

Transação penal: cabimento nos delitos de ação penal privada

Tiago Antonio de Barros Santos*

Sumário: 1 Introdução. 2 Transação Penal. 2.1 A inovação dos Juizados Especiais. 2.2 Definições. 2.3 Características. 2.4 Poder discricionário ou direito subjetivo? 2.5 Direito comparado. 2.6 Cabimento. 2.7 Procedimento. 2.8 A proposta. 2.9 A homologação. 2.10 Efeitos. 3 Ação Penal Privada. 3.1 Fundamentos. 3.2 Substituição processual. 3.3 Princípios. 3.4 Formas. 3.5 O papel do Ministério Público. 4 Transação Penal e Ação Penal Privada. 4.1 Incompatibilidade. 4.2 Cabimento. 4.3 Legitimidade. 4.3.1 O ofendido. 4.3.2 O Ministério Público. 4.3.3 Transação penal ex officio. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 Introdução

Desde o início do século XX eram buscadas alterações no sistema processual penal, à procura de instrumentos que garantissem a efetividade do processo e sua instrumentalidade, visando à desburocratização da Justiça, já que o enorme número de delitos de ínfima expressão resultava em diminuição de tempo para investigação e julgamento das infrações de maior gravidade, implicando tardia resposta do Judiciário.

Paralelamente, um movimento de transformação do Direito Penal se difundia no cenário mundial, em virtude da falência do sistema penitenciário. Nesse sentido, a Organização das Nações Unidas, durante seu 9º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento Delinquentes (abril e maio de 1995), recomendou a utilização da pena detentiva somente em último caso, para crimes graves e condenados de intensa periculosidade, tendo em vista a certeza de que uma “punição generalizada” somente intensificaria o drama carcerário, sem reduzir a criminalidade (JESUS, 1997, p. 7).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, inciso I, determinou a criação dos Juizados Especiais, para julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Assim, o Projeto nº 1.480/89, do Deputado Ibrahim Abi-Ackel (que reunia os projetos de Nelson Jobim, na esfera cível, e de Michel Temer, na esfera penal), foi votado e aprovado, sendo sancionada, em 26 de setembro de 1995, a Lei nº 9.099, efetivamente implantando os Juizados Especiais (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 39-40).

2 Transação Penal

2.1 A inovação dos Juizados Especiais

A lei que instituiu os Juizados inovou, apresentando um novo modelo de Justiça Criminal consensual, em oposição ao tradicional Princípio da Verdade Real. Preservou o sistema acusatório, mas não os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública (PAZZAGLINI FILHO *et al.*, 1999, p. 19).

Teve também seu caráter de despenalização (e não de descriminalização, como muitos erroneamente apontam). Para Jardim (2005, p. 336), “já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização”. Isso significa, acima de tudo, que o Poder Público reformou a clássica política criminal fundada na crença de que se resolveria o problema da criminalidade com aplicação de penas severas (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 48).

Contudo, ressalte-se que os inovadores princípios trazidos pela Lei nº 9099/95 (a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual e a celeridade, além da busca constante da conciliação e da transação) não excluíram os princípios gerais do processo penal, como o do estado de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural e do devido processo legal, dentre outros.

A competência dos Juizados Especiais Criminais foi fixada observando-se dois critérios: a natureza da infração penal (de menor potencial ofensivo) e a inexistência de circunstância especial que remeta a causa para o Juízo Comum, como, por exemplo, o foro privilegiado por prerrogativa de função, a impossibilidade de citação pessoal do acusado e a complexidade da causa. São consideradas infrações de menor potencial ofensivo (art. 61) todas as contravenções penais, os crimes em que a lei comine pena máxima igual ou inferior a dois anos de reclusão ou detenção, bem como os crimes em que a lei comine exclusivamente pena de multa, qualquer que seja o procedimento previsto.

Crimes de competência da Justiça Militar, por sua natureza especial, não se submetem à disciplina da Lei nº 9.099/95 (CAPEZ, 2006, p. 598). O mesmo ocorre com os delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo em vista vedação expressa trazida pelo art. 41 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). O art. 291, § 1º, do Código de Trânsito Brasileiro também vedou a aplicação dos institutos da Lei nº 9.099/95 em algumas situações específicas.

* Bacharel em Direito pela Universidade de Taubaté - SP. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Salesiana de Lorena - SP. Oficial Judiciário lotado na Secretaria Judicial da Única Vara da Comarca de Paraisópolis - MG.

2.2 Definições

Do latim *transactio*, de *transigere*, transação significa, em seu sentido comum, negócio, pacto, convenção ou ajuste. Para Silva (2005, p. 1.421), “sempre de caráter amigável, fundada que é em acordo ou em ajuste, tem a função precípua de evitar a contestação ou o litígio”.

O art. 76 da Lei nº 9.099/95 é autoexplicável quanto à transação penal. Consiste na aplicação, desde que não seja o caso de arquivamento e, ainda, sem que haja denúncia e instauração do processo, de pena restritiva de direitos ou multas ao autor do fato, para uma resolução rápida do litígio penal. O Ministério Público poderá, desde que presentes os requisitos legais, oferecer proposta de transação penal ao autor do fato e, feita a transação - com a aplicação imediata de pena alternativa - restará afastada a pretensão punitiva do Estado.

Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 49) entendem que a transação penal constitui um “novo instrumento de política criminal”, do qual dispõe o Ministério Público para uma resolução rápida do litígio penal. De acordo com Jesus (1997, p. 75), “cuida-se de um instituto que permite ao juiz, de imediato, aplicar uma pena alternativa ao autuado, justa para a acusação e para a defesa, encerrando o procedimento”.

Para Dotti (2004, p. 433), “é medida alternativa que visa impedir a imposição de pena privativa de liberdade, mas não deixa de constituir sanção penal”. Segundo Sobrane (2001, p. 84), a transação penal é um ato jurídico, mediante o qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais e na presença do magistrado, “acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática do fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada”.

2.3 Características

São características da transação penal:

I) ser personalíssima, pois se trata de ato exclusivo do autor dos fatos. Ninguém, nem mesmo com procuração e poderes específicos, poderá celebrar a transação em seu nome;

II) ser voluntária, já que a decisão do autor do fato em transacionar deve ser produto inequívoco de sua escolha, isenta de qualquer constrangimento ou ameaça por eventual não aceitação;

III) ser ato formal, não obstante o princípio da informalidade, pois deve sempre ser celebrada em audiência presidida pelo juiz, na presença do promotor de justiça.

Não há, portanto, em hipótese alguma, transação extraprocessual. E mais: é nula a transação penal cele-

brada sem a presença de advogado, pois é fundamental que o autor do fato, juridicamente leigo, seja devidamente orientado, a fim de celebrar conscientemente a transação penal (BITENCOURT, 2003, p. 125-126).

2.4 Poder discricionário ou direito subjetivo?

A doutrina entende que a transação penal é uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, haja vista que o Ministério Público, presentes os requisitos determinados, poderá oferecer ao autor a proposta de transação, dispondo, assim, da propositura da ação penal (JARDIM, 2005, p. 337).

Nesse sentido é o magistério de Moraes (2004, p. 1.374):

a transação adotada pela lei brasileira é instituto decorrente do princípio da discricionariedade regrada da propositura da ação penal, que confere ao seu titular, o Ministério Público, a faculdade de dispor da ação penal, isto é, não promovê-la, sob certas condições.

Dessa forma, embora com denominações variadas, majoritariamente a doutrina entende que a transação penal é faculdade do Ministério Público. Para Demercian e Maluly (2005, p. 388), trata-se de “obrigatoriedade mitigada” ou “oportunidade regulada”. Já para Grinover *et al.* (2005, p. 48) e Capez (2006, p. 610), trata-se de “discricionariedade regrada”. Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 49) dizem tratar-se de “discricionariedade regulada”.

Todavia, Oliveira (2006, p. 587-588) tem entendimento diverso, corroborado por Tourinho Filho (2006, p. 191). Para eles, não é o caso de discricionariedade regulada ou regrada, e sim de direito subjetivo do autor do fato. A discricionariedade reservada pela lei ao Ministério Público seria unicamente quanto à pena a ser proposta na transação, uma vez que, satisfeitas as exigências legais, o autor do fato teria direito público subjetivo em relação à transação, não podendo ficar à mercê da boa ou má vontade do *Parquet*.

2.5 Direito comparado

Há diversos institutos em outros países que se assemelham à transação penal, como na Inglaterra, Holanda, Áustria e Itália, todos pautados na busca de soluções rápidas e antecipadas para os litígios decorrentes da prática de pequenas infrações penais. Sem dúvida, a transação penal tem suas origens no direito estrangeiro, mas há diferenças cruciais, que merecem análise.

O *plea bargaining*¹ é o instituto que mais guarda semelhança com a transação. Com origens no direito

¹ Em uma tradução livre, “negociação quanto à pena”.

anglo-saxônico, é utilizado no ordenamento jurídico norte-americano, representando a chamada justiça pactuada, contratada ou negociada.

Consiste em uma negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave, ou até mesmo por um número mais reduzido de crimes (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, p. 341). Podem a defesa e o Ministério Público transacionar amplamente sobre a conduta, os fatos, a adequação típica e a pena. E, além disso, o *plea bargaining* é aplicável a qualquer delito e pode ocorrer até mesmo fora da audiência (JESUS, 1997, p. 75). Há vantagens claras, mas também graves riscos, pois inexistem o contraditório e a ampla defesa, a menos que se parta para a instrução processual, que é a exceção nesse modelo.

Ressalte-se que a tônica desse instituto, bem como de todos os outros, é o reconhecimento da culpa em sentido amplo por parte do agente, o que não ocorre na transação penal (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 386).

2.6 Cabimento

A transação penal será cabível desde que atendidos os pressupostos legais. Não deve estar presente nenhum dos impedimentos previstos na própria Lei nº 9.099/95, que podem ser objetivos ou subjetivos. A comprovação de tais impedimentos constitui ônus do Ministério Público, pois exigir que o autor do fato produza uma prova contra si mesmo é algo que vai de encontro a uma previsão constitucional. Dessa forma, “não demonstrada pelo Ministério Público a presença de alguma das causas impeditivas [...], impõe-se a formulação da proposta” (GOMES, 2003, p. 91).

O primeiro impedimento objetivo é a condenação anterior pela prática de crime à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva. Para Demercian e Maluly (2005, p. 382), o termo “sentença definitiva” não exige o trânsito em julgado, podendo tratar-se de decisão pendente de recurso, conforme o art. 593, inciso I, do CPP. Já Grinover *et al.* (2005, p. 161) defendem que deve ser exigida uma sentença passada em julgado, sob pena de se infringir o disposto no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O segundo impedimento objetivo é a ocorrência de anterior transação penal dentro do lapso temporal de cinco anos. O prazo de cinco anos será contado da data em que for extinta a pena restritiva de direitos ou multa anteriormente aplicada, e não da data da sentença que a fixar ou de seu trânsito em julgado (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995, p. 348).

Já nos impedimentos subjetivos reside a discricionariedade do Ministério Público (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 162). São impedimentos subjetivos:

I) os antecedentes, como seus precedentes judiciais e os processos em andamento;

II) a conduta social;

III) a personalidade do autor do fato;

IV) os motivos do delito, que constituem o caráter psicológico da ação;

V) as circunstâncias da infração praticada.

Assim, haverá impedimento subjetivo sempre que alguma dessas circunstâncias indicar que não é necessária ou suficiente a adoção da medida.

Para Figueira Júnior e Lopes (1995, p. 348), esses impedimentos têm sua “inspiração” nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Já Grinover *et al.* (2005, p. 162-163) entendem que eles encontram simetria no art. 77, inciso II, do Código Penal, que traz os requisitos para a concessão da suspensão condicional da pena.

De qualquer forma, os impedimentos subjetivos deverão ser examinados de modo cuidadoso em cada caso concreto, de modo que só se chegue à conclusão de que é inviável a proposta de transação penal quando for extremamente indispensável outra solução, tendo em vista que nem mesmo a existência de processo penal instaurado contra o autor dos fatos foi prevista expressamente como causa impeditiva da transação (OLIVEIRA, 2006, p. 596).

2.7 Procedimento

A formulação da proposta de transação penal se dá na audiência preliminar. Tratando-se de ação pública condicionada, logo após a tentativa frustrada de composição dos danos civis entre as partes, pois “a audiência preliminar divide-se em duas partes bem distintas, embora o texto legal não o diga com clareza desejada” (BITENCOURT, 2003, p. 133). Já na ação penal pública incondicionada, a transação penal independe da conciliação civil. Quanto à ação penal privada, há divergências sobre o cabimento da transação penal.

A proposta de transação penal também poderá ocorrer no dia da audiência de instrução e julgamento. A ideia trazida pela lei não é de que haverá uma segunda proposta do Ministério Público, pois esta só será feita se não tiver sido antes. Todavia, a doutrina mais garantista entende que é permitido ao Ministério Público, caso entenda conveniente, renovar a proposta de transação penal antes do início da audiência de instrução (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 187).

2.8 A proposta

A proposta de transação penal não poderá ser genérica ou imprecisa, a fim de dar ao atuado e seu defensor pleno conhecimento das suas consequências práticas. Poderá referir-se ao fato narrado no termo de ocorrência, mas sem qualquer tipificação legal, tendo

em vista que a aplicação da sanção não implica reconhecimento da culpabilidade (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 158).

O promotor de justiça escolherá a sanção a ser transacionada, tendo discricionariedade para fixá-la. Todavia, tal escolha não poderá ser aleatória, havendo certos parâmetros a serem rigorosamente observados. Segundo Jesus (1997, p. 80), há duas fases:

1º) o Promotor de Justiça, em face das circunstâncias do fato e da condição da pessoa de seu autor, elege a pena alternativa: uma das penas restritivas de direitos (arts. 43 e segs. do CP) ou multa; 2º) propõe a quantidade de pena alternativa. Tratando-se de pena restritiva de direitos, enuncia a sua quantidade dentro do mínimo e máximo da pena privativa de liberdade cominada ao delito. [...] Propondo pena de multa, deve obedecer aos limites do art. 49, *caput*, do CP.

Assim, a aplicação de pena restritiva de direitos deve obedecer à expressa previsão legal, sendo reprovável e ilegal a aplicação de pena não prevista em lei. Essa afronta ao princípio da legalidade, sempre observada na prática, é uma das maiores preocupações de diversos juristas, inclusive Nucci (2008, p. 761), que traz curiosos exemplos:

Temos conhecimento de acordos fixados em Juizados Especiais Criminais, cuja pena do autor do fato seria a reforma do prédio do fórum; outros previam a doação de bebedouro para o fórum e até de aparelhos de ar condicionado para a sala dos juízes e promotores.

Bittencourt (2003, p. 48-49) tem a mesma preocupação, em especial no que diz respeito à já difundida “doação de cestas básicas”:

O entusiasmo com que se tem divulgado a aplicação aqui e acolá da indigitada cesta básica como pena alternativa tem cegado um grande segmento de aplicadores do direito que, provavelmente, não se deram conta da ilegalidade de tal modalidade de pena.

Ressalte-se, por fim, que a proposta do Ministério Público, ainda que informalmente, deve ser submetida à discussão com a parte interessada, para que se chegue a um consenso, satisfazendo ambos. Para Grinover *et al.* (2005, p. 158), “a proposta é um mero projeto que o Ministério Público pode trazer pronto para a audiência de conciliação, mas que será debatido e eventualmente modificado”. E, conforme bem lembra Bittencourt (2003, p. 135), “se trata de transação, e não de imposição, como pode parecer para alguns”.

O autor dos fatos só poderá aceitar a proposta de transação penal se estiver devidamente assistido por um advogado ou defensor público, sendo indispensável a defesa técnica (FIGUEIRA JÚNIOR; LOPES, 1995,

p. 348). Segundo Nucci (2008, p. 760), “não se pode obrigar o autor do fato a aceitar a proposta, ainda que pareça ao juiz mais favorável a ele do que a propositura da ação penal”. Para Jesus (1997, p. 82), deve ser respeitada a vontade do acusado, pois “a aceitação da proposta encontra-se no campo da estratégia da defesa”.

2.9 A homologação

A proposta, devidamente aceita pelo acusado e seu defensor, é então submetida ao controle jurisdicional. Portanto, cabe ao juiz, ao homologar o acordo, apreciar a sua legalidade. A recusa do magistrado em homologar a proposta deve estar, portanto, unicamente restrita ao caso de estar presente algum dos impedimentos legais (DEMERCIAN; MALULY, 2005, p. 382).

Para Jesus (1997, p. 82),

O juiz é o mediador da transação, cumprindo-lhe conduzi-la (art. 73 desta Lei). Por isso, na homologação, acordadas as partes na transação, não pode ampliar ou reduzir os seus limites (preferindo a pena alternativa à multa, agravando ou reduzindo a pena).

Para uma corrente, o juiz não estaria vinculado à proposta oferecida pelo Ministério Público, ainda que aceita pelo autuado e seu defensor, tendo poderes legais para alterá-la, se entender necessário. Para Figueira Júnior e Lopes (1995, p. 350), “não existe vinculação do Juiz à proposta formulada e aceita, não cumprindo papel de chancelador de acordos celebrados em arrepio à lei”.

Já em se tratando de pena de multa, o juiz poderá, fazendo uso do poder discricionário que aqui a lei expressamente lhe confere, reduzi-la até a metade.

O recurso cabível contra a sentença que homologa a transação penal é a apelação. Já diante da recusa do juiz em homologar a transação, a lei é omissa, quanto ao recurso cabível, de modo que a doutrina diverge. Para Oliveira (2006, p. 597), seria cabível recurso em sentido estrito. Já para Capez (2006, p. 612), caberia apelação.

Quanto à natureza jurídica da sentença homologatória da transação penal, uma primeira corrente entende tratar-se de sentença condenatória, havendo, inclusive, alguns julgados do STJ nesse sentido². Para Capez (2006, p. 612), “a natureza jurídica da sentença homologatória é condenatória, fazendo coisa julgada formal e material”. Esse também é o entendimento de Demercian e Maluly (2005, p. 385) e Mirabete (2002, p. 152). Todavia, para este último, seria uma “sentença condenatória imprópria”. Esse termo, embora já adotado pelo próprio STJ³, é criticado por Bittencourt (2003,

² Nesse sentido: HC 14560/SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. em 24.05.2001.

³ Nesse sentido: REsp 172.981/SP, STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 22.06.1999.

p. 11-12), que o avalia como um “absurdo jurídico”. Para ele, “condenação imprópria ou impropriamente condenado é algo parecido com meio culpado, meio inocente, mais ou menos imputável etc.”

Já Parizatto (2002, p. 206), acompanhando alguns julgados esparsos⁴, entende que a sentença seria simplesmente declaratória, tal como a sentença proferida nos casos de perdão judicial.

Grinover *et al.* (2005, p. 167) entendem que “a sentença não é absolutória ou condenatória. Trata-se simplesmente de uma sentença homologatória da transação”. Bitencourt (2002, p. 582) explica que é da tradição do Direito brasileiro, sempre que as partes transigem, pondo fim à relação processual, a decisão judicial que legitima jurisdicionalmente essa convergência de vontades ter caráter homologatório, jamais condenatório⁵.

Por fim, curioso é o entendimento de Paiva (1999, p. 49). Para ele, a transação penal possui “natureza de negócio jurídico civil, firmado entre o Ministério Público e o autor do fato”. Assim, a sentença somente homologaria o acordo firmado entre as partes, formando o título executivo judicial da obrigação assumida pelo autor do fato, com a consequente exclusão do processo-crime e a declaração da extinção da punibilidade, pela decadência do direito de propor a ação penal.

2.10 Efeitos

A sentença que homologa a transação penal tem os seguintes efeitos:

- I) não gera reincidência;
- II) não gera efeitos civis e, portanto, não pode servir de título executivo no juízo cível;
- III) não gera maus antecedentes, visto que não constará sequer da certidão de antecedentes criminais;
- IV) esgota o poder jurisdicional do magistrado, não podendo mais este decidir sobre o mérito, a não ser em embargos declaratórios, oponíveis em cinco dias;
- V) os efeitos retroagem à data do fato;
- VI) na hipótese de concurso de agentes, a transação efetuada com um dos coautores ou partícipes não se estende nem se comunica aos demais (CAPEZ, 2006, p. 613).

Conforme disposição legal expressa, a transação não acarreta efeitos civis ou administrativos. Assim, “a vítima e os demais interessados deverão propor ação de conhecimento no juízo cível para obter a reparação dos danos e outros efeitos civis” (MIRABETE, 2002, p. 164). O efeito principal da sentença, que é a imposição da pena, continua presente, estando afastados apenas os

seus efeitos secundários (PAZZAGLINI FILHO *et al.*, 1999, p. 60).

Quanto à previsão legal de registro da transação penal, serve apenas para impedir que o autor do fato se beneficie novamente da transação penal durante os cinco anos seguintes, já que não deve constar em nenhuma certidão de antecedentes criminais expedida.

3 Ação Penal Privada

A legislação pátria optou por não adotar o monopólio da ação penal pelo Ministério Público, trazendo previsão expressa de que a ação penal pode se iniciar também por iniciativa privada. Entretanto, na verdade, a ação penal é sempre pública, qualidade que não advém da circunstância de ser penal, mas sim porque toda ação é um direito público subjetivo em face do Estado-juiz. O direito de ação, seja na justiça criminal, seja na esfera civil, é sempre um direito público subjetivo de caráter instrumental.

Dessa forma, a distinção traçada pela lei tem por base apenas a legitimidade para agir, pois, quando o titular da ação é o Ministério Público, ela será pública; quando for o ofendido ou seu representante legal, será ação penal privada (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 391-392). O Código Penal, aliás, após a sua reforma na parte geral, fala em ação penal de iniciativa privada, “modificação indubitavelmente para melhor” (NORONHA, 1997, p. 40).

Assim, a ação penal de iniciativa privada é aquela na qual o Estado, titular do *jus puniendi*, transfere a legitimidade para a propositura da ação penal à vítima ou ao seu representante legal. Portanto, o titular da pretensão punitiva continua sendo o Estado, sendo transferida apenas a legitimidade ativa (CAPEZ, 2006, p. 133-134), ou seja, o direito de acusar - *jus accusationis*.

A ação penal, nesses casos, será iniciada pela queixa-crime, a qual equivale à denúncia, pois deve conter os mesmos requisitos. Só se diferencia, formalmente, pelo subscritor, pois é oferecida pelo particular ofendido, por intermédio de advogado com poderes expressos (MIRABETE, 2006, p. 106). Ressalte-se, também, que a queixa-crime não se confunde com a popular queixa à autoridade policial, que nada mais é do que a *notitia criminis*, ou seja, a comunicação da existência de um delito (NORONHA, 1997, p. 44).

Sempre que o Código Penal silenciar quanto à ação, ela será pública. Quando for o caso de ação penal privada, haverá menção expressa, como, por exemplo, a expressão “somente se procede mediante queixa”.

⁴ Nesse sentido: HC 317.624-1, TACRIMSP, 2ª Câmara, Rel. Juiz Erix Ferreira, j. em 19.02.98.

⁵ Nesse sentido: RJTACRIM, 45/229.

Há quem critique a possibilidade legal de iniciar-se uma ação penal unicamente por iniciativa privada, sob o fundamento de que conferir tal prerrogativa ao particular poderia acabar por favorecer somente interesses pessoais ou apenas satisfação por vingança. Marques (2000, p. 393) discorda, ao argumento de que “vingança privada existiria se o credor cobrasse a dívida à mão armada, ou se o querelante trancafiasse, ele próprio, sujeito ativo do crime em cárcere ou prisão, sem invocar a tutela do Estado”.

3.1 Fundamentos

O principal objetivo da ação penal privada é evitar que o escândalo do processo (*streptus iudicii*) provoque ao ofendido um mal ainda maior do que o já causado pelo criminoso ou do que sua eventual impunidade, decorrente da não propositura da ação penal (CAPEZ, 2006, p. 134). Ademais, a prática mostra que nos delitos de ação penal privada é quase sempre imprescindível, para a prova, a colaboração do ofendido, de modo que, se ele não quiser auxiliar o Ministério Público, o processo já nascerá fadado ao fracasso (NORONHA, 1997, p. 40).

Para Bruno (1982, p. 235-236),

admite-se a ação privada em relação a certos crimes que afetam bens jurídicos cuja proteção atende mais ao interesse privado do que ao interesse público, ou de crimes cuja punição, através da ação pública, com a conseqüente divulgação e repercussão social, poderia causar ao ofendido ou à sua família dano maior do que a impunidade.

Conclui-se, portanto, que o interesse público em que se funda o direito de punir do Estado não pode, em determinados casos, sufocar os interesses de caráter privado que a norma penal também tutela. A predominância absoluta do direito público, estatal, nem sempre estará a favor do efetivo bem comum, e por isso, em certas situações, é admitida a ação penal privada (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 394).

3.2 Substituição processual

Nos crimes de ação penal de iniciativa privada, ocorre uma substituição processual. É transferido ao ofendido apenas o direito de agir e acusar, para que este, por intermédio de procurador com poderes especiais para tal, promova a instauração da ação penal, de modo que o Estado continua sendo o titular absoluto do direito de punir. Assim, o ofendido, ao intentar a queixa-crime, não invoca em juízo nenhum direito material seu, mas somente o *jus puniendi* do Estado (FREDERICO MARQUES, 2000, p. 393).

O direito de queixa se transmite aos seus sucessores, no caso da morte ou ausência do ofendido. E, sendo este incapaz e sem representante legal, ser-lhe-á

nomeado curador especial para o oferecimento da queixa-crime.

3.3 Princípios

Regem a ação penal de iniciativa privada os seguintes princípios:

I) *princípio da oportunidade*, uma vez que cabe ao particular, titular do direito de agir, propor ou não, segundo sua conveniência, a ação penal;

II) *princípio da disponibilidade*: o ofendido, dessa forma, pode dispor da ação penal, expressa (pela renúncia ao direito de queixa) ou tacitamente (como, por exemplo, pelo decurso do prazo decadencial);

III) *princípio da indivisibilidade*: o ofendido não pode, ao ajuizar a queixa-crime, deixar de nela incluir todos os coautores ou partícipes do fato, como que em um “litisconsórcio passivo necessário”;

IV) *princípio da intranscendência*: comum a qualquer ação penal, consiste no fato de ser a ação penal limitada à(s) pessoa(s) responsável(veis) pela infração, não atingindo familiares ou terceiros estranhos ao delito (MIRABETE, 2006, p. 108-109).

3.4 Formas

São duas as formas de ação penal de iniciativa privada previstas em lei: a exclusiva (que só pode ser proposta por seu ofendido ou representante legal, também chamada de autenticamente privada) e a subsidiária da pública (na qual, escoado o prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia sem que este o tenha feito, a ação penal poderá ser instaurada mediante queixa-crime do ofendido). Hungria (*apud* FREDERICO MARQUES, 2000, p. 394) entende que a primeira forma de ação penal privada observa unicamente razões de política criminal, ao passo que a segunda é uma forma de corrigir a eventual desídia do Ministério Público.

A ação penal privada é personalíssima quando o direito ao oferecimento de queixa é intransferível, cabendo única e exclusivamente ao ofendido. Atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, apenas é cabível a ação penal privada personalíssima para o delito de “induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento”, conforme o art. 236 do Código Penal.

Há uma corrente minoritária na doutrina que defende a existência da “ação penal adesiva”, quando a vítima atua como assistente da acusação. O entendimento majoritário, porém, é de que o assistente se transforma em mero interveniente no processo penal (NUCCI, 2006, p. 141).

3.5 O papel do Ministério Público

O Ministério Público não fica inerte na ação penal

privada. Inclusive, detém poderes para aditar a queixa-crime e deve intervir em todos os atos do processo.

Todavia, o Ministério Público tem poderes limitados. Pode requerer diligências ou até mesmo recorrer das decisões proferidas, mas não tem o direito de substituir o querelante se este abandonar a ação. A função do Ministério Público é essencialmente de vigilância, enquanto perdura a vontade do querelante em ver o prosseguimento da ação penal (NORONHA, 1997, p. 46). Para Mirabete (2006, p. 110), “pronunciando-se o Ministério Público pelo recebimento da queixa, ou na hipótese de aditá-la, passa ele, pela qualidade de titular do direito material (*jus puniendi*), a figurar no processo como assistente litisconsorcial”.

Majoritariamente se entende que a intervenção do Ministério Público na ação penal exclusivamente privada, ainda que no papel de *custos legis*, é sempre obrigatória, sob pena de nulidade, muito embora não haja previsão expressa nesse sentido. Esse é o entendimento de Nucci (2006, p. 172), ao argumento de que a pretensão punitiva é sempre monopólio do Estado, devendo o Ministério Público zelar pelo correto desenvolvimento da ação penal.

4 Transação Penal e Ação Penal Privada

O art. 76 da Lei nº 9.099/95 é omissivo quanto ao cabimento da transação penal em delitos de ação penal privada, limitando-se a dispor que esta será cabível se houver representação ou em se tratando de delito de ação penal pública incondicionada. Seria tal omissão proposital, havendo incompatibilidade entre a ação penal privada e o instituto da transação penal? Ou apenas uma falha do legislador, a ser sanada pelos operadores do direito?

4.1 Incompatibilidade

Fazendo uso do método de interpretação literal ou gramatical da lei, técnica, na qual o operador do direito “preocupa-se, simplesmente, em saber o real e efetivo significado das palavras” (GRECO, 2005, p. 39), parte da doutrina se posiciona no sentido de que nos delitos de ação penal privada a transação penal é incabível. De acordo com esse entendimento, a redação do art. 76 teria excluído propositalmente os delitos de ação privada. É esse o entendimento de Jesus (1997, p. 78), que é taxativo ao afirmar que na ação penal privada a transação penal é “incabível”.

Negrão (2001, p. 33) também é adepto da interpretação literal do art. 76:

em uma interpretação literal do art. 76, *caput*, da Lei nº 9.099/95, verifica-se que não é possível a transação penal nos crimes de ação penal privada. De fato, no aludido preceito, o legislador utilizou as expressões: ‘havendo representação’ (crime de ação pública condicionada); ‘ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada’; ‘o Ministério Público poderá’. Assim, tudo leva a crer ser impossível a transação penal.

Sobrane (2001, p. 94) diz que “a clareza do texto legal é tanta que fica inviabilizado qualquer exercício interpretativo com fito de atribuir ao querelante - ou mesmo ao Ministério Público [...] - a formulação de proposta de transação”.

Contudo, há críticas ao método de interpretação literal. Para alguns, é restrito em demasia, carregado de um excessivo e reprovável positivismo jurídico, além de ineficiente, se utilizado sem qualquer outro auxílio. Diniz (2007, p. 161) adverte que esse método “nem sempre é idôneo de per si para desvendar o conteúdo legal”.

Mirabete (2002, p. 98), por sua vez, entende ser incabível a transação porque o ofendido somente é titular do *jus perseguendi in judicio*, que é apenas o “dar início à persecução penal”. Assim, não seria possível que ele transacionasse acerca da aplicação de uma pena ao autor dos fatos, pois o titular do *jus puniendi* continuaria sendo o Estado⁶.

Bitencourt (2003, p. 603) também nega veementemente a utilização de qualquer dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 aos delitos de ação penal exclusivamente privada, não só pela ausência de previsão legal, como também pela inconstitucionalidade por ele vislumbrada naquilo que seria uma oposição de limites à continuidade da ação penal privada. Em suma, se o ofendido acionou o Judiciário e recusou a conciliação, não seria correto interferir na sua vontade.

Demercian e Maluly (2005, p. 393) têm posicionamento semelhante, entendendo que a transação é instituto exclusivo da ação penal pública, restando ao ofendido na ação penal privada a possibilidade de acordo e conciliação. Pazzagli Filho *et al.* (1999, p. 50) consideram, inclusive, a ação privada como um impedimento objetivo para a celebração da transação penal.

Grinover *et al.* (2005, p. 150), embora sustentem o cabimento da transação nos delitos de ação penal privada, esclarecem que o legislador optou por restringir a tentativa da transação penal aos delitos de ação penal pública com base em uma visão mais tradicionalista da vítima, tendo em vista que a disponibilidade do ato não se coaduna com os poderes que lhe são conferidos com a mera substituição processual.

⁶ Nesse sentido: Ap. 062768, TJSP, Rel. Juiz Mesquita de Paula, j. em 08.08.96.

4.2 Cabimento

Em posição oposta às acima abordadas, a jurisprudência majoritária vem atualmente admitindo a transação penal nos delitos de ação penal privada. Até mesmo o Fórum Nacional dos Juizados Especiais - FonaJe - já se manifestou nesse sentido⁷. A doutrina se ocupa em justificar, academicamente, o cabimento.

Segundo corrente dominante na doutrina, o fundamento adequado é a analogia *in bonam partem*. Assim, diante de uma lacuna legal, caberia a aplicação analógica do art. 76 da Lei n° 9.099/95 aos delitos de ação penal privada, pois haveria um benefício ao autor dos fatos.

O entendimento de Jesus (2006, p. 4) sobre a analogia no processo penal é extremamente elucidativo:

A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante. O legislador, por meio da lei A, regulou o fato B. O julgador precisa decidir o fato C. Procura e não encontra no direito positivo uma lei adequada a este fato. Percebe, porém, que há pontos de semelhança entre o fato B (regulado) e o fato C (não regulado). Então, por analogia, aplica ao fato C a lei A.

De acordo com Mirabete (2003, p. 85), para que haja uma correta aplicação analógica de um determinado dispositivo da lei processual penal, é necessário que haja, além da semelhança entre os casos, “igualdade de valor jurídico e igualdade de razão entre ambos - *ubi idem ratio, ubi idem ius*”.

Grinover *et al.* (2005, p. 150) comungam do mesmo entendimento, de que “é possível ao Juiz aplicar por analogia o disposto na primeira parte do art. 76, para que também incida nos casos de queixa [...]”. Ressalte-se que o STJ já se posicionou, por diversas vezes, nesse sentido⁸.

Na mesma linha de posicionamento, também Nucci (2008, p. 759) julga correta a aplicação analógica do art. 76 da Lei n° 9.099/95 aos delitos de ação penal privada:

Crimes de ação penal privada - não vemos nenhum sentido em terem eles sido excluídos do contexto da transação. [...] Por isso, concordamos plenamente com a postura sugerida por Grinover, Magalhães, Scarance e Gomes, no sentido de ser admitida a transação, por analogia *in bonam partem* (é favorável ao autor do fato), também na órbita da ação penal privada.

Por fim, ressalte-se que a transação penal, em que pese tratar-se de aplicação de pena, acaba por se con-

figurar, na prática, como um benefício ao autor dos fatos, razão pela qual não haveria óbice à aplicação analógica do referido benefício aos delitos de ação penal privada.

É invocado também, como fundamento para essa corrente, o princípio constitucional da igualdade. Sobre esse princípio perante a lei, leciona Moraes (2004, p. 181):

A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. [...] O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Assim, ao conceder o benefício da transação penal somente aos autores de delitos de ação penal pública, teria o legislador ferido o princípio da igualdade. Para Tourinho Filho (2008, p. 109), “não tem sentido vedar-se-lhe esse direito. Do contrário, haveria uma discriminação odiosa, e, além do mais, ferir-se-ia o princípio da isonomia. Se na ação pública o autor do fato faz jus ao benefício, por que não em se tratando de ação privada”?

A concessão dessa benesse ao autor de delitos de ação penal privada seria uma forma de restabelecer o tratamento igualitário, que se faz sempre necessário. Há, inclusive, diversas decisões com base neste posicionamento⁹.

4.3 Legitimidade

Partindo do pressuposto de que o instituto da transação penal é compatível com os delitos de ação penal exclusivamente privada, surge outro questionamento: Quem seria legitimado para oferecer a proposta ao autor dos fatos? O ofendido ou o Ministério Público? Ou talvez, subsidiariamente, o próprio magistrado?

Para Grinover *et al.* (2005, p. 150), “não importa de quem é a iniciativa da proposta, o que interessa é que seja discutida entre os protagonistas da audiência de conciliação, sob a orientação do juiz”. Ainda assim, é necessário que se estabeleça um consenso sobre o tema, pois diversos posicionamentos contrários vão surgindo a cada dia. Por exemplo, o Ministério Público do Espírito Santo sumulou o seguinte entendimento interno: “Em sendo possível transação penal em crime de ação penal privada, o Ministério Público não possui legitimidade para o oferecimento da proposta, cabendo tal iniciativa à vítima, através de seu advogado”¹⁰. Já a Corregedoria

⁷ Enunciado 90 - Na ação penal de iniciativa privada, cabem a transação penal e a suspensão condicional do processo (Aprovado no XXI Encontro - Vitória/ES).

⁸ Nesse sentido: HC n° 31.527/SP, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. em 1º.03.2005.

⁹ Nesse sentido: Ap. 20020150088790, TJDF, 1ª Turma Criminal, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. em 22.05.2002.

¹⁰ Súmulas de Entendimento da 3ª Reunião Periódica do Grupo de Estudo Criminal do Ministério Público do Estado do Espírito Santo (Súmula n° 04, aprovada por unanimidade em 31.08.2007). Disponível em <https://www.mpes.gov.br/anexos/centros_apoio/arquivos/14_21371143521222007_S%-C3%BAmulas%20de%20entendimento%20-%203%C2%AA%20Reuni%C3%A3o%20Criminal.doc>. Acesso em: 31 dez. 2010.

do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, expediu recomendação em sentido contrário: “Na ação penal privada, [mesmo após] oferecida a queixa-crime, o Ministério Público pode oferecer transação penal”¹¹.

4.3.1 O ofendido

Grande parte da doutrina se alinha no sentido de que, diante da adoção de uma postura atual com relação à vítima no processo penal, teria ela a faculdade de transacionar nos casos de ação privada, uma vez que, se o Ministério Público é titular nas ações públicas e nelas pode oferecer transação, nas ações privadas, em que o ofendido é o titular, substituto processual, seria ele o detentor do direito de propor a transação.

Haveria, dessa forma, um vínculo no que diz respeito à legitimidade para propor ação e para propor a transação. Assim, como somente do ofendido é a legitimidade ativa à ação - ainda que a título de substituição processual -, somente a ele caberia transacionar, restando ao Ministério Público, nesses casos, a possibilidade de opinar (PEDROSA, 1997, p. 73).

Para Garcia (1996, p. 168-169), “não seria lógico que o ofendido tivesse apenas a opção de promover a queixa ou renunciar ao direito de promovê-la. A proposta de pena não privativa de liberdade é uma alternativa intermediária entre as duas opções”.

Lima e Souza (2004) também defendem a legitimidade exclusiva do ofendido para a proposta de transação penal, principalmente porque esta, segundo eles, não seria um direito subjetivo do autor dos fatos. Assim, ficaria a critério exclusivo do ofendido propor ou não a transação penal, sendo que, “ao se recusar a formulá-las, inviabilizará a transação e a suspensão”.

Também não podemos olvidar ao seguinte detalhe: não raro, a satisfação da vítima pode se dar já com uma imediata aplicação de pena não restritiva de direitos ou multa ao autor dos fatos (GRINOVER, 2005, p. 150). Portanto, se a visão moderna no direito penal é preocupar-se com a vítima, seria sensato outorgar-lhe legitimidade para a oferta da transação penal ao ofendido, caso queira¹². Caberia ao Ministério Público apenas seu papel de fiscal da lei.

Segundo Tourinho Filho (2008, p. 196), da mesma forma que o ofendido tem direito a iniciar uma ação de pretensão condenatória, também poderia transacionar com o autor dos fatos, pois “quem pode o mais pode o menos”.

Nesse sentido, os ensinamentos de Carvalho e Prado (2002, p. 251-252):

Como se sabe, na legitimação extraordinária, o substituto não tem poderes para transacionar com os direitos do substituído. [...] Ocorre que é princípio geral de interpretação que quem pode o mais, pode o menos. Ou seja, quem pode deduzir em juízo uma pretensão condenatória pode também transacionar a pretensão, reduzindo o seu alcance, ainda mais consensualmente. Além disso, e mais importante, o querelante pode até perdoar e ocasionar a extinção da punibilidade, conforme autorizam os artigos 51 do Código de Processo Penal e 105 do Código Penal. Desse modo, a autorização para que o querelante transacione a pretensão punitiva está assentada nos sistemas processual penal e penal, que devem ser aplicados à Lei nº 9.099/95, à falta de dispositivo específico.

Todavia, há quem critique a ideia de vinculação da titularidade da proposta de transação penal com a titularidade de propositura da ação penal. Campos Borges (2002) classifica tal argumento como “fácil, pseudocientífico, antifilosófico e fetichista”. Para ele, esse posicionamento atenta contra o objetivo maior da lei, que é “impedir que o processo vá além, quando cabível a transação penal”, quando coloca ao bel-prazer do ofendido a possibilidade de celebrar ou não uma transação penal.

Assim, novo impasse surge no caso de o ofendido, se admitido como titular da proposta, se recusar a transacionar: Poderia o Ministério Público intervir como fiscal da lei e propor ele mesmo a transação penal? Ou estaria prejudicada a aplicação da transação penal, iniciando-se o processo com o oferecimento da queixa-crime?

Para Campos Borges (2002), com a recusa injustificada do ofendido, é caso de intervenção do Ministério Público. Segundo seus ensinamentos,

é justificável que, para atender aos objetivos da Lei 9.099/95, deva formular proposta de transação penal em se tratando de ação penal privada, sempre que o querelante, por mero capricho ou omissão, deixar de fazê-lo ou tornar, sem motivação legal, inviável a possibilidade de realização da proposta.

4.3.2 O Ministério Público

O Ministério Público também poderia, em tese, ser o titular originário da proposta de transação penal mesmo nos delitos de ação penal privada, e esse é o posicionamento defendido por uma pequena corrente doutrinária.

Tal posicionamento se apega à possibilidade de a vítima buscar a justiça como simples forma de vingança, sem respeito aos direitos fundamentais do autor do fato. Para evitar isso, o *Parquet*, como defensor do interesse

¹¹ Aviso TJ/RJ nº 43, de 04.09.2006. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/webblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=-BIBxWEB&AMB=INTER&TRIPA=198^2006^43&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2006&TIPO=&ATO=43&START=>>>. Acesso em: 31 dez. 2010.

¹² Nesse sentido: HC 2004/0023860-2, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 21.10.2004.

social, teria a legitimação necessária para propor a transação mesmo nos delitos de ação penal privada, devendo, portanto, ser seu titular, mesmo que na sua função constitucional de fiscal do cumprimento das leis. Assim, é dever do Ministério Público garantir o respeito aos direitos estabelecidos na Carta Magna, dentre eles está a dignidade da pessoa humana.

Magalhães Pinto (2002) também se posiciona nesse sentido, acreditando que “o *Parquet* é a própria sociedade em juízo, e somente essa instituição teria a legitimação necessária para iniciativa de tamanha importância”.

Há decisões reconhecendo o Ministério Público como legitimado ativo para o oferecimento da proposta¹³. Todavia, quase sempre com a ressalva de que seria imprescindível a concordância do ofendido, titular da ação penal, para a celebração do referido acordo¹⁴.

No entanto, certo é que, quase que invariavelmente, o ofendido irá se recusar a anuir com o acordo entre promotor e autor dos fatos, com o único objetivo de prejudicar este último. Assim, essa necessidade de concordância do ofendido acabaria por configurar, na prática, “óbice permanente” à aplicação da transação penal nos delitos de ação penal privada.

Ressalve-se, por fim, que, na hipótese de oferecimento da transação por parte do Ministério Público, com eventual aceitação do autor dos fatos e homologação pelo juiz, ficaria garantido ao querelante o direito de promover a ação cível competente em face do autor dos fatos, para a reparação de eventuais danos sofridos.

4.3.3 Transação penal *ex officio*

Sendo encarada por muitos como um direito subjetivo do réu, havendo recusa do querelante, do Ministério Público, ou até mesmo de ambos em oferecer a transação penal ao autor do fato, alguns juristas opinam pela faculdade do juiz em fazê-lo de ofício, homologando-a em seguida.

Grinover *et al.* (2005, p. 154) entendem ser isso incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, pois, para eles, implicaria “instauração de processo penal *ex officio*”, o que hoje é constitucionalmente vedado. Para Pazzaglini Filho *et al.* (1999, p. 56-58), “esta sentença homologatória deverá ser havida como inexistente, [...] uma vez que a ‘transação’ foi realizada sem a concordância de uma das partes, sem acordo”.

Jardim (2005, p. 339) entende que a transação penal *ex officio* fere flagrantemente o sistema acusatório

e o princípio da inércia da jurisdição ao excluir o Ministério Público da transação. Segundo ele, “o processo passaria a ter apenas dois sujeitos: o Ministério Público não proporia a transação e o juiz o faria, ficando uma relação processual linear, o que subverteria o sistema acusatório, o princípio da demanda”.

Ressalte-se que o Fonaje substituiu seu Enunciado nº 49, o qual prescrevia que “Na ação de iniciativa privada, cabe a transação penal e a suspensão condicional do processo, por iniciativa do querelante ou do Juiz”¹⁵. Vigora atualmente o Enunciado nº 90, o qual simplesmente atesta o cabimento da transação penal na ação penal privada, não mencionando sequer eventual legitimidade do juiz.

Já Tourinho Filho (2008, p. 107) admite a atuação do juiz. Para ele, em diversas outras situações no processo penal, o juiz age de forma cautelar, sem provocação das partes, de forma que o mesmo poderia ocorrer na transação penal. Segundo ele:

Quando o juiz decreta a prisão preventiva sem provocação de ninguém, não estará ele exercendo o direito de ação penal cautelar? Sua decisão não será uma resposta jurisdicional dada a si próprio? Quando ele concede *habeas corpus* de ofício, não estará, também, dando uma resposta jurisdicional a ele mesmo? Quem provocou esta atividade jurisdicional?

Não obstante esse sensato entendimento, a solução quase unânime sugerida pela doutrina é a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, com a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça. O Supremo Tribunal Federal já sumulou entendimento acerca desse procedimento em caso de o Ministério Público recusar o oferecimento de suspensão condicional do processo, se atendidos os requisitos legais (Súmula nº 696). Parte da doutrina entende que, nos casos de transação penal, o procedimento a ser adotado, analogicamente, é o mesmo. Tourinho Filho (2008, p. 108), novamente, discorda desse posicionamento. Para ele, o art. 28 do CPP “sequer guarda perfeita analogia com a matéria em análise”.

Mesmo considerando aceitável a aplicação analógica do referido artigo, o problema persiste caso admitamos que seja o ofendido o legitimado para o oferecimento da proposta. Não parece haver cabimento, nessa hipótese, de aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. E é justamente aí que reside a possibilidade de a transação penal ser oferecida pelo próprio juiz. Sobre tal questão, Tourinho Filho (2008,

¹³ Nesse sentido: Ap. Crim. 2001.03.1.0157110, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do TJDF, Rel. Juiz Alfeu Machado, j. em 13.04.2005.

¹⁴ Nesse sentido: Ap. Crim. 2003.050.01015, TJRJ, 7ª Câmara, Rel. Des. Eduardo Mayr, j. em 12.08.2003.

¹⁵ Enunciado nº 49, aprovado no XVIII Encontro dos Coordenadores dos Juizados (Fonaje), realizado em Goiânia, em novembro de 2005 (substituído pelo Enunciado nº 90, durante o XXI encontro).

p. 107-111) entende que seria cabível a transação penal *ex officio*, de modo a evitar um prejuízo para o autor dos fatos decorrente de mero capricho do ofendido. Segundo ele,

[...] uma vez que o instituto da transação surgiu, única e precisamente, para benefício daqueles que cometem infrações mirins, não faz sentido, a nosso ver, repetimos, estarem presentes todos os requisitos exigidos por lei para ser aplicada a pena alternativa, e o Juiz nada poder fazer ante a recusa, injustificada, do titular da ação penal, permanecendo ali na sala das audiências como um convidado de pedra. [...] E se, presentes todos os requisitos exigidos por lei para que se proceda à transação, o ofendido, injustificadamente, recusar-se a fazê-lo? *Quid inde?* Deverá o Juiz cruzar os braços e se limitar a dizer ao autor do fato ser impossível o reconhecimento daquele seu direito subjetivo ante a recusa do ofendido? Como poderá aplicar a regra do art. 28 do CPP se a titularidade da ação, nessa hipótese, não é do Ministério Público? [...] Por todas essas razões estamos com a corrente minoritária, que possibilita ao Juiz, ante a recusa infundada em formular a proposta, fazê-la.

Assim, poderia ser admitida a proposta de transação penal pelo juiz, diante da omissão ou recusa do ofendido e do Ministério Público, de modo a não prejudicar o autor do fato por discussões sobre questões meramente processuais¹⁶. Aos insatisfeitos, seja o Ministério Público, seja o querelante, caberia, simplesmente, o recurso de apelação, no prazo de 10 dias.

5 Considerações Finais

Em que pese a respeitável opinião daqueles que se posicionam em sentido contrário, parece-nos realmente incontestável, diante de todo o exposto, que é cabível a transação penal nos delitos de ação penal de iniciativa privada.

Quanto à legitimidade ativa, trata-se de questão de ordem estritamente técnica. Nos delitos de ação penal privada, o que ocorre é uma substituição processual. Assim, somente o ofendido poderia abrir mão do direito de oferecer uma queixa-crime, transacionando. Incabível, em um primeiro momento, intervenção ministerial.

Todavia, supondo que já foi superada - e fracassada - a fase da composição dos danos civis, a verdade é que, na prática, a vítima, quase que invariavelmente, não oferecerá proposta alguma ao autor do fato. É também provável que o autor do fato nem sequer aceite a proposta, caso formulada, por entender que está sendo "punido pela própria vítima".

Mas, se este fizer jus ao benefício, e caso a vítima se recuse a oferecê-lo, parece-nos ser dever do membro do *Parquet* intervir e formular a proposta. Afinal, como

fiscal da lei e, ainda, na qualidade de quem pode intervir em todos os atos da ação penal privada, não pode simplesmente quedar-se inerte diante de tal situação.

Contudo, ressalte-se que o Ministério Público tem autonomia suficiente para recusar-se a intervir no feito, caso entenda que na ação penal privada a transação penal é incabível. E, diante de tal impasse, não nos parece nem um pouco razoável a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de ação penal privada.

Assim, diante da recusa ministerial em intervir, se for permitido ao ofendido oferecer a queixa-crime nesse momento, estará sendo desrespeitado o princípio da igualdade, bem como os demais princípios norteadores dos Juizados Especiais Criminais. Isso porque o feito irá se alongar sem nenhum resultado prático. Ainda que incabível ou recusada a suspensão condicional do processo, caso haja condenação, a pena não ultrapassará dois anos de prisão. Com a substituição prevista no Código Penal, o autor dos fatos cumprirá unicamente uma pena restritiva de direitos. Ou seja, a mesma pena que implicaria a transação penal, se oferecida, aceita e homologada. Sem dúvida, prolongamento desnecessário do feito e ofensa aos princípios da simplicidade e da celeridade, norteadores do Juizado Especial.

Assim, em defesa dos princípios gerais do processo penal e dos Juizados Especiais Criminais, e também com base em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, parece-nos acertado e justo que o próprio juiz intervenha e formule a proposta. O impasse estará resolvido, da forma mais justa possível. E mais, não teremos sequer ainda início de uma ação penal, de modo que não há que se falar em ação penal *ex officio*.

Apenas é uma maneira - por via transversa, é verdade - de se corrigir pela equidade uma imperfeição legislativa, estendendo o benefício da transação penal aos autores dos delitos de ação penal privada. Obviamente, aos insatisfeitos, seja o ofendido, o Ministério Público ou até mesmo ambos, restaria o recurso de apelação. Todavia, incerto dizer se haveria para eles, diante dessa situação, algum interesse recursal.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais Federais: Análise comparativa das Leis nºs 9.099/95 e 10.259/2001*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. São Paulo: Forense, tomo 3, 1982.

¹⁶ Nesse sentido: Ap. 1.333.479/7, TACRIMSP, 3ª Câmara, j. em 19.11.2002.

- CAMPOS BORGES, José Ademir. *Tem o MP legitimidade para propor transação penal em ação penal privada?* Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2002/10-29_joseademircampos-borges.doc>. Acesso em: 31 dez. 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- GARCIA, Ismar Estulano. *Juizados Especiais Criminais*. Goiânia: AB - Editora, 1996.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. *Culpabilidade e transação penal nos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099/95, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- LIMA, André Estefam Araújo; SOUZA, Luiz Antonio de. *Lei n. 9.099/95 e ação penal privada*. Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2004. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/-comunicacao_noticia/andreal.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2010.
- MAGALHÃES PINTO, Oriana Piske de Azevedo. *A transação penal e a ação penal privada*. Associação dos Magistrados Brasileiros. Distrito Federal, 2002. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/-docs/artigos/A%20transação%20penal.doc>>. Acesso em: 31 dez. 2010.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium, v. 1, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. São Paulo: Atlas, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizado Especial Criminal: Comentário, jurisprudência, legislação*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NEGRÃO, Perseu Gentil. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PAIVA, Mario Antonio Lobato de. *A Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PARIZATTO, João Roberto. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais: Justiça Federal*. Ouro Fino: Edipa, 2002.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz

Fernando. *Juizado Especial Criminal: aspectos práticos da Lei 9.099-95*. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Juizado Criminal, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Transação penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

...