

RECURSO ESPECIAL - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL EM TORNO DA APLICAÇÃO DO ART. 89 DA LEI 9.099/95 E DO ART. 299 DO CP - INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRANSCORRER DO JULGAMENTO - TEMA DESPREZADO PELO TRIBUNAL - APLICAÇÃO DO ART. 28 DO CPP

1. A expressão "poderá", constante do *caput* do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, não cria ao Ministério Público um poder discricionário, uma faculdade, porquanto o poder-dever de ofertar a proposta de suspensão condicional do processo, uma vez presentes os requisitos legais, persiste conduzindo a atuação do titular da ação penal, que não pode, sem motivo justificado, escolher pela persecução penal.
2. Cabe ao julgador aplicar o art. 28 do CPP, abrindo vista ao Procurador-Geral de Justiça se o órgão do *parquet* local, atuante no caso, se recusa a propor a suspensão condicional do processo.
3. *In casu*, o Tribunal *a quo* deixou de cumprir a determinação de remessa.
4. Recurso provido em parte para que, em sede de diligências, o Tribunal *a quo* providencie a oitiva do Procurador-Geral de Justiça acerca da conveniência e oportunidade da suspensão condicional do processo, sem prejuízo do exame posterior das outras questões suscitadas no presente apelo.

RECURSO ESPECIAL Nº 272.781-ES - Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Recorrente: Walter Gustavo Naumann Junior. Advogado: Vinícius Bittencourt.
Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Acórdão _____

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam

os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão, deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalhido votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de junho de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

Relatório

Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora) - Cuida-se de recurso especial, aviado com fundamento no art. 105, III, "c", da Constituição Federal, interposto por WALTER GUSTAVO NAUMANN JUNIOR, contra v. acórdão proferido pelo Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, cuja ementa foi assim delineada (fls. 871/872):

PENAL E PROCESSUAL PENAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – CARACTERIZAÇÃO – MODALIDADE CULPOSA – INEXISTÊNCIA – SUSPENSÃO DO PROCESSO – PRECLUSÃO.

A suspensão do processo prevista no art. 89 da Lei n.º 9.099/95 é uma faculdade conferida ao então acusado mas que deve ser exercida oportunamente. Não se pode examinar pedido de tal natureza quando pronunciamento algum a respeito fez a defesa (ante ausência de oferta pelo Ministério Público), durante toda a instrução processual e mesmo em sustentação oral na sessão de julgamento, provocando o incidente quando o réu já estava praticamente condenado. Aliás tal posicionar mostra-se contraditório, pois a suspensão então pretendida é incompatível com a absolvição tenazmente perseguida pela mesma defesa. No mais, a principal finalidade do novel instituto é o evitar a estigmatização derivada do próprio processo o que se inviabilizaria então. No mais, não pode o réu colocar-se em situação de vantagem para, depois,

de iniciada a instrução (aqui concluída) dar a sua anuência a respeito, conforme as provas colhidas.

Comete o delito de falsidade ideológica quem insere em declarações afirmações falsas atinentes a possível tempo de serviço rural, levando-as a homologação pelo Ministério Público, para posterior averbação junto ao INSS. Neste caso não se presta a descaracterização de tal crime o estar ditos documentos sujeitos à fiscalização da Autoridade que poderia perceber o falso. Primeiro, porque o delito se consuma com a homologação pelo Ministério Público que era a Autoridade competente para tal; segundo porque a ilicitude desaparece tão somente quando a falsidade é facilmente constatável, a um exame superficial, e nunca quando sindicâncias são necessárias para a sua descoberta.

Inexistindo a modalidade culposa, e não havendo prova de dolo quando firmados tais documentos é de se rejeitar a denúncia contra os respectivos subscritores de tal declaração, levando-se em conta também a influência de um Magistrado em tal proceder.

Do que se depreende do arrazoado, WALTER GUSTAVO NAUMANN JUNIOR, Juiz de Direito, foi denunciado, juntamente com outros três co-réus, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, nas penas do art. 299 do Código Penal. Disse a denúncia que o réu, usando da condição de Juiz de Direito, "em 12 de novembro de 1992, solicitou com requerimento ideologicamente falso, ao presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais da Serra, ES, DECLARAÇÃO de que exercera atividade de trabalhador rural no período de onze de setembro de 1970 a quatro de março de 1982 (fl. TJ 120)". Conseguido tal intento, requereu do Ministério Público local a homologação do documento, sendo que, uma vez operada, encaminhou pedido ao Instituto Nacional do Seguro Social a fim de que lhe fosse fornecida certidão de tempo de serviço da suposta atividade rural, ocasião em que a Autarquia Federal suscitou a existência da falsidade.

Recebida a denúncia (fls. 318/321) e transcorrida a instrução, o Plenário da Corte a quo, por maioria, decidiu condenar o recorrente à pena de 2 (dois) anos e 1 (um) mês, reprimenda substituída por restritiva de direito (prestação

de serviços à comunidade), absolvendo os demais denunciados.

Daí este recurso excepcional, pelo qual o recorrente agita a existência de dissídio jurisprudencial em torno do art. 299 do CP, entre o que foi conferido no acórdão com o que foi dado por outros Tribunais, mormente o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Noutra sede, suscita a nulidade do processo por inobservância da Lei n.º 9.099/95, na medida em que não oportunizou ao recorrente a suspensão condicional do processo, ponto também aventado pelo caminho da divergência com orientação firmada no Supremo Tribunal Federal.

O recurso foi admitido pela decisão de fl. 1037 e subindo os autos a esta Corte, foram distribuídos ao então Ministro Fontes de Alencar, sendo posteriormente encaminhados a mim em segunda atribuição.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal opinou pelo improvimento do recurso (fls. 1044/1049).

É o relatório.

Voto

Ministra Maria Thereza de Assis Moura (Relatora) - Sob a óptica do ritual de admissibilidade do recurso, observo em primeira linha que ambos os temas devolvidos a esta Corte foram amplamente debatidos no *decisum* vergastado, embora as razões recursais tenham pecado na demonstração do confronto analítico dos julgados. Mas por ser patente a discussão, há de merecer a incursão meritória.

Num primeiro campo de análise, urge concentrar esforços no tema prioritário e prejudicial da suspensão condicional do processo.

Pelo que consta dos autos, no meu entender, a situação fática processual da qual

resultou, naturalmente, o entendimento jurídico do Tribunal *a quo*, que melhor encaminha a discussão está no voto-vencido do Ilustre Desembargador Osly da Silva Ferreira, que na continuidade do julgamento da ação penal, assim apresentou a questão (fls. 962/963):

Trata-se de pedido de suspensão do processo a teor do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, formulado pelo acusado Dr. Walter Gustavo Naumann Jr.

Conforme argumentei em sessão anterior, lendo jurisprudência específica, a suspensão do processo – a teor do art. 89 da Lei n.º 9.099/95 – constitui-se em direito subjetivo do acusado. Em suma, quando processado pelos “crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano” há que se dar ao acusado a oportunidade de se manifestar se aceita ou não a proposta da suspensão do processo, ou deverão ficar devidamente justificados os motivos por que não lhe será oferecida a proposta, diante das exigências do referido art. 89.

No presente caso, o acusado requerente situou-se apenas processado como incurso nas sanções do art. 299 do Código Penal, cuja pena mínima prevista é de um ano de reclusão, já que o próprio órgão ministerial em suas alegações finais entendeu incorreta e excessiva a tipificação do crime também no artigo 304. Tal argumento foi integralmente aceito pelo Eminent e culto Relator que concluiu por condenar o requerente apenas na sanção do art. 299.

Por tal razão é que argumentei pela suspensão do processo a teor do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, tendo pedido vista dos autos.

Porém, antes de levar o processo a julgamento, aquele meu pedido de vista resultou prejudicado, pelo ingresso da petição de fls. 640 “usque” 653 da defesa pedindo o pronunciamento desta Colenda Corte, quanto à suspensão do processo.

Mesmo antes de ser apresentada a referida petição, o douto Procurador de Justiça, manifestou-se às fls. 637/639 assim concluindo:

“Mas, na realidade, me oponho a fazer a proposta de suspensão porque o acusado não preenche os requisitos do referido art. 89, não satisfazendo, principalmente, as exigências do art. 77 do Código Penal.

Portanto, o Ministério Público estadual deixa de fazer a proposta de suspensão do processo por entender totalmente incabível.

É a manifestação, senhor Presidente e Eg. Tribunal, requerendo que se prossiga, concessa vênua, com a votação do mérito, renovando o pedido de condenação.'

Portanto, o nobre Representante do Ministério Público adentrou no mérito, ao concluir que 'o acusado não preenche os requisitos do referido art. 89, não satisfazendo, principalmente, as exigências do art. 77 do Código Penal'.

Por seu turno, o Eminentíssimo e culto Relator, não entrou no mérito, tanto assim que concluiu "pela total impertinência, data vênua, desta questão hasteada", isto porque, em seu voto, entendeu, em resumo, já ter havido manifestação deste Egrégio Tribunal sobre o pedido de suspensão formulado pelos outros acusados e por ter ocorrido preclusão, em virtude do estado atual do processo, bem ainda por não haver obrigatoriedade por parte do Ministério Público para propor a suspensão."

O eminente desembargador, com essa exposição, preconizou no seu voto a necessidade de submeter à apreciação do relator, bem assim, do Pleno, o mérito da pretensão do *sursis* processual, para que, expressamente, analisasse se o acusado preenchia ou não os requisitos do art. 89 da Lei n.º 9.099/95. Contudo, esta não foi a tese vencedora no acórdão, que seguiu o entendimento do relator.

Extraí-se do posicionamento do eminente relator o seguinte ponto:

Insta fazer o registro, por derradeiro, que deixei para manifestar-me, agora, em emissão de voto, quanto ao pedido formulado pela defesa dos acusados CARLOS e FRANCISCO MIRANDA, quanto à suspensão do processo. E se não o fiz, antes, foi por manter entendimento no sentido de que a proposta de suspensão é ato discricionário do Ministério Público, tem como momento oportuno o oferecimento da denúncia, e ao ser oferecida a denúncia nada se propôs a respeito. (fl. 891).

Em adendo ao pedido de vista do Desembargador Osly da Silva Ferreira, que posteriormente votou nos termos da transcrição suprarreferida, o eminente Relator esclareceu (fl. 945):

Gostaria de esclarecer ao Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira, já que

S. Ex^a fez essa declaração, que o então denunciado, quando fez a sua defesa prévia, não postulou essa suspensão do processo, somente dois acusados o fizeram: Carlos Miranda e Francisco Miranda. O voto foi apreciado pelo Egrégio Tribunal de Justiça, votação essa que está se procedendo até a presente data.

Mais a frente, após o voto-vista no sentido de aceitar proposta da suspensão, o eminente Relator ainda fundamentou (fls. 970/971):

Estávamos já no julgamento de mérito, com condenação por 10 a 7, salvo algum engano, quando o Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira pediu vista dos autos para suscitar esse possível incidente. Logo depois, como S. Ex^a esclareceu, foi interrompido pelo pedido da Defesa, ao qual julguei fora do prazo, porque o julgamento do mérito já estava em andamento, repito. O Dr. Procurador de Justiça também antecipou o seu ponto de vista, entendendo que o réu não preenchia os requisitos para a suspensão do processo. Aliás, aqui há até certas nuances, porque o pedido de suspensão do processo pressupõe que o réu admita sua culpabilidade. O Eminente Desembargador Osly da Silva Ferreira votou pela absolvição do réu, o que é diferente. Se ocorreu erro, foi meu para beneficiar o réu e aí caberá ao Dr. Procurador de Justiça recorrer, se for o caso. Se houve equívoco foi quando concedi a pena restritiva de direito, porque no meu entender, e mantenho meu posicionamento anterior, quanto à preclusão, no mérito, o Dr. Procurador de Justiça mostrou que o réu não tem direito a isso.

Diante dessas transcrições, pode-se construir a questão jurídica a ser debatida no especial, dentro da linha do dissenso pretoriano, como sendo aquela que prodigalizou a suspensão condicional do processo como ato discricionário do ministério público, cabendo a este a conveniência e oportunidade de ofertar a proposta quando lhe bem entender.

Outras questões, tais como, a que disse sobre a preclusão do pedido e a que tratou sobre o momento de a defesa propô-lo estariam afastadas, porquanto o que prevaleceu em último

caso foi o entendimento inicial que cabe reproduzir: “a proposta de suspensão é ato discricionário do Ministério Público, tem como momento oportuno o oferecimento da denúncia, e ao ser oferecida a denúncia nada se propôs a respeito” (fl. 891).

Este, no meu entender, seria o único ponto controvertido capaz de ser investigado pela via especial.

A suspensão condicional do processo trouxe à tradicional conjuntura do direito brasileiro uma nova forma de resolução do conflito penal, a que a doutrina consagrada pontuou como a via alternativa entre a resposta da prisão, no caso da ação penal pública, e a sua renúncia, no caso da ação penal de iniciativa privada.

Isso se dá porque, como sabido, a ordem jurídica confia ao ministério público a obrigatoriedade da ação penal pública e a alternativa proposta de transação processual mitiga essa realidade da norma cogente. Daí porque se diz que o princípio regente dessa nova forma de solução da controvérsia penal é o da oportunidade ou discricionariedade regrada, pelo qual o titular da ação pode dispor da persecução penal em favor de uma proposta alternativa.

No entanto, afirme-se que o sentido da ordem legal, ao contrário do que possa indicar a previsão do art. 89 da Lei n.º 9.099/95, quando usa a expressão “poderá”, não é a de conferir ao Ministério Público uma faculdade simplesmente, de modo a afastar o poder-dever de seu múnus público. Na verdade, o *parquet* continua a ser influenciado pela imposição legal e dentro de certos requisitos. Por sinal, a doutrina sempre ressaltou na função ministerial como aquela que se pauta pela proteção da sociedade na medida exata da previsão legal.

É a lei, em última análise, que traça a atuação do Ministério Público. A ordem jurídica, destarte, não só constitui objeto da sua atuação (CF, art. 127), senão também seu limite. É objeto da sua defesa e ao mesmo tempo preside qualquer atuação sua. Todos os poderes públicos estão submetidos ao

império da legalidade, pois é isso que caracteriza o Estado de Direito; todavia, primordialmente é o Ministério Público o órgão projetado constitucionalmente para atuar em defesa da ordem jurídica. (Ada Pellegrini Grinover *et al. Juizados Especiais Criminais* (Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995). 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pág. 260).

No atinente à suspensão, também pontua:

O princípio da oportunidade (regrada) instituído pela Lei 9.099/95, entretanto, não chega a permitir ao Ministério Público deixar de atuar pura e simplesmente. Ele pode dispor da *persecutio criminis* projetada pela lei, para adotar uma via alternativa. Mas não pode deixar de agir por razões de oportunidade. Presentes os requisitos legais, tem que atuar em favor da via alternativa eleita pelo legislador. Quem traçou a política criminal consensual, portanto, foi o legislador. Não é o Ministério Público o detentor dessa política. Ele a cumpre. Assim como a cumpre o juiz. A *ratio legis*, portanto, reside na conquista de finalidades públicas supremas (desburocratização, despenalização, reparação, ressocialização etc.), não no incremento de poderes para uma ou outra instituição. (Obra citada, pág. 261).

Por esse viés, tenho que o acórdão pecou ao assumir a posição segunda a qual a suspensão condicional do processo é ato discricionário cuja configuração externa é da escolha única do ministério público.

Ora, admitir tal entendimento é o mesmo que tornar disponível a atuação do órgão de acusação, que poderia optar unilateralmente, sem qualquer fundamentação, entre perseguir o autor do crime ou propor a transação processual.

O sentido da norma é outro, obviamente. Envolve, inclusive, a conferência consensual para a concretização do instituto, já que, de um lado, cobra, uma vez presentes os requisitos, a indicação do *parquet*, com as condições a serem proposta ao réu, e, de outro, a aceitação deste. E mesmo sobrevivendo discussão no transcorrer do julgamento, cabe ao Juiz dispor sobre a sua obrigatoriedade ou concessão.

Vale ressaltar quanto ao julgamento em exame que tal exigência de definição por parte do colegiado local era de ser desde logo concretizada, inclusive com a possibilidade do emprego da situação prevista no art. 28 do CPP ante a inocorrência de manifestação do Procurador-Geral de Justiça.

Assim, na espécie, dois pontos devem ser destacados:

a) mesmo havendo, desde o início da ação penal, pedido expresso da defesa dos co-réus Carlos Miranda e Francisco Miranda para que fosse concedida a suspensão condicional do processo, o Tribunal *a quo* preferiu indeferir o pedido sob a fundamentação da discricionariedade do ato por parte do ministério público (fl. 891).

b) Já em relação ao recorrente, embora não tenha havido a proposta por provocação da defesa, o Tribunal reconduziu o tema no voto do desembargador Osly da Silva Ferreira, ao que se seguiu pedido expresso do acusado, sendo a discussão resolvida a partir de fundamentação inidônea, sem qualquer parâmetro aceitável. Basta notar que a decisão tomada no meio do julgamento simplesmente desprezou a concessão da substituição da pena privativa por restritiva de direito, conferida ao acusado, cuja medida se enquadrava perfeitamente na hipótese da suspensão condicional do processo.

No contexto, portanto, era de ser seguido o rito do citado art. 28, de modo garantir ao acusado toda a extensão do direito ao benefício da suspensão processual. E nunca é demais ressaltar que, sendo ato bilateral, o réu só poderia aceitar a proposta se viesse concretamente demarcada com as condições a serem cumpridas. Ademais, saliente-se que o ato de recepção é personalíssimo, cabendo somente ao réu, na presença do juiz, dispor sobre a aceitação.

Diante disso, vejo que o recurso cumpre os requisitos de admissibilidade, sobretudo porque trouxe orientação da Suprema Corte que bem expressa o teor da discussão.

E desta Corte, colacionem-se:

HABEAS CORPUS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDI-CIONAL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA OU DE INDEFERIMENTO. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. BENEFÍCIO A SER CONCRETIZADO ATÉ A SENTENÇA. A realização da proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa a ser lançada por parte do Ministério Público, mas, por outro lado, é direito subjetivo do réu de ver-lhe recebida.

Portanto, a sua não configuração em termos específicos, conferindo ou não o direito ao acusado, macula o procedimento, pois a lei obriga a condução circunstanciada do benefício, mesmo que ocorra depois do recebimento da denúncia e antes da sentença.

Ordem concedida em parte para que seja realizada a proposta de suspensão do processo ou, em caso negativo, sejam anotados os termos do indeferimento. (HC 38.064/BA, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16.12.2004, DJ 21.02.2005, p. 201)

Por derradeiro, alerte-se para o fato de que a decisão a se tomar neste REsp deve levar em conta a recusa do Ministério Público local em oferecer a proposta, por entender não estarem presentes os requisitos, quando a própria decisão condenatória garantia a substituição da pena.

Em resumo: diante da negativa do Ministério Público em oferecer a proposta, porquanto entendeu não presentes os requisitos legais, cabia ao Tribunal, em obediência ao disposto no art. 28 do Código de Processo Penal, remeter o caso ao procurador-geral de justiça para o fim de dispor acerca do direito à suspensão condicional do processo e suas condições, de sorte a exaurir a sua prerrogativa de titular da ação penal.

Sendo assim, conheço em parte do recurso especial e, nesta parte, dou-lhe provimento,

para determinar, em sede de diligências, que o Tribunal *a quo* proceda à oitiva do Procurador-Geral de Justiça sobre a oportunidade e conveniência da suspensão condicional do processo, sem prejuízo do exame posterior das outras questões suscitadas no presente apelo.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nesta extensão,

deu-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Nilson Naves e Hamilton Carvalho votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Paulo Gallotti e Paulo Medina.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves.

Brasília, 21 de junho de 2007. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJU* de 13.08.2007.)

-:-