



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR TRANSAÇÃO PENAL
NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Amanda Ferreira Almeida

Rio de Janeiro
2019

AMANDA FERREIRA ALMEIDA

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR TRANSAÇÃO PENAL
NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Amanda Ferreira Almeida

Graduada pela Pontifícia Universidade Católica.
Advogada.

Resumo – o Direito Processual Penal passou por inúmeras transformações, podendo-se considerar a maior delas advinda da Lei nº 9.099/95. Com esta, foram regulamentados os Juizados Especiais Criminais e inseridas medidas voltadas a proporcionar uma justiça restaurativa, já utilizada - há tempos - por outros países. A essência do trabalho é abordar a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal, bem como identificar o desdobramento procedimental gerado a partir da escolha da corrente jurídica adotada. Com isso, será possível concluir os limites da atuação dos membros do Ministério Público nos crimes de ação penal privada.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Legitimidade. Ministério Público. Transação Penal. Ação Penal Privada.

Sumário – Introdução. 1. A aplicação das medidas despenalizadoras trazidas pela Lei nº 9.099/95 nos crimes de ação penal privada. 2. A divergência acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal. 3. O Ministério Público como proponente da transação penal na ação penal privada. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de o membro do Ministério Público propor transação penal ao acusado nos delitos perseguidos por ação penal privada. Procura-se demonstrar que a inexistência de proposta gera consequências muito relevantes de ordem penal ao futuro réu e a consequente necessidade de ponderação de princípios.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema, de modo a conseguir discutir a relevância do papel do Ministério Público, ainda que não seja parte, na ação penal privada.

A Constituição Federal de 1988 ordenou a criação dos Juizados Especiais Criminais e a Lei nº 9.099/95 passou a regular os institutos adequados ao procedimento adotado no Órgão, dentre eles, a transação penal, com o fim de pôr em prática a justiça negociada. Será tratado, ainda, a discussão acerca da mitigação do princípio da obrigatoriedade, aplicável ao Ministério Público.

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que traduz situação recorrente nos Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar as correntes acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal e a influência direta que a corrente adotada pelo julgador repercutirá no procedimento penal do acusado.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a função das medidas despenalizadoras introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 9.099/95 e aplicáveis aos crimes de ação penal privada, especialmente a transação penal.

Segue-se elencando, no segundo capítulo, a divergência acerca da natureza jurídica do instituto da transação penal e as diversas correntes defendidas pelos doutrinadores. Ainda, será analisada qual destas prevalece nos Tribunais superiores atualmente e se estão em conformidade com os princípios protetores ao réu.

O terceiro capítulo busca, de fato, analisar a legitimidade do *Parquet* em propor a transação penal quando o acusado responde pelo cometimento do crime e a parte ofendida - polo ativo da ação penal - decide por não oferecer a proposta. Neste sentido, na medida em que a escolha da teoria acerca do assunto será determinante para compreender a possibilidade de atuação do MP, faz-se necessária prévia discussão e aferição da legalidade/constitucionalidade de tal consequência.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende desenvolver situações hipotéticas, por meio das quais será viável compreender e analisar o objeto da pesquisa, objetivando comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Adota-se a natureza exploratória para permitir a familiarização com o assunto abordado. As fontes primárias utilizadas se materializam nos dispositivos legais, enquanto as secundárias nos livros de doutrinadores renomados no ramo do direito processual penal, bem como em trabalhos acadêmicos anteriormente produzidos e jurisprudência dos Tribunais superiores.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, traduzindo-se em uma compilação e análise de conceitos, teorias, bibliografia de referência sobre o tema específico da pesquisa e aplicações práticas dos institutos tratados.

1. A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DESPENALIZADORAS TRAZIDAS PELA LEI Nº 9.099/95 NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA

A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I, previu a necessidade da criação dos Juizados Especiais Criminais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo. Contudo, deixou de conceituar o objeto da norma, delegando tal função ao legislador infraconstitucional.

A Lei nº 9.099/95¹ pode ser definida como um marco ao processo penal brasileiro no que tange a ideologia da solução de conflitos criminais, haja vista tenha adotado uma série de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras. Assim, a norma regulou efetivamente o funcionamento do Juizados, bem como introduziu no ordenamento jurídico brasileiro os institutos da composição civil dos danos, da transação penal, da representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa e da suspensão condicional do processo. Ainda, suprimindo a omissão anteriormente mencionada, definiu as infrações penais de menor potencial ofensivo como as contravenções e crimes aos quais a lei penal comina pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, da Lei nº 9.099/95² – alterada pela Lei nº 11.313/06³).

Com o advento da Lei:

[...] princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso [...].⁴

Neste sentido, ganhou relevância a chamada “Justiça Penal Negociada” – igualmente conhecida como *plea bargaining* – por meio da qual o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa.⁵ Há quem afirme⁶, portanto, que os institutos atrelados à essa justiça consensual importariam em uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade regrada,

¹ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

² Ibid.

³ Idem. Lei nº 11.313/06, de 28 de junho de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em 06 mai. 2019.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal - volume único*. 5. ed. rev., ampl., e atual. – Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1437.

⁵ ORTEGA, Flávia Teixeira. *Qual a diferença entre as justiças restaurativa, reparatoria e negociada?* Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/366954356/qual-a-diferenca-entre-as-justicas-restaurativa-reparatoria-e-negociada>>. Acesso em: 29 out. 2018.

⁶ SILVA, José Alfredo de Paula. *Princípio da obrigatoriedade na Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3300/principio-da-obrigatoriedade-na-lei-n-9-099-95>>. Acesso em: 29 ago. 2018.

vinculado ao Ministério Público. A Resolução n° 181/17, do CNMP sepultou de vez o princípio ao regulamentar o acordo de não-persecução penal nos delitos considerados menos graves pelo legislador.

Apesar de facilmente identificáveis as inúmeras vantagens da justiça negociada, esta também é alvo de críticas. Minoritariamente, na doutrina, entende-se que há violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, que de interventor necessário se torna mero expectador do conflito, o qual não possui mais controle jurisdicional e nem se submete ao limite da legalidade, limitando-se a homologar o acordo. Desta forma, o juiz estaria se beneficiando, pois seu volume de trabalho é reduzido e a sua produção quantitativa aumenta.

A reprimenda segue no sentido de que a justiça negociada “contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor. (...) a Lei n° 9.099/95 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela, de mínima relevância social.”⁷ Por fim, seria o instituto um instrumento de pressão, que ensejaria em autoacusações falsas, testemunhos caluniosos desigualdade de tratamento e insegurança.

Em juízo contrário, porém, é amplamente aceito que os Juizados buscam observar os critérios da oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, com o fim de beneficiar o jurisdicionado.

Impende ressaltar que os institutos da transação, composição civil dos danos e *sursis* processual não se limitam ao âmbito do Jecrim, isto é, são aplicáveis a quaisquer infrações penais cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos. Tal abrangência acaba gerando discussão doutrinária acerca da natureza da competência do Juizado. Segundo Ada Pellegrini⁸, esta “é de ordem material e tem base constitucional, portanto é absoluta”. Já doutrina mais moderna entende diversamente⁹, pois, apesar de ser absoluta a fixação de competência com base no interesse público, pode ser modificada pela lei e pela vontade das partes.

No que tange ao procedimento dos Juizados, em regra, noticia-se o fato em repartição policial, onde será lavrado termo circunstanciado e o encaminhamento ao Jecrim. A justa causa – autoria e materialidade -, por sua vez, é extraída do termo ou da queixa-crime – ação privada.

A perseguição dos crimes elencados no ordenamento jurídico, em regra, se dá por meio de Ação Penal Pública Incondicionada. Nos casos em que o legislador decidiu por bem excepcioná-la, o fez expressamente. Existem, portanto, dispositivos que exigem a representação

⁷ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 781.

⁸ GRINOVER apud NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 541.

⁹ LIMA, op. cit., p. 1450.

da vítima, como, também, os que informam que o delito se procederá mediante queixa. Estes últimos traduzem, portanto, os crimes de Ação Penal Privada.

Como exemplo mais comum, encontra-se a figura da injúria, calúnia e difamação, classificados como crimes contra a honra. São eles de competência do Jecrim, haja vista possuírem como pena detenção de, no máximo, 2 (dois) anos, e/ou multa. Portanto, em regra, a estes delitos se aplicam os institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95.

Em sede de audiência preliminar, que poderá ser presidida pelo juiz togado ou pelo conciliador, a lei impõe a presença do MP, suposto autor do fato, vítima, advogados e, se possível, do responsável civil. Contudo, não são raros os casos em que o Ministério Público não está presente e as propostas de transação penal/suspensão condicional do processo são apostas em formulário nos autos, ferindo o princípio da ampla defesa e direitos humanos fundamentais. Igualmente periódicos são as situações de audiência do defensor, ocasião em que o acordo é feito sem a devida intervenção de defesa técnica. Neste contexto, a audiência deve ser considerada nula.

10

A composição civil dos danos – prevista nos arts. 74 e 75 da Lei nº 9.099/95¹¹ - é primeira tentativa de solução consensual, “de modo que o acordo entre imputado e vítima, com vistas à reparação dos danos decorrentes do delito, gera um título executivo judicial”.¹² Possui como principal efeito a extinção da punibilidade e a renúncia do direito de queixa ou representação, obstando a instauração do processo criminal ou acarretando a sua extinção. Alguns autores¹³ consideram seu cabimento apenas nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação. Homologado o acordo, a sentença terá natureza de título executivo judicial, capaz de ensejar execução no juízo cível.

Frustrada a tentativa de composição civil, há possibilidade de oferecimento da transação penal - art. 76 da Lei¹⁴ -, a qual pressupõe o oferecimento, do MP ao acusado (em regra), de cumprimento de pena de multa ou restritiva de direitos em troca da não instauração de processo criminal. Com o seu advento, nasceram, também, muitas controvérsias acerca de sua natureza jurídica e o comportamento do juiz em razão do seu não oferecimento – que serão tratadas no Capítulo 2 -, bem como problemas relativos ao seu descumprimento.

¹⁰ NICOLITT, op. cit., p. 546.

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹² AURY, op. cit., p. 753.

¹³ BATISTA apud NICOLITT, op. cit., p. 546.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

Vale ressaltar que por mais que o crime seja de menor potencial ofensivo, deve-se verificar a relevância jurídico-penal da conduta, bem como características pessoais do agente. Quanto a estas, algumas impedem a concessão do instituto, como: a reincidência, a concessão anterior há menos de 5 anos, bem como se os antecedentes, conduta social e personalidade do agente forem desfavoráveis. Ora, tais requisitos devem ser analisados de forma atenta, pois poderia caracterizar um *bis in idem*, violação ao princípio da presunção de inocência, privilegiar o direito penal do autor, entre outros retrocessos.¹⁵

A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei¹⁶, poderá ser proposta pelo *Parquet* no caso dos delitos em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, suspendendo-se o processo pelo período de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que preenchidas certas condições. Após o período de prova, o juiz declara extinta a punibilidade e o processo. Caso haja descumprimento, o processo volta a tramitar de onde parou.

O *sursis* processual abrange delitos que não necessariamente são da competência dos Juizados, ampliando, assim, a sua incidência. Deve haver, portanto, proporcionalidade entre o delito cometido e a submissão ao período de provas. Na prática, muitos juízes acabam fixando o lapso temporal abaixo do mínimo previsto em lei, pois não seria proporcional estabelecer restrições por 2 (dois) anos por um crime apenado em meses – o que está longe de ser pacífico nos Tribunais. Mesmo tendo caráter negocial, representa um ônus, possuindo, assim, caráter punitivo – apesar de não ser pena.

¹⁵ AURY, op. cit., p. 753.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

2. A TRANSAÇÃO PENAL E A DIVERGÊNCIA ACERCA DE SUA NATUREZA JURÍDICA

A transação penal é um instituto do processo penal aplicável aos delitos de menor potencial ofensivo, isto é, a crimes ou contravenções penais cujas penas máximas não ultrapassam 2 (dois) anos. Prevista no art. 76 da Lei n° 9.099/95¹⁷, trata-se de um acordo entre órgão acusador e acusado antes mesmo do início da ação penal propriamente dita, a fim de evitar a instauração do processo e substituir eventual cumprimento de pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos ou multa.

Alvo de críticas, o instituto já chegou a ser entendido como inconstitucional logo no início da vigência da Lei por alguns doutrinadores, como Geraldo Prado¹⁸, pela razão de que “devido processo legal” da transação não existiria, pois o instituto consistiria exatamente em o imputado “abrir mão” do devido processo legal:

Na realidade, a transação penal criou uma situação no mínimo estranha ao permitir a aplicação de pena fundada em juízo provisório de culpabilidade. Isto porque uma das funções do processo penal consiste em determinar, dentro de certos limites, a existência da infração penal, considerada não somente do ponto de vista objetivo mas por conta da culpabilidade. Sem a constatação processual da culpabilidade a rigor não caberia impor penas.

Todavia, quando a Carta Magna instituiu os Juizados, ela legitimou a transação penal no que se refere à aplicação antecipada de pena. Ademais, a medida se justifica em razão da ampla defesa do agente. Defende Polastri¹⁹ que:

O procedimento, mesmo que breve, para a imposição da pena acordada, já é o devido processo previsto constitucionalmente e em lei infraconstitucional, um procedimento consensual e célere, em que se visa à não-propositura de um processo mais gravoso ao autor do fato, desde que este aceite cumprir certas condições estabelecidas na lei. O Estado propõe um acordo que é aceito pelo autor do fato para ser beneficiado por um procedimento com consequências mais leves, ou seja, pagamento de uma multa ou cumprimento de uma pena restritiva de direito, e, após o cumprimento das condições, terá extinta a punibilidade. Por outro lado, aqui não se afere culpa e, assim, não há se falar em descumprimento do princípio da não-culpabilidade.

Norteados pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, o benefício é capaz de evitar a morosidade do judiciário e, ao mesmo tempo, diminuir a sensação de impunidade da população em relação a esses delitos menores. Por meio

¹⁷ BRASIL. Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

¹⁸ PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

¹⁹ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1011.

desta, busca-se uma compensação pelo suposto crime cometido de forma rápida, eficaz e, principalmente, consensual. A lei, com o intuito de regulamentar o instituto para que este atinja a sua finalidade correta, exigiu, para tanto, o preenchimento de alguns pressupostos de admissibilidade na realização do acordo.

O primeiro deles, já mencionado, é a necessidade de se tratar de uma infração de menor potencial ofensivo. São elas as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não é superior a 2 (dois) anos. No entanto, vale ressaltar que a Súmula n° 536 do STJ²⁰ vedou a formulação do acordo em se tratando de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha²¹.

Em segundo lugar, para ser beneficiado, o autor da infração não pode ter sido condenado à pena privativa de liberdade por outro crime. Nesta hipótese, há necessidade de trânsito em julgado do delito. Note-se que o doutrinador não optou por dizer “reincidente”, pois esta redação restringiria por demais a aplicação do instituto. Assim, aqueles já condenados por crimes, mas apenados com pena restritiva de direitos ou multa, fazem jus ao benefício.

Igualmente não pode ter sido o agente beneficiado por outra transação penal nos 5 anos que antecederam a nova proposta formulada. Esta é uma das desvantagens do instituto, que, por outro lado, possui como vantagens não gerar reincidência ou maus antecedentes, bem como não significa admissão de culpa ou assunção de responsabilidades.²²

Por fim, o último pressuposto é que os antecedentes, a conduta social, personalidade do agente e circunstâncias do delito sejam favoráveis ao acusado. Trata-se, portanto, de requisito subjetivo a ser analisado pelo ofertor antes de formular a proposta.

Impende salientar que o legislador ambiental exigiu, no art. 27 da Lei n° 9.605/98²³, que em se tratando de crime ambiental, somente será proposta a transação penal se tiver havido prévia composição do dano à natureza, salvo se comprovada a sua impossibilidade.

O momento de oferecimento do acordo é, em regra, em sede de audiência preliminar, ou mesmo antes desta. Segundo o art. 79 da Lei n° 9.099/95²⁴, deverá, ainda, haver nova tentativa de conciliação e transação no curso do processo, isto é, a oferta pode ser renovada no início da

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n° 536 do STJ*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=91>> Acesso em: 01 abr. 2019.

²¹ Idem. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

²² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 755/756.

²³ BRASIL, *Lei n° 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

²⁴ Idem., op. cit., nota 1.

AIJ, antes do recebimento da denúncia pelo magistrado, ou, como defendido por Brasileiro²⁵, em caso de alteração da classificação do fato delituoso - *emendatio libelli* -, sendo esta nova capitulação uma infração de menor potencial ofensivo. O doutrinador Gustavo Badaró²⁶ também destaca a possibilidade de, quando a nova definição jurídica ocorrer em segundo grau, ou seja, mesmo após o recebimento da denúncia, ser o julgamento convertido em diligência para que, em primeiro grau, seja realizada a audiência para a efetivação da transação penal.

Contudo, antes da análise da legitimidade acerca de seu oferecimento e do procedimento propriamente dito, é necessário debruçar acerca da natureza jurídica do instituto, tema de grande divergência doutrinária.

Minoritariamente, Geraldo Prado²⁷ defende que a transação penal é uma discricionariedade da acusação. Segundo o autor, “o espaço de decisão do Ministério Público, fora dos parâmetros estritamente ajustados pelo legislador, é bastante pequeno. É mínimo, todavia existe!” Para ele, portanto, não há qualquer incompatibilidade entre o não oferecimento da proposta e o princípio da obrigatoriedade, que estará abarcada tanto no ato de denunciar ou de transacionar. O que seria uma situação jurídica de vantagem acaba se convertendo em direito a ser punido.

Por outro lado, corrente amplamente majoritária entende que se trata de um direito subjetivo do réu. O doutrinador Eugênio Pacelli²⁸ leciona que:

Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas da liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa da liberdade não será a melhor solução para o caso penal. (...) segundo o comando expresso da lei, o Estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal (...) A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa.

Acompanhando o entendimento majoritário, Aury Lopes²⁹ ensina que “É uma pequena relativização do dogma da obrigatoriedade, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deverá o Ministério Público ofertar a transação penal. Dessa forma é recorrente a afirmação de que se trata de uma discricionariedade regrada. Noutra dimensão, é um poder-dever”. Segue a mesma

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal* - 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1464.

²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152

²⁷ PRADO, op. cit., p. 156.

²⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 783.

²⁹ LOPES JR., op. cit., p. 752.

direção Renato Brasileiro³⁰, que se refere ao instituto da transação penal como sendo um “direito público subjetivo do autor do fato delituoso”. Ainda, Polastri³¹, entende que:

se trata de poder-dever do Ministério Público e não mera faculdade de propositura da transação, uma vez que, presentes os requisitos objetivos e subjetivos legais, deverá o *parquet* apresentar a proposta.” (...) “e, caso não o faça, o agente poderá provocá-lo, já que a proposta é um seu direito subjetivo, tratando-se de norma de caráter penal (abstenção do *jus puniendi* original) mais benéfica.

Neste sentido, aqueles que defendem tal corrente ainda ressaltam a necessidade de fundamentação do Ministério Público no caso de recusa ao oferecimento da proposta, com fulcro no art. 43, III, da Lei n° 8.625/93³², podendo, ainda, ser provocado em caso de omissão.

Portanto, verifica-se que o primeiro posicionamento acaba, naturalmente, por diminuir a aplicação do acordo, que se torna mero arbítrio da acusação. No entanto, a corrente que se filia ao direito público subjetivo do réu é, de fato, mais protetiva a este, devendo ser adotada.

Por meio de uma interpretação ampla do microssistema do processo penal, conclui-se, então, que a intenção do legislador era reconhecer o direito do acusado, desde que este preencha os requisitos que entendeu necessários, posição esta que já vem sendo adotada pelos tribunais. Observa-se que, em sede do julgamento do HC n° 75.343-4/MG³³, o STF reconheceu que não há discricionariedade do MP e, em caso de recusa, a solução é a aplicação subsidiária do art. 28 do CPP³⁴ (Súmula n° 696 do STF³⁵), por analogia, remetendo-se o feito ao Procurador-Geral de Justiça.

³⁰LIMA, op. cit., p.1464.

³¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59.

³² BRASIL, Lei n° 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

³³ Idem. Supremo Tribunal Federal. HC n° 75.343-4. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75917>>. Acesso em 01 abril 2019.

³⁴ Idem. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

³⁵ Idem. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 696 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>>. Acesso em 01 de abr. 2019.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PROPONENTE DA TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Conforme verificado anteriormente, a lei expressamente legitima o *Parquet* a oferecer a proposta de transação aos crimes de menor potencial ofensivo perseguidos por ação penal pública. Contudo, silencia acerca dos crimes de ação penal privada, nos quais é o particular o titular da ação.

Assim, surge o seguinte questionamento: a omissão do legislador foi proposital por não entender cabível o instituto a tais casos – silêncio eloquente - ou trata-se de simples lacuna por mero esquecimento?

A doutrina se divide acerca do cabimento do instituto nas ações penais privadas, uma vez que, em tese, o poder punitivo pertence ao Estado, não devendo o particular se imiscuir na questão. Pollastri³⁶ - e ao seu lado Ada Pellegrini Grinover³⁷, Damásio de Jesus³⁸ e Mirabete³⁹ - se manifesta no seguinte sentido:

Não comungamos da posição dos autores supracitados, que entendem ser possível, com socorro da analogia, a aplicação da transação em relação à ação privada. (...) a vítima não tem interesse na aplicação da pena, pois, como já vimos, tal interesse é do Estado, e daí não ter o dispositivo legal se referido à ação penal privada e tão-somente à pública incondicionada ou condicionada, restando clara a interpretação literal da lei. Caso a parte privada queira beneficiar o agente, o fará mediante renúncia ou perdão, já que vigora aqui o princípio da oportunidade em toda a sua extensão.

Por outro lado, posição mais protecionista ao réu entende ser aplicável o instituto nas ações penais privadas, como Pacelli⁴⁰, ao afirmar que “a exclusão procede por incompatibilidade lógica entre o regime da transação penal e a recomposição civil dos danos (art. 74, da Lei 9099/95⁴¹).” Renato Brasileiro⁴² defende o mesmo ao conceituar o instituto em seu Manual: “acordo celebrado entre o Ministério Público (ou querelante, nos crimes de ação penal privada) e o autor do fato delituoso (...)”.

³⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1010.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 122-123 e 133.

³⁸ JESUS, Damásio Evangelhista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 65.

³⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.84.

⁴⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 789.

⁴¹ BRASIL. *Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 15 abr. 2019.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 1459.

Até mesmo os tribunais superiores se posicionam de maneira controversa, uma vez que o STJ⁴³ entende, majoritariamente, pela admissibilidade da transação nas ações privadas e o STF⁴⁴, por sua vez, costuma julgar contrariamente.

Entendendo-se pelo cabimento, certos doutrinadores lecionam que a formulação da proposta deve ser feita pelo próprio particular, pois, neste caso, ele é quem detém a titularidade da ação penal, sendo o MP mero fiscal da norma jurídica.

Coaduna com este posicionamento Pacelli⁴⁵, ensinando que “quando cabível, a transação penal nas ações privadas haverá de exigir a sua propositura por parte do querelante, que é, na realidade, o legitimado para a iniciativa penal, ou titular do direito de ação”.

Renato Brasileiro⁴⁶ esclarece que “sendo cabível a transação penal (...) é dever do Juiz suscitar a manifestação do querelante, porquanto a legitimidade para o oferecimento da proposta é exclusivamente dele.” Também diz o autor, acompanhando o STJ⁴⁷:

Nas hipóteses de ação penal privada, recai sobre o querelante a legitimidade para o oferecimento da proposta de transação penal. Assim, na fase preliminar, deve o magistrado questionar o ofendido ou seu representante legal acerca do oferecimento da proposta de transação. Como o juiz não pode conceder o benefício de ofício, nem tampouco se admite a formulação de proposta pelo MP, a recusa do querelante em oferecer a proposta inviabiliza por completo a concessão do referido benefício.⁴⁸

Situação outra pode ser presenciada caso o particular se negue a ofertar a proposta. Nesta hipótese, para que seja possível identificar o procedimento adequado a ser seguido, faz-se imperioso acolher uma das correntes acerca da natureza jurídica da transação penal.

Caso o entendimento adotado seja o da discricionariedade do acusador – neste caso, o querelante – procede-se à análise da queixa-crime pelo juízo e seu eventual recebimento, dando início à ação penal. Aury Lopes⁴⁹, adepto a esta corrente, defende que:

no processo penal o acusador não exerce “pretensão punitiva” alguma, muito menos há substituição processual. O acusador (público ou privado) é titular do *ius ut procedatur*, ou seja, o poder de proceder contra alguém. Diverso é o poder punitivo, que está nas

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *APn 634/RJ*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj/inteiro-teor-21606556?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 2.969 – AgR/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725161>>. Acesso em: 15 abril 2019.

⁴⁵ PACELLI, op. cit., p. 789-790.

⁴⁶ LIMA, op.cit., nota 25, p. 1461.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no HC 33.929/SP*. Relator: Min. Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270219/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-33929-sp-2004-0023860-2-stj/relatorio-e-voto-13014606?ref=serp>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴⁸ LIMA, op.cit., nota 25, p. 1464.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 758.

mãos do Estado-juiz e que somente pode ser efetivado após o pleno exercício da pretensão acusatória (e não punitiva). Assim, não vemos obstáculo algum a que a transação penal se opere na ação penal de iniciativa privada, posição, aliás, que vem merecendo abrigo jurisprudencial nos últimos anos.

Inversamente, optando-se pela ideia de que subsiste um direito subjetivo do acusado, apesar de o querelante não ofertar a proposta, deverá o próprio Ministério Público fazê-lo. Aury Lopes⁵⁰ é adepto desta possibilidade de aplicação do instituto.

O Enunciado nº 112⁵¹, aprovado no XXVII FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, realizado em Palmas/TO dispõe que: “Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público.”

Apesar de não ser vinculante, os enunciados do FONAJE possuem caráter elucidativo aos aplicadores do direito, servindo como uma orientação formada pelo estudo e extração do melhor sentido da norma.

Na hipótese de o Parquet também entender que não merece o acusado ser beneficiado pelo instituto e, discordando o juiz, há quem defenda que o feito deveria ser remetido ao PGJ, como analogia ao art. 28 do CPP⁵². Polastri⁵³ aplica, expressamente, este dispositivo aos crimes de ação penal pública, ao lado de Ada⁵⁴, respeitando o princípio da obrigatoriedade.

Mirabete⁵⁵, contudo, entende contrariamente, pois o MP teria discricionariedade para simplesmente rejeitar o oferecimento da transação, bastando que justifique sua escolha e somente comunicando o ato ao PGJ.

Critica-se tal procedimento, pois a última palavra passa a ser do Ministério Público, podendo ofender o direito subjetivo do acusado, bem como nega a garantia de jurisdição, pois afasta do juiz a proteção das garantias do acusado. Neste sentido, Aury⁵⁶ e Renato Brasileiro⁵⁷.

Minoritariamente, há quem defenda, ainda, que o próprio juiz seria legitimado ao oferecimento da transação penal, respeitando-se totalmente o direito subjetivo do acusado, uma vez preenchidos todos os requisitos exigidos pela lei. Aury⁵⁸ pontua que:

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ BRASIL. *FONAJE*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁵³ LIMA, op. cit., nota 31, p. 1013.

⁵⁴ GRINOVER, op. cit., p. 126

⁵⁵ MIRABETE, op. cit., p. 80-84.

⁵⁶ LOPES, op. cit., p. 756-757.

⁵⁷ LIMA, op.cit., nota 25, p. 1464,

⁵⁸ LOPES, op. cit., p. 759 (2017)

Não se trata , sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito à transação pena) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.

Com relação à ação penal pública, Weber Martins Batista e Luiz Fux⁵⁹ também entendem que o juiz pode tomar a iniciativa de oferecer a transação mesmo tendo o MP ofertado a denúncia, desde que preenchidos os requisitos exigidos. Damásio de Jesus⁶⁰, no mesmo sentido, leciona que o juiz pode propor a medida de ofício caso o *Parquet* não o faça.

Apesar desses autores não se manifestarem expressamente sobre a ação penal privada, melhor entendimento seria estender tal possibilidade a este procedimento, uma vez que a lógica seria idêntica.

Não admitem tal postura do juiz Ada⁶¹, Polastri⁶² e Pacelli⁶³, este último concluindo que “não é possível nenhuma transação, como ato bilateral que é, senão com a participação de ao menos duas partes. É por isso que não se pode permitir que o próprio juiz realize, com o réu, a transação penal, A presença do Ministério Público é indispensável.” Segundo este autor⁶⁴, a alternativa correta - e prevista em lei - a ser adotada pelo juiz em caso de discordância seria a rejeição da denúncia por ausência de justa causa ou de interesse de agir.

⁵⁹ BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 322.

⁶⁰ JESUS, op. cit., p. 67.

⁶¹ GRINOVER, op. cit., p. 125-126.

⁶² LIMA, op. cit., nota 31, p. 1012.

⁶³ PACELLI, op. cit., p. 783.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 783-784

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do papel das partes no processo penal, mais especificamente, do Ministério Público no que pertine as ações penais privadas.

Em tese, causaria estranheza a atuação do *Parquet* em tais procedimentos, uma vez que o titular da ação é o querelante. Todavia, no decorrer do presente trabalho, foi possível verificar a possibilidade de interferência de outras figuras que não somente a vítima e autor do fato.

O passo principal dado para chegar a esta conclusão foi o esclarecimento acerca das vertentes existentes sobre a definição da natureza do instituto da transação penal. De um lado, uns defendem que se trata de mera faculdade do membro do MP. De outro, há que defenda a preponderância de um direito subjetivo do réu.

O entendimento a que chegou esta pesquisadora consubstancia-se na ideia de que a segunda corrente deve ser adotada, pois decidir em sentido diverso ofenderia a lógica dos Juizados Especiais Criminais, bem como direitos protegidos constitucional e, até, internacionalmente.

Partindo-se deste pressuposto, verificou-se que, em se tratando de um direito subjetivo do réu, nos casos de a ação penal ser privada, ainda que a lei não se manifeste expressamente neste sentido, deve ser conferido ao querelante o oferecimento da proposta. Se este não o fizer, não há se falar em qualquer ofensa ao ordenamento jurídico a legitimidade exercida pelo *Parquet* para que o faça.

Vislumbrou-se, ainda, a possibilidade de aplicação analógica do art. 28 do CPP, o qual prevê a remessa dos autos ao PGJ, que decidirá sobre a questão. Apenas doutrinadores em grande minoria defendem que o juiz também poderia fazê-lo.

Esta pesquisa pretende sustentar, portanto, que a lei não deve ser interpretada de forma que a omissão se torne uma proibição. Ao contrário, constatou-se que a justiça restaurativa vem ganhando cada vez mais força por ensejar resultados céleres, eficazes e benéficos para a sociedade como um todo.

Ficou evidente, por essas razões, que o Ministério Público possui legitimidade para a propositura da transação penal nas ações penais privadas caso o querelante não o faça e o querelado atenda aos requisitos – subjetivos e objetivos - previstos em lei.

Felizmente, este tem sido o posicionamento adotado pelos Tribunais Superiores, que parecem caminhar no sentido de uma evolução ideológica da justiça brasileira.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

_____. *FONAJE*. Disponível em <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 01 abr. 2019.

_____. *Lei n° 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

_____. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em 01 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *APn 634/RJ*. Relator: Ministro Félix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21606555/acao-penal-apn-634-rj-2010-0084218-7-stj/inteiro-teor-21606556?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no HC 33.929/SP*. Relator: Min. Gilson Dipp. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7270219/embargos-de-declaracao-no-habeas-corpus-edcl-no-hc-33929-sp-2004-0023860-2-stj/relatorio-e-voto-13014606?ref=serp>>. Acesso em: 15 abr, 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inq. n° 2.969 – AgR/SP*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1725161>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n° 696 do STF*. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>>. Acesso em 01 de abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 75.343-4*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75917>>. Acesso em 01 abr. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. rev. e atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JESUS, Damásio Evangelhista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de processo penal*. 9. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Juizados Especiais Criminais: o procedimento sumaríssimo no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOVSTTI, Sheila Mayra Lustoza de Souza. *Justiça penal negociada*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Alfredo de Paula. *Princípio da obrigatoriedade na Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3300/principio-da-obrigatoriedade-na-lei-n-9-099-95>>. Acesso em: 29 ago. 2018.