEPÚLVEDA PERTENCE, que cabe ao Ministério Público a iniciativa *exclusiva* de propor a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei Federal n. 9099/95.

Os Ministros OCTAVIO GALLOTTI, então relator, e NELSON JOBIM, votaram pelo indeferimento do remédio heróico, argumentando que havendo recusa fundamentada do Ministério Público, posicionando-se pelo não oferecimento da proposta de suspensão condicional, o juiz não pode exercer tal atribuição, porque não se trata de direito subjetivo do acusado, e sim de ato que se acha dentro da esfera *discricionária* do *Parquet*.

O voto do Ministro NELSON JOBIM é muito significativo, porque ele foi um dos autores dos dispositivos cíveis da Lei n. 9099/95, tendo participado ativamente dos debates que precederam sua aprovação no Congresso Nacional, onde então exercia mandato de deputado federal. Por conseguinte, ninguém melhor que o Min. JOBIM para dizer do espírito da lei e da intenção do legislador nos arts. 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais.

O precedente jurisprudencial é de 12 de novembro de 1997, com prevalência do voto do Ministro Octavio Gallotti, relator. A decisão foi majoritária, firmando o entendimento de que a proposta do art. 89 da LJE é uma faculdade exclusiva do *Parquet*, em atenção ao princípio do art. 129, inciso I, da CF, "não podendo o juiz da causa substituir-se a este". Foi voto vencido o Min. MARCO AURÉLIO, que reconhecia a tese do direito subjetivo do réu ao benefício, desde que presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo.

Também por maioria, considerando-se que o art. 89 da LJE "alude ao *Ministério Público* na qualidade de instituição", a Corte Suprema deliberou que "na hipótese de o promotor de Justiça recusar a fazer a proposta, o juiz, verificando presentes os requisitos

*objetivos* para a suspensão do processo, deverá encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta".

Interpretou-se que o art. 89 mitigou o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal. Sendo assim, para orientação de tal política, tem prevalência o princípio da unidade do Ministério Público, previsto no art. 127, §1º, da CF, a fim de que a discricionariedade reconhecida não seja transferida ao subjetivismo de cada promotor de Justiça. Nesse ponto foi vencido o relator originário, Min. Octavio Gallotti, com o entendimento de que a Lei n. 9099/95 não autorizava tal procedimento *administrativo*. Em razão disso, foi relator para o acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, que sustentou a aplicabilidade do art. 28 do CPP, na hipótese de recusa do membro do *Parquet*.

Em 14 de abril de 1998, no julgamento do *habeas corpus* n. 76.436, do Paraná, tendo como relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, manteve-se a orientação, cassando-se a sentença condenatória e o acórdão guerreados, que inadmitiram a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9099/95, para que fosse dada *oportunidade ao Ministério Público* de primeiro grau para manifestar-se sobre a aplicação do referido instituto.

O posicionamento firmou-se em 12 de maio de 1998, no julgamento do *habeas corpus* 76.439-SP (STF, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti), quando se decidiu que:

*Tendo em vista que a suspensão condicional do processo é uma faculdade do Ministério Público para fins de política criminal, a Turma deferiu em parte o habeas corpus para que a recusa do promotor de justiça em fazer proposta de suspensão condicional do processo, seja submetida à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 28 do CPP. Orientação adotada pelo STF no julgamento do HC n. 75.343-MG (Pleno, 12.11.97, v. Informativo n. 92).*

Ultimamente, em outras esferas judiciárias, têm sido valorizadas as atribuições do Ministério Público, como *dominus litis* e titular da atividade persecutória penal, não só em juízo, como também em sua atividade investigatória extrajudicial, assegurando à instituição o direito ao acesso direto a informações mesmo cobertas por sigilo, como o bancário (vide o HC n. 98.02.05425-ES, do TRF da 2ª Região). A orientação do STF no tocante à suspensão condicional do processo é indicativa dessa tendência.

O boletim Informativo STF n. 123, de 14 de novembro de 1998, no título "Ministério Público e Suspensão do Processo", noticiou a seguinte decisão da 2ª Turma da Corte Constitucional:

*"Compete ao Ministério Público a iniciativa exclusiva para propor a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/95 ("Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangida 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..."). Com esse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu o pedido relativamente ao trancamento da ação penal, vencido o Min. Marco Aurélio que o concedia para tornar a denúncia insubsistente, podendo, sobre os mesmos fatos outra ser oferecida, e, a seguir, **por unanimidade**, deferiu em parte o habeas corpus para determinar seja, no juízo de origem, aberta vista ao Ministério Público para fins do art. 89 da Lei 9.099/95, atendendo a orientação adotada pelo Tribunal no HC 75.343-MG (v. Informativos 76 e 92), **aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 28 do CPP**. Precedentes: HC 76.439-SP (DJU de 21.08.98) e HC 74.153-SP (DJU 21.03.97). HC 77.723-RS, rel. Min. Néri da Silveira, 15.9.98."*

O Informativo n. 128 do STF trouxe a notícia do julgamento de outro *habeas corpus* no qual se manteve a discricionariedade do Ministério Público para a propositura da suspensão condicional do processo:

*"O disposto no art. 89 da Lei 9.099/95 ["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)"] aplica-se integralmente à justiça militar, inclusive quanto à observância dos requisitos do art. 77 do Código Penal. (...) Habeas corpus concedido para que, retornando à 1ª instância os autos da ação penal, o Ministério Público manifeste-se a respeito da suspensão, ou não, do processo como determinado pelo art. 89 da Lei 9.099/95. Vencido o Min. Moreira Alves, que indeferia a ordem por entender que as hipóteses de exclusão da suspensão condicional da pena previstas no Código Penal Militar são condições objetivas, não se tratando, portanto, de requisitos subjetivos do réu" (HC n. 77.856-AM, rel. Min. Octavio Gallotti, 20.10.98).*

*No entanto, em que pese tal orientação já firme do Supremo Tribunal Federal, algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça ainda vêm sustentando que a proposta do art. 89 da Lei de Juizados Especiais é direito subjetivo do acusado, aduzindo que "o juiz não deve estar vinculado à recusa do Ministério Público" (RHC n. 7.583/SP, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, v.u., DJU 31/08/98).*

Naturalmente, esse posicionamento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tende a se tornar minoritário, tendo em conta a orientação adotada pelo STF em mais de um

juízo, bem assim considerando que já se instalou divergência na mesma turma do STJ, como se pode ver do seguinte excerto de decisão:

Acórdão da 5ª Turma do STJ, unânime, no Recurso Ordinário em *habeas corpus* n. 98/0051741-3, Relator Ministro FÉLIX FISCHER, em 25/08/1998:

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. LEI N. 9099/95. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. MAJORANTE (CRIME CONTINUADO).*

I - Para verificação dos requisitos da suspensão condicional do processo (art. 89), a majorante do crime continuado deve ser computada.

II - *A eventual divergência entre o agente do Parquet e o Órgão Julgador, acerca do oferecimento da suspensão se resolve, analogicamente, com o mecanismo do art. 28 do CPP.* Precedentes. Recurso desprovido."

Anteriormente, o STJ já decidira que "A suspensão condicional do processo prevista na Lei 9099/95 se circunscreve no princípio da *discricionariedade regulada*, da vontade consciente do acusado e seu defensor, e da desnecessidade da aplicação da pena privativa de liberdade de curta duração, tendo em vista o menor potencial ofensivo da infração" (HC 5027, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, DJU 28.04.97).

Por tudo, conclui-se com o sempre lembrado FREDERICO MARQUES, que o princípio da legalidade (ou obrigatoriedade) da ação penal e o da oportunidade podem conviver no sistema processual penal. É isso o que se está assistindo, no momento em que se tenta dar a maior vitalidade possível aos institutos da Lei n. 9099/95, que incomodam as velhas concepções dominantes, mas que descortinam um horizonte límpido no futuro da Justiça Criminal consensual.

## 12. CONCLUSÃO

Á título de conclusão, depois de discutidas as questões a que se propôs a presente pesquisa, podemos opinar que a suspensão condicional do processo e a transação penal constituem faculdades postas à inteira disposição do membro do Ministério Público para aplicação nos casos da política criminal, exercendo o poder do exercício da ação penal, informada pelo princípio da oportunidade, e não um direito subjetivo posto à disposição do Réu.

Os institutos de suspensão condicional do processo e da transação penal deverão ser considerados após prevalecer um acordo das partes integrantes do processo. O acusado terá seu direito pautado na aceitação ou recusa da proposta, partida do membro do Ministério Público, que, presente os requisitos, poderá lhe oferecer. Poderá o acusado, outrossim, valer-se de seu procurador, preenchidos os requisitos para a oferta da transação, encaminhar uma revisão ao magistrado que, por sua vez, remeterá os autos ao Procurador-Geral para que ele se manifeste diante da proposta negada pelo membro do Ministério Público sem uma justificativa, conforme disposto no art. 28, do CPP, por analogia.

A lei em estudo, 9.099/95, tem por escopo a busca e a promoção do consenso, embora não permita a violação da vontade de qualquer das partes que do processo faça parte. Nesse sentido e em respeito à isonomia e a bilateralidade, não poderá o magistrado se manifestar sobre a suspensão e a transação *ex officio*, atendendo um possível requerimento do acusado, sem ter a manifestação do *Parquet*, que é de onde deverá surgir tal proposta, uma vez que a ele possui a discricionariedade para tal.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Weber Martins. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal: A Lei 9099/95 e sua doutrina mais recente**/Weber M. Batista, Luiz Fux – Rio de Janeiro – Forense, 1997.

PELLEGRINI, Ada Grinover. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: RT, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

**Constituição Federal, 1988.**

MIZZILI, Ministério Público. São Paulo: Atlas, 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 9 ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTEIRO, Marcelo Rocha. **Ausência da Proposta do Ministério Público na Transação Penal: uma reflexão à Luz do Sistema Acusatório**. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais**. Atlas, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo**. São Paulo: RT.

JESUS, Damásio de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998.

### CONSULTAS ELETRÔNICAS:

[www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)

[www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)

[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)

[www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=10p4&p=3](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/asp?id=10p4&p=3)