

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

SEBASTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO

MARIA AUXILIADORA DE ALMEIDA MINAHIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Matheus Felipe de Castro; Sebastian Borges de A. Mello; Maria Auxiliadora de Almeida Minahim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-603-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

O XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, teve a apresentação dos trabalhos pertinentes ao grupo temático DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I no dia 14 de junho, no turno da tarde.

Durante mais de 4 horas de atividades foram apresentados e debatidos diversos trabalhos, com uma pauta que discutiu questões atuais e relevantes para o Direito Penal Contemporâneo, sobretudo com um viés crítico e contemporâneo.

A atualidade dos trabalhos pode ser vista em temáticas como audiência de custódia, monitoramento eletrônico e questões relativas à justiça restaurativa.

Também merece destaque a abordagem própria de um Direito Penal da pós-modernidade, em que crise da legalidade, ativismo judicial, crimes de perigo abstrato, incertezas sobre a ideia de bem jurídico, bem como questões que implicam Direito Penal e moralidade mostram que o grupo está conectado com as principais questões que envolvem as relações entre Direito penal e Constituição, em que a ideia de segurança jurídica, tão cara nas origens do Direito Penal ciência, vai se relativizando e gerando situações de insegurança no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

O Direito Penal Econômico também se fez presente, com abordagens sobre lavagem de dinheiro, bem como no campo do Direito Penal Tributário. Há também trabalhos de estudos de caso sobre condições penitenciárias, e abordagens críticas sobre violência doméstica e racismo.

Ainda que haja uma multiplicidade temática, as relações com a Constituição e a preocupação com um Direito Penal democrático são traços essenciais de um conjunto de apresentações que ressaltam a importância da academia e da pesquisa em direito como forma de equacionar teoria e prática.

A linha argumentativa desenvolvida traz preocupações político-criminais que reconhecem no Direito Penal um instrumento fragmentário e subsidiários, sem descurar, contudo, do desafio para a academia no sentido de trazer respostas para novas realidades e demandas sociais.

Assim, a leitura dos textos permitirá ao leitor observar o denodo com que cada autor pesquisou, bem como a relevância de cada tema e a possibilidade de que tais estudos repercutam na práxis jurídica, e que poderão decerto fomentar modificações legislativas e práticas materiais e que permitam fazer do Direito Penal e Processual Penal adequado à pauta principiológica da Constituição Federal.

Desejamos boa leitura a todos!

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC

Profa. Dra. Maria Auxiliadora De Almeida Minahim – UFBA

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AUSÊNCIA DE AQUIESCÊNCIA DO QUERELANTE PARA OFERECIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO É JUSTIÇA VINGATIVA?

ABSENCE OF ACQUISITION OF THE RELEASE FOR THE OFFERING OF PENAL TRANSACTION BY THE PUBLIC MINISTRY IS VINGATIVE JUSTICE?

Ulisses Espartacus de Souza Costa ¹
Gilson Soares Lemes Junior ²

Resumo

O estudo apresenta análise qualitativa de artigos científicos e jurisprudência sobre a importância da aquiescência pelo querelante para a aplicação da transação penal nos crimes de ação penal privada. Presente fundada divergência procedimental por parte dos representantes do Ministério Público, quando se trata da competência e possibilidade para o oferecimento do benefício ante a recusa do querelante. O direito penal não visa vingança entre as partes, medeia o caráter retributivo penal através do custos legis. No entanto, a duplicidade da atuação ministerial ante a recusa de aquiescência favorece a justiça vingativa?

Palavras-chave: Ação penal privada, Justiça vingativa, Transação penal, Princípio da igualdade e princípio da isonomia

Abstract/Resumen/Résumé

The study presents qualitative analysis of scientific articles and jurisprudence on the importance of acquiescence by the plaintiff for the application of the criminal transaction in the crimes of private criminal action. Present founded procedural divergence on the part of the representatives of the Public Prosecution, when it is the competence and possibility for the offer of the benefit before the refusal of the plaintiff. Criminal law does not aim at revenge between the parts, it mediates the criminal retributive character through the costs legis. However, does the duplicity of ministerial action before the refusal of acquiescence favor vengeful justice?

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Private criminal action, Vindictive justice, Criminal transformation, Principle of equality and principle of isonomy

¹ Advogado especialista em direito corporativo e coletivo do trabalho, mestrando de Direito Ambiental da Escola Superior de Direito Dom Helder Câmara, bolsista Fapemig.

² Advogado. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade José do Rosário Vellano. Mestrando em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara.

INTRODUÇÃO

O artigo 76 da Lei 9.099/95 dispõe que o Ministério Público, nas ações penais públicas incondicionadas e, havendo representação, nas ações penais públicas condicionadas, deve ofertar a transação penal para os acusados que não tenham condenação por sentença definitiva a pena privativa de liberdade, que não tenham utilizado do benefício nos últimos 05 (cinco) anos e que cumpram os requisitos subjetivos de boa conduta. Uma vez aceitas e cumpridas tais medidas, não haverá reincidência penal.

No entanto, a Lei é omissa quanto à hipótese de oferecimento da transação penal nos crimes processados por ação penal privada. Nesse ínterim, surgiram várias teorias e a prolação das mais diversas decisões, bem como de procedimentos distintos para aplicação ou não do benefício ao querelado, sobre as mais diversas fundamentações.

O que se verifica no presente estudo, através da análise qualitativa de artigos científicos e da jurisprudência, utilizando-se do método indutivo, é a dualidade de procedimentos que se criou. Ora o *parquet* avoca a competência nas ações penais privadas e oferta a medida despenalizadora independente de aquiescência do querelante, ora atribui-se a competência ao querelante, que não apenas deve ou não aquiescer à sua oferta.

Ademais, não existe apenas a dualidade de posicionamento referente à aquiescência do querelante, mas também no tocante à formalização da proposta. Isso porque alguns membros do Ministério Público concordam que a formulação deve partir do querelante e outros informam que o querelante deve apenas aquiescer, ficando a cargo do Promotor de Justiça a formulação da proposta.

A celeuma abordada pelo estudo gera dificuldades tanto para a promotoria, quanto para o Judiciário em equalizar uma única forma procedimental de aplicação do instituto despenalizador quando da recusa do querelante em consentir na aplicação do benefício.

O direito penal pode ser retributivo à medida do princípio da legalidade, atuando o representante do Ministério Público para garantir o equilíbrio da aplicação da lei e auxiliando o Judiciário na segurança das decisões. Contudo, a dualidade procedimental frequente nos Juizados Especiais Criminais traz insegurança jurídica sobre o alarde de se promover manejo processual com vistas à justiça vingativa.

Questionamentos sobre a quebra do princípio da igualdade e da isonomia se emergem, uma vez que se atribui ao querelante o direito de escolha sobre o modo de agir para aplicar a medida de despenalização. O equilíbrio da aplicação da Lei penal cai por terra? É mais pretenso pelo querelante a escolha pela não aplicação de medida de despenalização,

optando pelo curso natural do processo, com a conseqüente condenação do querelado? A dualidade de atuação do Ministério Público, assim como das decisões do Judiciário no tratamento do tema de aplicação da Lei, cria margens para o manejo do Estado através do processo penal com vistas à justiça promotora de vingança pessoal do querelante?

Como se percebe, o tema demonstra relevância significativa no estudo dos Juizados Especiais Criminais, sobretudo com o objetivo de se garantir segurança jurídica e tratamento igualitário aos autores de fato cujo delito é de menor potencial ofensivo, com vistas ao estabelecimento de parâmetros e alcance de aplicação da lei, garantindo a segurança jurídica, a isonomia e a igualdade pelo devido processo legal.

1 O QUE É TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal é um instituto de dupla natureza jurídica, tanto de direito penal material, quanto de direito penal processual, pois ao mesmo tempo em que compõem a lide, extingue a punibilidade do agente (SOBRANE, 2001). Sua previsão está no artigo 76 da Lei 9.099/95, senão vejamos:

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.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995).

Embora exista previsão legal no sentido de que caberá ao membro do Ministério Público analisar a possibilidade de aplicação de pena restritiva (BRASIL, 1995), trata-se, de

fato, de uma fase pré-processual, na qual caberia melhor a expressão medida penal ao invés de pena alternativa, visto que não há aplicação de pena sem o devido processo legal. (ALMEIDA, 2004). Guilherme de Souza Nucci confirma esse entendimento, afirmando que a transação penal é uma espécie de acordo anterior ao processo, vejamos:

[...] a transação envolve um acordo entre órgão acusatório, na hipótese enunciada no art. 76 da Lei 9.099/95, e autor do fato, visando à imposição de pena de multa ou restritiva de direito, imediatamente, sem a necessidade do devido processo legal, evitando-se, pois, a discussão acerca da culpa e os males trazidos, por consequência, pelo litígio na esfera criminal. (NUCCI, 2008, p. 759).

Franklin Higino explica que o instituto da transação penal surge no ordenamento jurídico, juntamente com outros institutos, com o intuito de evitar a aplicação da pena restritiva de liberdade, que deve ser a última fronteira de penalização. Segundo o autor, no universo das medidas alternativas (ou substitutivos penais) à pena privativa de liberdade, encontra-se a suspensão condicional do processo, a transação penal, a suspensão condicional da execução da pena e as penas restritivas. (CALDEIRA FILHO, 2004).

Por outro lado, a Lei 9.099/95 não deixa clara uma série de questões. O benefício da transação é obrigatório? Quem seria o titular a formular a questão? Apenas a isonomia e a igualdade são garantidores inarredáveis para a imposição do benefício? Existe longa discussão e os mais variados posicionamentos jurisprudenciais e acadêmicos sobre o tema.

1.1 Transação penal: faculdade ou obrigatoriedade do Ministério Público?

A transação penal trata-se de um direito público subjetivo do acusado ou uma faculdade do Ministério Público, haja vista a necessidade de coadunarem requisitos objetivos e subjetivos para a aplicação do instituto?

Para (NUCCI, 2008) a Lei 9.099/95 faculta ao Ministério Público, reunidas as condições do §2º do artigo 76, ofertar a medida despenalizadora da transação penal. Assim, não é obrigatório ao *parquet* propor a medida.

Por sua vez, Ada Pellegrini Grinover manifesta que o artigo 76 da Lei 9.099/95 é um comando legal, no qual o Ministério Público tem o dever de agir, não cabendo escolher sobre a possibilidade ou não de oferta. Portanto, reunidos os requisitos objetivos e subjetivos a medida deve ser proposta.

O que deve ser percebido é que não existe um consenso da doutrina. Trata-se, a bem da verdade, de uma disputa de interesses entre o Ministério Público, que é o *dominus litis* da

ação penal, e os movimentos de defesa da garantia dos acusados, que buscam a certeza do recebimento da oferta do benefício.

Entendemos que o direito penal deve ser interpretado de acordo com o princípio do *in dubio pro reo* (na dúvida, cabe sempre a melhor interpretação em favor do Réu), não havendo discricionariedade para o órgão Ministerial agir sobre interpretação autônoma da Lei. Portanto, o benefício da transação penal, uma vez reunidos os requisitos previstos no § 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95, é medida obrigatória a ser proposta pelo Ministério Público, não cabendo a sua esquiva.

Entretanto, o benefício se aplica de forma ampla, podendo ser estendido aos crimes processados por ação penal privada?

2 A AÇÃO PENAL PRIVADA E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TRANSAÇÃO PENAL

A ação penal privada é aquela que compete à vítima, através do *jus perseguendi*, pedir providências ao Estado julgador, sendo o Promotor de Justiça apenas o fiscal da lei, apto e pronto a evitar a vingança pessoal do ofendido. Além da reparação material, visa também a punição Estatal do desviante que deve ser medida e aplicável de maneira proporcional a cominação legal. (PEDROSA, 2008).

A ação penal privada, de competência da vítima, é impulsionada por queixa crime, através de advogado particular, ou pela Defensoria Pública, nos casos de vítimas comprovadamente hipossuficientes. O estudo proposto se volta à ação penal privada, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, ou seja, nos crimes de menor potencial ofensivo e as possibilidades de aplicação do benefício da transação penal sem que produza os efeitos da reincidência, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95.

Outrora o *jus puniendi*, direito de punir pelo Estado, era rígido, indissolúvel. Entretanto, após a proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os promotores ganharam novo status de fiscalizadores da lei, garantindo o equilíbrio, equidade e justiça. Assim, é facultada a qualquer tempo a sua intervenção no processo que se instaura mediante a ação penal privada.

Com a redação da Lei 9.099/95, efetivou-se o artigo 98 da Constituição do Brasil, aliviando a atuação do Estado nos crimes de menor potencial ofensivo. (SALIBA, 2005). Note-se que há um afastamento da atuação incisiva do Estado em tais fatos. Atribuindo o *jus*

persequendi à vítima, não desincumbindo a postulação por advogado ou defensor público, não há fratura do *jus postulandi*.

Assim, não só o Promotor de Justiça é o garantidor do impulso oficial do Estado, mas também um dos responsáveis pela correta aplicação da Lei, sem excessos que possam trazer prejuízo para qualquer das partes. Titular da ação penal pública condicionada e incondicionada, além de fiscal da ação penal privada, com função essencial a justiça, podendo, ainda, aditar a queixa crime. (NUCCI, 2009).

Conforme (PEDROSA, 2008), existe fundada divergência sobre a possibilidade ou não de aplicação da transação penal na ação penal privada, sendo que parte da doutrina, como (CEZAR ROBERTO, 1996), (DAMÁSIO, 1996) e (SMANIO POGGIO, 1997), são totalmente contrários a tal possibilidade, por ser um instituto conferido por Lei ao Ministério Público nas ações penais públicas.

Por outro lado, parcela dos representantes do Ministério Público acredita que podem propor o benefício para os autores do fato que reúnem a primariedade, que não indicarem antecedentes criminais, além de possuírem boa conduta social e personalidade compatível com o ideário comum, ainda que em sede de ação penal privada. Parte da doutrina concorda com esse posicionamento, como (ADA PELEGRINE, 2002), (GARCIA, 1996) e (TOURINHO, 2011).

Este último entendimento surge diante da mitigação do *jus puniendi* (necessidade de medidas despenalizadoras), da celeridade procedimental e principalmente das informalidades no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Ademais, as aplicações dos princípios da igualdade e da isonomia contribuíram para a possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores aos crimes de menor potencial ofensivo processados por ação penal privada.

No mesmo viés estabelece o enunciado 112 do FONAJE, que substituiu o enunciado 90, ora vejamos:

ENUNCIADO 112 (SUSSTITUI O ENUNCIADO 90) – Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo mediante proposta do Ministério Público. (XXVII FONAJE – Palmas/TO).

Em mesmo sentido encontra-se Egrégio STJ, ora vejamos:

STJ (HC 13337/RJ julgado em 15/05/2001): 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). (BRASIL, 2001).

Alguns autores vão além e reafirmam o posicionamento de que seria possível o representante do Ministério Público ofertar a transação penal, independente da concordância ou não do querelante, assumindo o Ministério Público a titularidade da ação penal privada, processando-a como ação penal condicionada à representação, interpretando a queixa crime como uma forma de representação (SMANIO, 1997). Na mesma senda, o Superior Tribunal de Justiça, confirmando decisão do Estado de São Paulo, se posicionou que, independente de concordância do querelante é possível à aplicação da transação penal pelo Ministério Público:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME CONTRA A HONRA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1. A Terceira Seção desta Egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, **preenchidos os requisitos autorizadores**, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada. 2. Em sendo assim, por se tratar de crime de injúria, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76, da Lei n.º 9.099/95, ser oferecido ao Paciente o benefício da transação penal. 3. Ordem concedida. (BRASIL, 2004).

Vários questionamentos surgiram com as mais complexas argumentações, pois grande parte dos representantes do Ministério Público espalhados pelos Juizados Especiais pátrios não ofertam a transação penal quando o querelante não aquiesce pela propositura do benefício. A fundamentação é a necessidade de expresso consentimento daquele em aplicar a medida despenalizadora.

Os promotores aduzem que há singular divergência entre os procedimentos da ação penal privada, que se processa mediante queixa crime, e a representação, requisito previsto em crimes de ação penal condicionada, pois enquanto aquela é medida de legitimação extraordinária conferida pelo Estado à parte, essa é uma condição de procedibilidade da ação penal.

Diante disso, passemos ao próximo tópico para analisarmos as diferenças basilares entre a queixa crime e a representação, para que possamos concluir pela possibilidade ou não do oferecimento de transação penal pelo Ministério Público sem a anuência do querelante.

2.1 Da Queixa Crime à Representação

Na ação penal privada, o Estado atribui à vítima o status de substituto processual, conferindo poderes especiais para o *jus perseguendi*, trata-se de legitimação extraordinária. Nesse caso específico, o bem tutelado diz respeito apenas ao ofendido, não atingindo esfera de prejuízo de extrema relevância ao Estado. A gravidade, ainda que se tenha repúdio social

pela conduta delituosa é conferida a esfera de revolta do ofendido, atribuindo-se o pedido de providência única e exclusivamente à parte. (NUCCI, 2009).

Como a titularidade da ação é conferida à vítima ou ao seu representante legal, cabe o exercício da ação mediante a propositura da queixa crime, com todas as suas particularidades. O aviamento da peça inauguradora da ação penal privada permite ao querelante pedir a condenação do querelado, e lhe faculta, a qualquer tempo, desistir da ação, conceder perdão ou até mesmo realizar composição civil. Não cabe ao querelante transacionar sobre o direito extraordinário da legitimação cedida pelo Estado. (BARBOSA, 2007).

A previsão legal da ação penal privada decorre da observância dos artigos 30 do Código de Processo Penal, cumulado com o artigo 100, § 2º do Código Penal, que confere o direito à vítima, estendendo tão somente aos sucessores do ofendido o direito de providências. Deve se enaltecer os termos do artigo 44 do Código de Processo Penal que estabelece as particularidades do mandato que confere os poderes especiais para o Advogado ou Defensor Público representar o ofendido. (Brasil, 1941).

Por outro lado, na representação, a ação é pública e de titularidade do Estado, processando-se mediante denúncia. Assim, apenas há necessidade de observar como pré-requisito a simples manifestação da vítima ou de seu representante legal, com pedido de providências pelo Estado. Não há transferência de legitimação do *jus persecuendi*, a natureza da ação é pública desde seu nascedouro, além da necessidade de intervenção do Estado, devido à valoração da tutela defendida. (BARBOSA, 2007).

RESP - REPRESENTAÇÃO DA OFENDIDA - FORMA ESPECÍFICA – RIGOR DESNECESSÁRIO. - A representação não exige forma específica, bastando que o ofendido ou seu representante legal manifeste o desejo inequívoco de que se instaure contra o autor do crime o procedimento criminal. O boletim de ocorrência, bem como a submissão da vítima a exame pericial revelam-se suficientes a demonstrar a intenção de responsabilizar o criminoso. - Recurso provido para que seja recebida a denúncia. – A representação exigida pela Lei 9099/95 não tem forma sacramental. Basta o ofendido, de qualquer modo, evidenciar o "animus" de movimentar a ação penal. (BRASIL, 1998).

Ocorre que o Estado conferiu à parte na ação penal privada a possibilidade de dispor do direito; não dar sequência ao processo; perdoar o ofensor; buscar uma condenação (através da queixa crime); bem como de realizar a composição civil. Assim, por que não seria razoável exigir o seu consentimento para a aplicação da transação penal pelo Ministério Público? (NUCCI, 2009). Nesse sentido, concordamos com o posicionamento de que é indispensável à aquiescência do querelante para o oferecimento do referido benefício ao querelado.

Entretanto, a aquiescência do querelante à oferta do Ministério Público só faz sentido a partir do pressuposto de que a titularidade do oferecimento da proposta seja de

responsabilidade da promotoria. Porém, conforme veremos no próximo item, existe divergência na verificação acerca da competência pela oferta do benefício.

3 DA POSSIBILIDADE DO QUERELANTE OFERECER A TRANSAÇÃO PENAL

O posicionamento dos Tribunais, bem como a atuação dos membros do Ministério Público na interpretação da legislação se colocam favoráveis à possibilidade de aplicação da transação penal nos crimes de ação penal privada. Ademais, código penal, em seu artigo 105, e o código de processo penal, no artigo 51, estabelece que o querelante pode perdoar o acusado e extinguir o processo. Logo, baseando na legislação complementar à Lei 9.099/95, o querelante pode, pelo menos, transacionar, aquiescendo com o benefício despenalizador da transação penal. (PEDROSA, 2008), (TOURINHO, 2011).

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência se comportam disforme pela titularidade da propositura. O entendimento varia quanto ao comportamento que deve ser adotado pelo Ministério Público, sendo que este atua ora por avocar e ora por não avocar a competência para o oferecimento da transação penal nas ações penais privadas.

Para Ada Pelgrine, é perfeitamente possível a extensão da formulação da proposta de transação penal pelo acusador, ainda que esse seja privado, ora vejamos:

No entanto, permitir ao Ministério Público ou ao acusador privado que deixe de formular a proposta de transação penal, na hipótese de presença dos requisitos do § 2º do art. 76, poderia redundar em odiosa discriminação, a ferir o princípio da isonomia e a reaproximar a atuação do acusador que assim se pautasse ao princípio de oportunidade pura, que não foi acolhido pela lei. Pensamos, portanto, que o “poderá” em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2º do dispositivo. (GRINOVER et al, 2000, p. 140).

No entanto, os Tribunais têm provido as manifestações do Ministério Público em casos que há a recusa por sua parte para o ofertamento da transação penal, pelo simples fato da ação penal ser privada e não ser possível a formulação da proposta pelo querelante, pois assim ou o querelante desiste ou prossegue com o processo.

Os tribunais mantém a decisão de não oferta do benefício pelo querelado, por não se tratar de uma faculdade, mas sim de previsão que decorre de Lei, que cabe apenas ao Ministério Público.

Inadmissível é a aplicação da transação em ação penal privada sem a aquiescência do querelante. Correta a recusa do Ministério Público em fazer a proposta, por não ser o titular da

ação e inadmissível que o Juiz o faça de ofício, notadamente se o querelante não aceita a conciliação.

Contrário a esse posicionamento, ante a dúbia manifestação dos Promotores de Justiça, os Juizados Especiais Criminais também se posicionam pela prescindibilidade da concordância por parte do querelante na oferta do benefício despenalizador pelo Ministério Público. Baseando-se que é direito do querelado o oferecimento da transação penal. Ora vejamos:

A Lei 9099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (BRASIL, 2004)

Em mesmo sentido encontra-se a Turma Recursal de Belo Horizonte:

É possível a transação penal privada, se o autor do fato satisfaz os requisitos legais. A transação penal é instituto inovador e que deve ser prestigiado pelo Judiciário independentemente da legitimidade ativa para a ação ou a sua titularidade ou da vontade do querelante ou do Ministério Público. (BRASIL, 1998).

O Processo Penal não pode ser encarado como mero instrumento de aplicação do direito material, no qual as regras devem ser cumpridas sem qualquer oposição ou questionamentos pelos atores jurídicos, mas, antes de tudo, precisa atender a sua destinação maior de instrumentação para a afetiva e justa solução dos dramas sociais.

Logo, é possível que o querelante consinta com a oferta pelo Ministério Público pela medida despenalizadora dando fim a lide na fase pré-processual. No entanto, o que acontece quando o querelante podendo consentir no oferecimento da transação penal não a faz? Fratura o direito público subjetivo do querelado? Há objeção ao princípio da Isonomia e da Igualdade com vistas a garantir segurança jurídica na aplicação das decisões? O representante do Ministério Público pode conferir para si a titularidade e propor a benefício sem concordância do querelante?

4 DA SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA IGUALDADE NA AUSÊNCIA DE PROPOSTA DA TRANSAÇÃO PENAL NOS CRIMES DE AÇÃO PENAL PRIVADA MEDIANTE A RECUSA DO QUERELANTE

O poder instituído ao Ministério Público para oferecimento da transação penal decorre de Lei, não sendo extensivos para formulação da proposta pelo querelante. Entretanto,

como resguardar a isonomia das partes e a igualdade, ante o poder de manifestação do querelante em não aquiescer com a oferta do benefício despenalizador?

A trama é mais complexa do que se apresenta. Devida à ação penal privada ser de legitimação extraordinária, necessário seria a concordância expressa por parte do querelante na oferta do benefício, sob a aplicação dos efeitos da nulidade do ato, caso o Ministério Público proponha. (PEDROSA, 2007).

Logo, o caminho para o querelado é o enfrentamento do processo, produzindo provas para se defender, pois, em contrapartida, o querelante poderá perdoar o querelado até o momento anterior a prolação da sentença, ou realizar composição civil. Caso insista na tramitação regular do processo, ainda poderá ser responsabilizado se não provar os fatos alegados, incorrendo no ônus da prova.

Para Tourinho, a vedação da transação penal pelo querelante é medida odiosa, que quebra o princípio da isonomia, o que acarreta a manutenção da justiça vingativa, o manejo do Estado através da ação penal privada promovendo aplicação de medidas desiguais a crimes de menor potencial ofensivo, tratando iguais de maneira desigual.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, assegura que nenhuma lesão ou ameaça ao direito escapará ao crivo do judiciário, o direito público subjetivo do réu assegura o direito a proposta de transação penal, ainda que o querelante não aquiescesse. (GRINOVER, 2000). No entanto, essa nada mais é que uma regra geral que não detém força quanto à especialidade do Decreto-lei 2.848/40, qual seja o código penal brasileiro que determina a forma de processamento do delito frente ao Estado.

Os princípios da isonomia e da igualdade são basilares à constituição do ordenamento pátrio, devendo orientar as normas. No entanto, a Lei 9.099/95 não foi omissa quanto à possibilidade da oferta do benefício nos crimes que se processam mediante a ação penal privada. Isso porque existem mais institutos previstos na legislação infraconstitucional geral que foram determinantes para a redação da Lei dos Juizados Especiais Estaduais, não carecendo de interpretação, como no caso da representação e da queixa-crime.

O fato da não aquiescência do querelante, impossibilitando o oferecimento da medida despenalizadora da transação penal pelo Ministério Público, leva a correta aplicação da sistemática prevista na legislação pátria. O respeito ao devido processo legal garante, portanto, a prevalência da isonomia e da igualdade.

CONCLUSÃO

Pela verificação qualitativa dos artigos científicos, da jurisprudência, dos institutos penais e da doutrina, em contraponto com a Lei 9.099/95, conclui-se que a transação penal é um instituto de natureza jurídica dupla, tanto de direito material, quanto de direito processual, sendo que sua previsão está no artigo 76 da Lei 9.099/95.

Apesar de não haver posicionamento pacífico na doutrina e na jurisprudência, entende-se que o benefício da transação penal, reunidos os requisitos previstos no § 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95, não é uma faculdade para o Ministério Público, devendo ser ofertado. Isso porque o direito penal deve ser interpretado de acordo com o melhor interesse do réu, além de se uma atribuição determinada por Lei ao Ministério Público.

Ademais, acredita-se que não é possível o ofertamento do benefício despenalizador da transação penal pelo Ministério Público nas ações penais privadas sem que o querelante aquiesça com a sua oferta. O fato do legislador não ter previsto a possibilidade do oferecimento da transação penal na ação penal privada na Lei 9.099/95, não decorreu de omissão ou mero esquecimento, mas sim da particularidade da tutela dos crimes que se processam mediante ação penal privada, bem como pela peculiaridade dos requisitos próprios concernentes à queixa crime, previstos pela legitimação extraordinária do *jus persequendi*.

O poder conferido ao Ministério Público, no dever de propor a transação penal nos crimes de ação penal pública, decorre da Lei, não cabendo discricionariedade na concessão deste à parte. De outro lado, nas ações penais privadas é plenamente possível a aquiescência ou não do querelante na propositura da transação penal para o querelado, não cabendo prorrogação da competência para o Ministério Público caso o querelante não aquiesça.

Não há quebra da isonomia, muito menos do princípio da igualdade, mas o exercício puro e simples do princípio da legalidade, pois é a Lei de direito material penal que define a legitimação extraordinária dos crimes que se processam mediante a ação penal privada. O código Penal é claro ao determinar o modo de processamento do crime, não cabendo discussão sobre a natureza da ação penal.

A Lei 9.099/95 não revogou a particularidade dos crimes privados, não reduziu essa à representação. Assim, aceitar que o Ministério Público ofereça a transação penal sem a aquiescência do querelante é reformar a legitimação extraordinária transformando a ação penal privada em ação penal pública condicionada à representação. E em momento algum foi essa a vontade do legislador.

O princípio da isonomia é respeitado quando há o respeito às formalidades prevista na Lei, pois garante o mesmo tratamento a aqueles que cometeram crimes da mesma natureza, cabendo o perdão ao foro íntimo da vítima. Na mesma senda caminha a igualdade que garante

a mesma aplicação legal aos atores sem qualquer distinção ou favorecimento prevalecendo à supremacia da Lei.

A jurisprudência, embalada pela celeridade, informalidade e, principalmente, pela omissão ao respeito pela aplicação correta dos institutos penais, mormente pela peculiaridade da legitimação extraordinária, não pode tratar diferentes como iguais. Assim, fratura a isonomia e a igualdade quando não coíbe a proposta de aplicação da transação penal sem a aquiescência expressa do querelante.

Verifica-se que as decisões que concedem que a transação penal seja proposta pelo Ministério Público sem aquiescência do querelante são míopes, decisões movidas pela celeridade não eficiente na real análise dos institutos penais. Alteram e revogam as determinações do código penal ao total arrepio da lei criando insegurança jurídica das decisões do judiciário.

Portanto, não concordar com a propositura da transação penal pelo ministério público não é usar o processo como meio de vingança, e sim o exercício da legitimação extraordinária conferida à vítima que não deseja perdoar seu ofensor.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luíza Helena. **Transação penal**: pena sem processo. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1597/Transacao-penal-pena-sem-processo>> acesso em 02 fev. 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 47, p. 97-110, 2001.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.

BARBOSA, Edno Luciano. **Da Ação Penal**. v. 24, p. 3, 2007 <http://www.cesuc.br/brevistaed-2DA_ACAO_PENAL.pdf> Acesso em 04 de fev. de 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Enunciados Criminais do FONAJE**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais>> Acesso em 22 mar 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 de fev. de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 06 Fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 13337/RJ. Relator: Felix Fischer, 15 de maio de 2001, **Diário de Justiça Eletrônico**, 13 de agosto de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=200000499579&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento=&formato=PDF> acesso em 22 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 2003/0164949-0. Relatora: Laurita Vaz, 09 de março de 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, 05 de abril de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=892559&num_registro=200301649490&data=20030912&formato=PDF>. Acesso em 23 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 7706/SP. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro, 06 de agosto de 1998. **Diário de Justiça da União D.J.U.**, 08 de setembro de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800398473&dt_publicacao=08-09-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF> acesso em 22 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Confl. Comp. 30164/MG. Relator: Min. Gilson Dipp, 13 de dezembro de 2001. **Diário de Justiça Eletrônico**, 04 de março de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=103279&num_registro=200000781878&data=20020304&formato=PDF> acesso em 22 mar 2018.

CALDEIRA FILHO, Franklin Higino. Penas Restritivas de Direitos: Aplicação na Comarca de Belo Horizonte da Fundação Movimento Direito e cidadania. **Revista Veredas do Direito**, v. 01, n. 03, p. 147-159. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/139>>. Acesso em: 03 Fev. 2018.

COOPER, David. **Psiquiatria e Antipsiquiatria**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1989.

COYLE, Andrew. **Alternatives to Imprisonment**. Londres: EAI, 1999.

COUNCIL OF EUROPE. **Annual Penal Statistics** – 2006. Strasbourg: University of Lausanne, 2007.

- DE SOUZA, W. W. (s. D.). **Teoria Geral do Processo**. Disponível em:<<http://www.domtotal.com/direito/página/detalhe/23784/teoria-geral-do-processo>>. Acesso em: 10 fev. 2018.
- GUIMARÃES, A. S. A. (1998). **Preconceito e discriminação**. São Paulo: FUSP; Ed. 34.
- GUIMARÃES, A. S. A. (1999). **Racismo e anti-racismo no Brasil**. São Paulo: Ed. 34.
- GUIMARÃES, A. S. A. & Huntley, L. (2000). **Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra.
- GUIMARÃES, A. S. A. (2002). **Classes, raças e democracia**. São Paulo: Ed. 34.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 3. ed. rev. e atual., 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 142-143.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Hacia una Visión Compleja de los Derechos Humanos**. in El Vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- JESUS, Damásio de. **Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada**. São Paulo. Saraiva. 7ª ed. 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 737 - 787.
- NUCCI, Guilherme de Souza; BRASIL. **Código de processo penal comentado**. Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. Ofendido pode propor transação penal. **Revista da ESMESC/Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis: ESMESC, ano, v. 8, 2008.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? **Justiça restaurativa**, p. 19, 2005.
- REALE JUNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. Descumprimento da transação penal e detração. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, 2005.<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12388-12389-1-PB.pdf>> acesso em 10 fev. 2018.
- SANTOS, André Leonardo Copetti. É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?. **Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 11, n. 16, 2011, pp. 255-286.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba, ICPC/Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. “**Punir menos, punir melhor**”: discursos sobre crime e punição na produção de alternativas à prisão no Brasil. Dissertação de Mestrado, Ciências Criminais, PUCRS, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal (a Nova Parte Geral)**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **Do Crescimento do Direito Penal: medições, análises e a interseção entre ciência e política no processo de reforma legislativa**. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2008.

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

_____. (2005), “**Igualdade à brasileira: Cidadania como instituto jurídico no Brasil**”. Em: AMORIM, Maria Stella DE; KANT DE LIMA, Roberto; CORRÊA, Cláudia Franco [e] MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Ensaios sobre a igualdade jurídica. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

TOLEDO, Francisco de Assis. (1994), **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo, Saraiva.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.