

AÇÕES PENAIS PRIVADAS DIANTE DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Pedro H. S. Pereira¹

Priscila L. Silveira²

Resumo: O trabalho fala sobre a transação penal nas ações penais privadas e a divergência entre doutrina e jurisprudência quanto a sua possibilidade nessa modalidade de ação, vez que a Lei 9.099/95 não faz menções específicas sobre o assunto.

Palavras-chave: Transação Penal. Ação penal privada. Juizados Especiais.

Abstract: The work tells about the penal transaction in private penal actions and the divergence between doctrine and jurisprudence as its possibility in this kind of action, because the Law 9.099/95, don't have specific mentions about the subject.

Keywords: Criminal Transaction. Private prosecution. Special Courts.

Introdução

A Lei 9.099, também conhecida como Lei dos Juizados Especiais, surgiu em 1995, visando uma prestação jurisdicional mais rápida à população, em casos envolvendo pequenos valores e crimes de menor potencial ofensivo.

Acontece que como toda Lei, deixou várias lacunas que vêm sendo há mais de década, preenchidas pela interpretação dos Tribunais, e ensinamentos oriundos da doutrina de inúmeros estudiosos.

Dentre as lacunas existentes, há aquela relacionada à possibilidade de oferta do instituto da transação penal aos envolvidos em ações penais privadas, nas quais o particular é o detentor do direito de ação perante o Poder Judiciário.

¹Licenciado e bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de São João del-Rei e professor de Filosofia. Bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. Advogado militante. Pós-graduado em Direito Público pela UGF e em Educação Ambiental pela UFSJ. Membro da Academia Sanjoanense de Letras.

² Graduanda do 2º período do curso de Ciências Jurídicas da Universidade Vila Velha (UVV).

No intuito de compreender o significado do instituto da transação penal, seus objetivos, relação com as ações penais privadas, e possibilidade de sua aplicação nesta esfera, o trabalho pretenderá passar por uma breve elucidação do instituto da Transação penal nos Juizados Especiais Criminais, discorrendo acerca da ação penal, seu significado e modalidades, adentrando, por fim, no impasse relacionado à aplicação da transação penal em ações privadas.

A lei dos Juizados Especiais e o instituto da Transação Penal

Promulgada em setembro de 1995, a Lei 9.099, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, surgiu com a finalidade de desafogar o Poder Judiciário de demandas de menor complexidade, assim considerada as com valor de até 40 salários (art. 3º), e crimes de menor potencial ofensivo, que são os com pena máxima não superior a 2 anos (art. 61).

No que diz respeito à seara criminal, objeto de interesse do trabalho, a lei dispõe sobre organização, procedimentos e competência entre os arts. 60 e 97, dando enfoque à transação penal no art. 76.

De acordo com Sérgio Turra, a transação penal consiste no "[...] ato jurídico através do 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." (2001, p.75.)

Para Afrânio Silva Jardim (2005, p. 336), a transação penal trata de uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, pois presentes os requisitos previstos no art. 76 da Lei 9.099, pode ser concedida ao acusado. Também sobre o instituto, Fernando Capez (2009, p. 545) elucida que:

Consiste ela [a transação penal] num acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, pelo qual o primeiro propõe ao segundo uma pena alternativa (não privativa de liberdade), dispensando-se a instrução do processo. Amparada pelo princípio da oportunidade ou discricionariedade, consiste na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la em certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que assim, deixa de ter valor absoluto.

Portanto, em suma, conclui-se que a transação penal trata de um benefício previsto em lei, que pode ser concedido pelo representante do Ministério Público àqueles que cumprirem determinadas condições impostas (pena restritiva de direitos ou multa), e não tiverem sido: condenados a pena privativa de liberdade por sentença definitiva; agraciados anteriormente pelo instituto; maus antecedentes.

No próximo tópico, o trabalho adentrará nas principais polêmicas relacionadas ao art. 76 da Lei 9.099, para que a seguir, seja dada ênfase específica à viabilidade de transação penal em ações privadas.

Algumas das principais polêmicas relacionadas à transação penal

Apesar de a Lei dos Juizados Especiais estar em vigor há algum tempo, continuam a persistir muitas polêmicas e dúvidas em torno do instituto da transação penal, o que ocasiona, sempre, o surgimento de novos posicionamentos e interpretações.

Dentre as principais divergências de importante esclarecimento, ainda que sucinto, estão a da legalidade do instituto, seu caráter de faculdade/ obrigação por parte do Ministério Público, e as penalidades por seu descumprimento.

A legalidade da transação é contestada por corrente que tem como integrantes Clovis Rodrigues Filho³, e o Juiz Pierre Souto⁴. Como principais argumentos, defendem que o instituto viola o direito ao devido processo legal, pois aplica pena antes mesmo de iniciá-lo; os direitos à ampla defesa e ao contraditório, pois o acusado não exerce sua defesa; e o corolário da presunção de inocência, eis que o autuado assume a culpa sem qualquer procedimento adequado.

Doutro lado, grandes expoentes como Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 119), Damásio Eugênio de Jesus (2002, p. 69-70) e Ada Pelegrini Grinover (2000, p. 39-41), esclarecem que o instituto não viola quaisquer dos princípios constitucionais citados, pois além de ser previsto na CRFB, art. 98, I, é benefício de caráter não

³ RODRIGUES FILHO, Clóvis. A Inconstitucionalidade da Transação Penal frente ao princípio constitucional da não culpabilidade. Disponível em: <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/2475254>. Publicado em 02 de setembro de 2010. Acesso em 01 de março de 2010.

⁴ AMORIM, Pierre Souto Maior Conutinho de. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9341/consideracoes-sobre-a-inconstitucionalidade-da-transacao-penal>. Publicado em dezembro de 2006. Acesso em 28 de fevereiro de 2011.

compulsório, vez que o autuado apenas aceita se achar devido. Também não gera maus antecedentes, ou efeitos de reincidência conforme previsto na letra do art. 76, §6º, e afirmado pelo STJ no REsp 844941/ DF⁵.

De fato, não há que se questionar o instituto, dizendo ofender corolários constitucionais. Trata apenas de benefício que pode (e não deve) ser aceito pelo acusado, se achar conveniente. Do contrário, tem o direito de recusar a proposta, e demonstrar em juízo sua inocência, utilizando-se de todas as prerrogativas legais, mas correndo riscos de ser condenado.

Acerca da facultatividade do instituto, a divergência se instaura quando a doutrina trata de saber se o representante do Ministério Público tem ou não a obrigação de ofertar a transação penal em casos nos quais são preenchidos todos os requisitos do art. 76 da Lei 9.099.

Julio Fabbrini Mirabete, em sua obra sobre o tema (2000, p. 122), entende que a transação penal não trata de direito subjetivo do acusado, de forma que o representante do Ministério Público não tem por obrigação oferecê-la, e muito menos, o juiz, pode substituí-lo nesta função, porque não é o titular da ação penal. Nesse sentido é a orientação dada pelo STJ, através do REsp 165.734/SP⁶.

Doutro lado, Damásio de Jesus (2002, p. 76), e Fernando da Costa Tourinho Filho (2006, p. 656-657), são expressos no sentido de tratar de direito subjetivo do acusado, sendo obrigatória sua aplicação pelo Ministério Público se preenchidos os requisitos legais, ou pelo juiz, caso haja divergência. São os dizeres de Tourinho Filho nesse sentido:

⁵ ADMINISTRATIVO. TRÂNSITO. CASSAÇÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO -CNH (ART. 263, III, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO -CTB). TRANSAÇÃO PENAL (ART. 76 DA LEI N. 9.099/95). NATUREZA JURÍDICA. DOCTRINA E PRECEDENTES. NÃO-ENQUADRAMENTO NO CONCEITO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL. INAPTIDÃO PARA FUNDAMENTAR A CASSAÇÃO DA CNH. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. [...] 3. Natureza jurídica da transação penal: instituto pré-processual, oferecido antes da apresentação da inicial acusatória pelo Parquet, que impede a própria instauração da ação penal, não gera efeitos para fins de reincidência e maus antecedentes, por se tratar de "submissão voluntária à sanção penal, não significando reconhecimento da culpabilidade penal, nem de responsabilidade civil". Doutrina e precedentes do STJ. 4. Portanto, não há como se incluir as hipóteses de transação penal no conceito de "condenação judicial por delito de trânsito", para fins de aplicação do art. 263 do CTB. [...] (STJ- REsp 844941 DF 2006/0094685-6. Relator Min. Mauro Campbell Marques. 2ª T. Publicação: DJe 14/12/2010.)

⁶ PENAL. PROCESSUAL. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL. "HABEAS CORPUS". 1. O Ministério Público tem, nos termos da Lei 9099/95, Art. 89, a atribuição de propor ou não a transação penal, desde que o faça fundamentadamente. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ- REsp 165734 SP 1998/0014459-5. Relator Min. Edson Vidigal. 5ª T. Publicação: DJ 20.03.2000 p. 91.)

Nada impede que o Juiz proceda à suspensão, mesmo porque se trata de um direito subjetivo do acusado. Sem embargo, o STF dispôs na Súmula 696: "reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal". No STJ, há numerosos julgados seguindo esse entendimento do STF e outros tantos no sentido de autorizar o Juiz a propor a suspensão, ante uma recusa infundada do Ministério Público. Estamos com esta última corrente e ousamos discordar da outra [...]

Decerto, se não há justificativa plausível para a negativa à Transação, com base na sistemática célere e informal que rege os Juizados Especiais, nada mais coeso do que permitir ao julgador, caso entenda presentes os requisitos, a aplicação do instituto.

A última, e talvez mais polêmica das questões, diz respeito às penalidades passíveis pelo descumprimento da Transação.

Há corrente que afirma que no caso de descumprimento do acordo, o Ministério Público pode prosseguir com o processo, ofertando denúncia e dando coesa continuidade ao feito. Nessa linha foi o entendimento do STF no HC 79.572/GO⁷.

Doutro lado, a corrente mais forte na atualidade, e com entendimento pacificado no STJ, entende que no caso de descumprimento da penalidade, os autos devem ser arquivados, pois a sentença gerou coisa julgada, e pode apenas vir tomar efeito para eventual execução de valores avençados (multa). Nessa linha são os HC's 90.126/MS, 97642/ES, 91.054/RJ e REsp 226.570/SP⁸.

⁷ HABEAS CORPUS - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO. A legitimidade para a impetração do habeas corpus é abrangente, estando habilitado qualquer cidadão. Legitimidade de integrante do Ministério Público, presentes o múnus do qual investido, a busca da prevalência da ordem jurídico-constitucional e, alfim, da verdade. TRANSAÇÃO - JUIZADOS ESPECIAIS - PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - CONVERSÃO - PENA PRIVATIVA DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE - DESCABIMENTO. A transformação automática da pena restritiva de direitos, decorrente de transação, em privativa do exercício da liberdade discrepa da garantia constitucional do devido processo legal. Impõe-se, uma vez descumprido o termo de transação, a declaração de insubsistência deste último, retornando-se ao estado anterior, dando-se oportunidade ao Ministério Público de vir a requerer a instauração de inquérito ou propor a ação penal, ofertando denúncia. (STF- HC 79572 GO. Relator Min. Marco Aurélio. 2ª T. Publicação: DJ 22-02-2002 PP-00034 EMENT VOL-02058-01 PP-00204.)

⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA. INADIMPLEMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. DESCABIMENTO. 1. É segura a jurisprudência dos Tribunais Superiores na afirmação do incabimento de propositura de ação penal, na hipótese de descumprimento da transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95). [...] (STJ- REsp 226570 SP. Relator Min. Fernando Gonçalves. 6ªT. Publicação: DJ 22.11.2004 p. 393.) Sobre a possibilidade de se cobrar a multa estipulada em caso de descumprimento: "CRIMINAL.

Data venia, sem dúvida é a posição mais ponderada a defendida pelo STJ, pois uma vez homologado o acordo, e findo prazo recursal, não pode ocorrer modificação prejudicial à parte, sob pena de violação do princípio penal *ne reformatio in pejus*⁹.

Explicitadas ainda que brevemente algumas das várias polêmicas em torno da transação penal, caberá, no tópico a seguir, versar sobre sua aplicabilidade em ações penais privadas.

É possível a transação penal em ações penais privadas?

Em prefácio à polêmica sobre a aplicação do art. 76 da Lei 9.099 em ações penais privadas, é imprescindível versar acerca das modalidades de ação penal, e a regra de interesse social e do Estado, na resolução dos conflitos penais.

Conforme evidenciado em artigo anterior¹⁰, a legislação brasileira, pela letra do art. 100 do CPB, prevê duas espécies de ação: pública ou privada, se dividindo a primeira em condicionada à representação e incondicionada.

A regra, é que a ação penal tenha natureza incondicionada, ou seja, para que o Estado inicie e continue as investigações para saber da ocorrência de um crime e penalizar os suspeitos, não é necessária nenhuma manifestação de aceitabilidade da vítima ou de seu responsável legal. Exemplo disso são os crimes de homicídio, furto, roubo, que, pelo fato de causarem grande repercussão social negativa, independem de interesse da vítima para que sejam averiguados após ocorrência.

HC. NULIDADE. LEI 9.099/95. DESCUMPRIMENTO DE ACORDO FIRMADO E HOMOLOGADO EM TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL. EXECUÇÃO DA MULTA PELAS VIAS PRÓPRIAS. RECURSO PROVIDO. I - A sentença homologatória da transação penal, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/95, tem natureza condenatória e gera eficácia de coisa julgada material e formal, obstando a instauração de ação penal contra o autor do fato, se descumprido o acordo homologado. II - No caso de descumprimento da pena de multa, conjuga-se o art. 85 da Lei nº 9.099/95 e o 51 do CP, com a nova redação dada pela Lei nº 9.268/96, com a inscrição da pena não paga em dívida ativa da União para ser executada. III - Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal. (HC nº 33.487/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 1/7/2004)"

⁹ O princípio do *ne reformatio in pejus*, embasado no art. 5º, XL, da CRFB, e art. 626, §, do CPP, impede que ocorra a reforma de uma sentença para que seja tomada medida mais prejudicial ao acusado, o que aconteceria em caso de retomada da persecução penal com o descumprimento da transação.

¹⁰ PEREIRA, Pedro H. S. A lesão corporal em violência doméstica e o instituto da representação. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29138>. Acesso em 10 de março de 2011.

No caso das ações penais condicionadas à representação, como o próprio nome diz, estas necessitam de interesse da vítima, para que o Poder Judiciário possa processar e condenar os acusados.

Quando se trata de procedimentos dessa natureza, o Código Penal enuncia expressamente a necessidade de manifestação da vítima, como ocorre no delito de ameaça (art. 147), no qual a Lei dispõe no parágrafo único que “somente se procede mediante representação”. Nesse caso, os delitos têm menor potencial ofensivo, e não trazem à sociedade repercussão tão negativa, como os delitos referidos anteriormente.

Nas ações penais privadas, como o nome já deixa claro, é necessário que a própria vítima, que teve seu direito transgredido, promova o andamento processual, com vistas à condenação do acusado. Nelas, o Estado não toma parte do procedimento através do Ministério Público, como decorre nas ações públicas. É a vítima, através de seu advogado, que deve buscar, pelos mecanismos cabíveis, meios de levar a um juízo de condenação.

Nas ações privadas, o interesse social pela resolução do conflito é bem diminuto, pois os crimes não costumam ter repercussão que saia da esfera pessoal da vítima e transgressor. É o caso de delitos como de difamação e injúria (arts. 139 e 140), que em regra, são de natureza privada. Aqui, da mesma forma que nos crimes de ação condicionada à representação, a Lei prevê especificamente que a ação se procede mediante queixa, como descrito no art. 145 do Código Penal.

Tratando das modalidades de ação no seu “Curso de Direito Penal”, Fernando Capez diz que:

No primeiro caso [ação penal pública incondicionada], o Ministério Público promoverá a ação independentemente da vontade ou interferência de quem quer que seja, bastando, para tanto, que concorram as condições da ação e os pressupostos processuais. No segundo [ação penal pública condicionada à representação], a sua atividade fica condicionada também à manifestação de vontade do ofendido ou do seu representante legal. E a letra do art. 100, § 1º, do Código Penal: “a ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”. Semelhante, o art. 24 do Código de Processo Penal. Essa divisão atende a razões de exclusiva política criminal. Há crimes que ofendem sobremaneira a estrutura social e, por conseguinte, o interesse geral. Por isso, são puníveis mediante ação pública incondicionada. Outros, afetando

imediatamente a esfera íntima do particular e apenas mediatamente o interesse geral, continuam de iniciativa pública (do Ministério Público), mas condicionada à vontade do ofendido, em respeito à sua intimidade, ou do ministro da Justiça, conforme for. São as hipóteses de ação penal pública condicionada, Há outros que, por sua vez, atingem imediata e profundamente o interesse do sujeito passivo da infração. Na maioria desses casos, pela própria natureza do crime, a instrução probatória fica quase que inteiramente na dependência do concurso do ofendido. Em face disso, o Estado lhe confere o próprio direito de ação, conquanto mantenha para si o direito de punir, a fim de evitar que a intimidade, devassada pela infração, venha a sê-lo novamente (e muitas vezes com maior intensidade, dada a amplitude do debate judicial) pelo processo. São os casos de ação penal privada. (2004, p. 489).

Portanto, da leitura do versado por Fernando Capez, conclui-se que as modalidades de ação penal seguem divisão que visa atender aos interesses sociais e do Estado. Nas ações incondicionadas, há intenção geral na resolução do conflito e penalização dos transgressor. Já nas ações condicionadas, pelo fato de a ofensa ser de menor monta, fica a critério da vítima a representação para que o Ministério Público tome as iniciativas cabíveis, o que incumbe ao querelante nas ações privadas, uma vez que tais delitos atingem mais precisamente a esfera pessoal.

A grande polêmica em torno da transação penal em ações penais privadas existe, porque nelas, o Ministério Público atua apenas como fiscal (art. 45 do CPP), em que pese a alegada atribuição para intervir, que entende-se, não recepcionada pela recente ordem Constitucional¹¹.

Por previsão expressa na Carta Magna, o Ministério Público, é titular da Ação Penal Pública (art. 129, I), e a letra do art. 76 enuncia que:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹¹ O entendimento acima mencionado, parte do princípio da intervenção mínima, que explicita a atribuição do Estado para agir apenas em condutas que são verdadeiramente prejudiciais a seus interesses junto à sociedade. Versando sobre o princípio, ensina o professor Régis Prado no primeiro volume de seu "Curso de Direito Penal Brasileiro" que: "Segundo a intervenção mínima, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como ultima ratio e, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia." (2002, p.90.). No caso de crimes de ação privada, o interesse do Estado na resolução do conflito é mínimo, de forma que o Ministério Público, órgão que contribui com a manutenção da ordem social, não pode ter seu tempo tomado por questões estritamente pessoais como as versadas em ações privadas, em sua maioria. Logo, há que se entender que em caso de ações privadas, a atribuição do *parquet* deve ser aquela de fiscal da Lei, como bem ocorre na seara cível, por força do art. 83 do CPC.

Como se vê, inexistente previsão legal de poderes para que o RMP, nas ações privadas, ofereça transação penal, ou até mesmo a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89. As polêmicas apenas se iniciaram apenas em virtude de tal lacuna.

Aqueles partidários da possibilidade de transação em ações privadas, embasados nos argumentos trazidos por Ada Pellegrini Grinover (1999, p. 259) e em julgamento do STF (HC 81.720/SP), defendem o critério de que quem pode mais, pode menos, e que se nas ações em que estão sendo apurados delitos mais graves, é cabível a transação, porque não seria naqueles menos danosos? Partidário de tal linha em alguns julgados, o STJ, seguindo à compreensão supra, decidiu em vários HC's pela aplicabilidade do instituto da transação nas ações privadas. No HC 13.337, sob relatoria do Ministro Félix Fischer, a 5ª Turma decidiu a favor da transação nos seguintes termos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. AÇÃO PENAL PRIVADA. A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (Precedentes). Habeas corpus concedido. (STJ - HC 13337/RJ. Relator Min. Felix Fischer. 5ªT. Publicação: DJ 13.08.2001 p. 181.)

Já outra parte da doutrina, em que se encontram grandes nomes do direito processual penal, como Damásio de Jesus (2002, p. 76) e Julio Fabbrini Mirabete (2000, p.129), entende que é totalmente incabível a transação penal, embasados, conforme descrito acima, na tese de que a Lei não prevê atribuição do *parquet* para propositura, e que a vítima, se quisesse, faria acordo em sede de composição de danos. Sobre o assunto, expressa Mirabete que:

Não prevê a lei a possibilidade de transação na ação penal de iniciativa privada. Isto porque, na espécie, o ofendido não é representante do titular do *jus puniendi*, mais somente do *jus perseguendi in judicio*. Não se entendeu possível que propusesse, assim, a aplicação de pena na hipótese de infração penal de menor potencial ofensivo, permitido à vítima transacionar sobre uma sanção penal. Ademais, numa visão tradicional, o interesse da vítima é o de ver reparados os danos causados pelo crime, o que lhe é possibilitado no instituto da composição, ou com a execução da sentença condenatória penal. Na ação penal de iniciativa privada, prevalecem os princípios da oportunidade e disponibilidade e, no caso afeto aos Juizados, a composição pelos danos sofridos pela vítima, tornando-se desnecessária e desaconselhável a previsão de oferecimento de proposta pra transação (2000, p. 129.)

Rechaçando a clareza da previsão legal no art. 76, em obra específica sobre a transação penal, Sérgio Turra Sobrane diz que:

Na ação de iniciativa privada, não se pode vislumbrar com coerência a aplicação da transação penal e, muito menos, que a proposta seja deduzida pelo próprio querelante. A clareza do texto legal (art. 76, caput) é tanta que fica inviabilizado qualquer exercício interpretativo com fito de atribuir ao querelante -ou mesmo ao Ministério Público depois de apresentada a queixa-crime- a formulação da proposta de transação. (2001, p. 94.)

Realmente, a Lei não mantém qualquer previsão que possibilite a transação penal, ou até mesmo a suspensão condicional do processo em ações privadas. Se fosse interesse do legislador que houvesse, certamente haveria determinação em incisos dos arts. 76 e 89, algo inexistente até então.

O particular não tem as mesmas atribuições do Ministério Público, e apenas tal órgão é o legitimado para a propositura dos institutos, como bem entendeu mais recentemente o STF, no HC 83.412/GO¹². Mesmo que o *parquet* queira interferir em um processo privado, sua atuação está adstrita à observância dos requisitos e dispositivos legais (*custus legis*¹³).

Se o particular, no decurso da ação penal, resolve pela propositura de transação penal mediante doação de quantia pecuniária ou cestas básicas pelo querelado, que aceita, há que se entender pela ocorrência de uma composição de danos (art. 74 da Lei 9.099), que teria, pelas condições em que foi ofertada, similaridade com o instituto da transação. Contudo, jamais guardaria tal natureza, pois a transação é privativa do MP, e este, não pode ofertá-la em ações privadas, por carecer de legitimidade, conforme evidenciado pelo Min. Sepúlveda Pertence no HC 81720/SP¹⁴.

¹² [...] IV. Suspensão condicional do processo: inadmissibilidade. Prevalece na jurisprudência a impertinência à ação penal privada do instituto da suspensão condicional do processo. [...] (STF - HC 83412 GO. Relator Min. Sepúlveda Pertence. 1ª T. Publicação: DJ 01-10-2004 PP-00028 EMENT VOL-02166-01 PP-00165 RTJ VOL-00191-02 PP-00581.

¹³ Ver nota de rodapé nº 11.

¹⁴ Há autores, com André Nicolitt, que entendem pela possibilidade de oferta de transação pelo querelante. Em defesa de tal argumento, o autor evidencia que: "Com efeito, a única hipótese de admissão da transação na ação de iniciativa privada seria por iniciativa do ofendido. Diante do entendimento de que a transação é ação, inevitável admitir que o ofendido poderia fazer a proposta, a qual, além de ser submetida ao atuado ficaria sob a fiscalização do Ministério Público e sob crivo do Juiz. A toda evidência, se o ofendido pode oferecer a queixa, que seria o mais, poderia oferecer a ação

Já no caso de suspensão condicional do processo, há posicionamento favorável à sua possibilidade nas ações penais privadas, desde que ofertada pelo querelante (STF- HC 81720/SP). Contudo, por ser também instituto privativo do MP, e inexistir possibilidade de o particular impor a maior parte das condições ali previstas¹⁵, é impossível consentir por seu cabimento.

Conclusão

Em suma, é indispensável notar que o Ministério Público, nas ações penais privadas, apenas pode servir como fiscal da lei, uma vez que não é legalmente legitimado para propositura e atuação, em decorrência de previsão legal vinda da CRFB (art. 129, I), do art. 76 da Lei 9.099, e do corolário da intervenção mínima. Portanto, não pode atuar ofertando ao querelado, os institutos criados para sua utilização de forma exclusiva (transação penal e suspensão condicional do processo).

O querelante, por sua vez, diante de inexistência de previsão legal, não tem o condão de propor ao querelado a transação penal, pois não detém legitimidade. Caso elabore proposta nesses termos, tratará de mera composição de danos, com características similares, mas nunca o instituto da transação penal.

Doutrina e jurisprudência continuam demasiadamente divididas, e tanto STF quanto STJ, mantêm entendimentos diversificados. O STJ, em muitos dos julgados, chega a entender que o *parquet* pode, em ações privadas, ofertar a transação penal (HC 13337), e em outros, que apenas a vítima teria tal prerrogativa (EDcl no HC 33929/SP).

Já o STF, quando se posicionou acerca do assunto, entendeu, no HC 81720 que o Ministério Público não tem legitimidade para a propositura de suspensão condicional do processo em ações privadas, o que, por analogia, se estende às transações penais, versando que cabe ao querelante, sua propositura. Porém, a polêmica foi instaurada

na forma de transação que seria o menos. E, se pode o ofendido compor os danos, poderia provocar a manifestação do atuado e do Estado-Juiz sobre a transação. Este caminho harmoniza-se com o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º da Constituição, pois não seria justo, tampouco constitucional, que a iniciativa da ação permitisse que crimes de menor potencial ofensivo tivessem tratamentos diversos, realçando, ainda, o espírito da consensualidade que deve animar os juizados."(2004, p.25.)

¹⁵ São condições previstas para a suspensão condicional do processo, além da reparação do dano, a proibição de freqüentar determinados lugares, de se ausentar da comarca onde reside, sem autorização do Juiz e comparecimento a juízo, mensalmente, para informar e justificar atividades.

com o HC 83412, no qual a 1ª Turma entendeu que o instituto da suspensão condicional do processo é inadmissível nas ações privadas, o que também se encaixa à transação penal.

Referências bibliográficas:

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. (et. all.) *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 2000.

NICOLITT, André Luiz. *Juizados Especiais Criminais: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especias Criminais: Comentários, Jurisprudência, Legislação*. São Paulo: Atlas, 2000.

JESUS, Damásio Eugênio de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Vol. I.)

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Forense, 2005.

RODRIGUES FILHO, Clóvis. A Inconstitucionalidade da Transação Penal frente ao princípio constitucional da não culpabilidade. Disponível em: <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/2475254>. Publicado em 02 de setembro de 2010. Acesso em 01 de março de 2010.

AMORIM, Pierre Souto Maior Conutinho de. Considerações sobre a (in)constitucionalidade da transação penal. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9341/consideracoes-sobre-a-in-constitucionalidade-da-transacao-penal>. Publicado em dezembro de 2006. Acesso em 28 de fevereiro de 2011.

PEREIRA, Pedro H. S. A lesão corporal em violência doméstica e o instituto da representação. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29138>. Acesso em 10 de março de 2011.