



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

GUSTAVO HENRIQUE SILVA

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL  
DE INICIATIVA PRIVADA**

São João del-Rei

2015

GUSTAVO HENRIQUE SILVA

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL  
DE INICIATIVA PRIVADA**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado, sob a orientação do prof. Msc. Gian Miller Brandão.

São João del-Rei

2015

GUSTAVO HENRIQUE SILVA

**O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL  
DE INICIATIVA PRIVADA**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Msc. Gian Miller Brandão

---

Prof. Dra. Carla Leila Oliveira Campos

---

Prof. Esp. Paulo Cesar Oliveira do Carmo

A Deus, pai todo poderoso, que por sua imensa bondade e inúmeras gratidões, mostrai-nos diariamente o caminho do senhor.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus amados e inspiradores pais, Ananias e Roselia, por me ensinarem o gosto pela conquista diária, com fé viva na vida, demonstrando que, por vezes, em pura e sábia intuição, é preciso amar as pessoas como se não houvesse, realmente o amanhã.

A todos os meus amigos que de forma direta e indireta contribuíram para esse momento ímpar em minha vida.

Aos professores pela disseminação do saber, pela vontade de querer nos fazer pessoas melhores, pelo profissionalismo atinente a cada um deles.

Ao meu orientador, Prof. Msc. Gian Miller Brandão, exemplo incontestável de capacidade intelectual e pessoa de índole fantástica, pela capacidade de me ajudar a fazer este trabalho com uma orientação segura e precisa.

## RESUMO

A presente monografia aborda as divergências existentes acerca da possibilidade ou não da aplicação do instituto da transação penal, previsto pela Lei nº 9.099/95, na ação penal de iniciativa privada, enfocando os fundamentos sobre os quais se estruturam cada um dos entendimentos, a fim de verificar qual deles retrata melhor os objetivos da aludida medida despenalizadora. A pesquisa inicia-se com uma breve análise da ação penal no cenário jurídico, abrangendo sua previsão constitucional, princípios norteadores, especificamente, primando por suas espécies na ação penal privada. Posteriormente, aborda os aspectos gerais da transação penal, quais sejam, o conceito, requisitos, proposta, aceitação, natureza jurídica e sentença. Ao final, apesar da omissão legal a respeito da possibilidade de se aplicar a transação penal nessa espécie de ação, com amparo nos princípios e objetivos da Lei dos Juizados Especiais, fica demonstrada tal possibilidade, defendendo-se que o Ministério Público, apesar de não ser o titular da ação, é quem deve oferecer a proposta de transação ao acusado de um crime de menor potencial ofensivo perseguido por ações penais de iniciativa privada.

**Palavras-chave:** Ação penal privada; omissão legislativa; transação penal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. AÇÃO PENAL.....	9
1.1 Breve histórico.....	9
1.1.1 Conceito de Ação Penal.....	10
1.2 Espécies de Ação Penal.....	12
1.2.1 Ação penal pública incondicionada.....	12
1.2.2 Ação penal pública condicionada.....	13
1.2.3 Ação Penal Privada.....	13
1.4 Princípios Norteadores da Ação Penal Privada.....	14
1.4.1 Princípio da Oportunidade ou da Conveniência.....	14
1.4.2 Princípio da Disponibilidade.....	14
1.4.3 Princípio da Indivisibilidade.....	15
1.4.4 Princípio da Intranscendência.....	16
1.5 Espécies de Ação Penal Privada.....	17
1.5.1 Ação Penal Privada exclusiva.....	17
1.5.2 Ação Penal Privada Personalíssima.....	18
1.5.3 Ação Penal Privada Subsidiária da Pública.....	18
2. ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL.....	20
2.1 Conceito.....	20
2.2 A Mitigação do princípio da obrigatoriedade.....	21
2.3 Requisitos.....	22
2.4 Proposta.....	24
2.4.1 Aceitação.....	25
2.4.2 Natureza Jurídica.....	26
2.5 Sentença.....	28
2.6 Efeitos da sentença homologatória.....	28
2.7 Recurso.....	29
3 TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PRIVADA.....	31
3.1 Da Impossibilidade da Transação Penal.....	31
3.2 Da Possibilidade de Oferta da Transação Penal nas Ações Penais Privadas.....	33
3.3 Titularidade da Proposta.....	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	40
REFERÊNCIAS.....	43

## INTRODUÇÃO

A inserção do instituto da transação penal como medida despenalizadora, no cenário jurídico brasileiro, sem sombra de dúvida, foi uma das grandes inovações legislativas que ocorreu nos últimos tempos, a fim de aperfeiçoar a tutela jurisdicional do Estado. Com respaldo na Constituição Federal, em artigo 98, inciso I, foi criada a Lei nº 9.099/95 que inseriu esse novo modelo de solução de conflitos no ordenamento jurídico, a fim de proporcionar uma resposta mais célere e desburocratizada aos litigantes de infrações de menor potencial ofensivo.

Infelizmente, a Lei dos Juizados Especiais Criminais deixou várias lacunas que ensejaram divergências tanto doutrinária quanto jurisprudencial acerca da aplicação de algumas disposições previstas em seu texto, especialmente na possibilidade ou não da transação penal nas ações penais de iniciativa privada, assim como a titularidade para a proposta.

O escopo do presente trabalho é explorar essas divergências, bem como compreender o real significado do instituto da transação penal, diante dos crimes de menor potencialidade lesiva perseguidos mediante queixa-crime. Para tanto, fez-se uma análise precípua da Lei 9.099/95, do benefício da transação penal e das posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do assunto.

Em um primeiro momento, procurou-se tecer comentários, ainda que breves, sobre o instituto da Ação Penal, cobijando seus requisitos necessários e condicionantes ao seu exercício, assim como, a titularidade do direito de ação nas suas subdivisões, dando-se enfoque aos princípios atinentes à ação penal privada, substanciando a concepção de um cenário profícuo ao objeto da pesquisa.

No capítulo seguinte, abordou-se os aspectos gerais do instituto da transação penal à luz da Lei 9.099/95, consolidando-se, inicialmente, no seu conceito e suas peculiaridades, debruçando, por conseguinte, sobre doutrina e suas vertentes acerca do tema em estudo e seus possíveis impedimentos frente à propositura desse benefício ao autor do delito, enfatizando, por oportuno, a natureza jurídica do benefício supracitado.

Em remate, no terceiro capítulo, entra-se na celeuma principal do presente estudo, dissecando sobre a viabilidade ou não da aplicação da transação penal nas ações penais de iniciativa privada, averiguando-se, por conseguinte os paradigmas existentes quanto à titularidade da proposta nos crimes procedentes mediante queixa-crime.

Em síntese, o alicerce do presente trabalho pautou-se na problemática supraexposta, almejando auferir um ponto de paridade entre as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais dentro do direito brasileiro, quando da aceitabilidade e possibilidade da transação penal nas ações penais de iniciativa privada.

## 1. AÇÃO PENAL

Neste primeiro capítulo, abordar-se-á o instituto da Ação Penal frente ao ordenamento jurídico pátrio, analisando os requisitos necessários e condicionantes ao seu exercício. Será analisada a titularidade do direito de ação nas suas subdivisões, cobiçando, dessa forma, a concepção de um cenário profícuo ao objeto da pesquisa.

### 1.1 Breve histórico da ação penal

A ação penal, no Brasil, segundo Homero (1950, p. 51 *apud* BRANDÃO, 1998, p. 240) foi normatizada em 1830, com a promulgação do Código de Processo e manifestava-se sob duas vertentes: a primeira era a queixa, a qual só competia ao ofendido, seu pai, sua mãe e cônjuge; a segunda espécie era a denúncia, que cabia ao Ministério Público ou a qualquer do povo.

Com o advento do Código Penal Republicano de 1890, manteve-se a ação penal sob as espécies de denúncia e queixa, consoante o artigo 407, que dispunha:

Haverá lugar a ação penal:

§ 1º Por queixa da parte ofendida, ou de quem tiver qualidade para representa-la.

§ 2º Por denúncia do ministério público, em todos os crimes e contravenções.

Excetuam-se:

1º, os crimes de furto e dano, não tendo havido prisão em flagrante;

2º, os crimes de violência carnal, rapto, adultério, parto suposto, calúnia e injúria, em que somente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274.

§ 3º Mediante procedimento *ex officio* nos crimes inafiançáveis, quando não for apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Atualmente, a Constituição Federal vigente trouxe a possibilidade de sua realização no artigo 5º, XXXV, discorrendo que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Por este dispositivo, a Constituição garante o acesso à Justiça a todos aqueles que se sentirem lesados, ou prejudicados, por condutas praticadas por outros ou pelo próprio Estado, tendo o atual Código Penal recepcionado, em seu artigo 100, as subdivisões da ação penal.

### 1.1.1 Conceito de Ação Penal

Impende assinalar a princípio que, ao longo da história, o Estado a fim de pacificar os conflitos atinentes à sociedade, trouxe para si o arcabouço do *jus puniendi*, buscando solucionar as lides envolvendo os indivíduos de uma sociedade, aplicando sobremodo o Direito no caso concreto.

Na contemporaneidade podemos dizer que a ação penal trata-se de um direito subjetivo público, ou seja, pode ser exercido por qualquer pessoa a fim de solucionar seu litígio diante de um estado democrático de direito.

A respeito de tal conceito disserta Nestor Távora (2013, p. 155):

Ação Penal é um direito público subjetivo exercitável pela parte para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo a pretensão de quem o exerce, é por isso abstrato e ainda autônomo, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, é finalmente instrumental, porque se refere sempre a decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).

Como se depreende, a ação é a base de todo o Processo Penal, pois é por meio dela que a relação jurídica processual penal pode adquirir existência e, conseqüentemente, verifica-se se procede ou não, nos termos do artigo 395, II, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>.

As condições da ação previstas nesse artigo, trata das condições de ação genéricas, sendo a justa causa trabalhada de forma autônoma no inciso III, por ser considerada condição especial para o exercício da ação penal, a qual será brevemente estudada.

Inicialmente, a possibilidade jurídica do pedido exige que a providência requerida pelo demandante seja admitida pelo direito objetivo, ou seja, o pedido tem que ser possível, em tese com respaldo legal. Nesse sentido, se não há proibição legal, há possibilidade jurídica do pedido.

José Barcelos de Souza (1995, p. 60) *apud* greco,(2010, p. 655), em suas precisas lições, assinala que:

O Pedido juridicamente impossível é, pois, o pedido insuscetível de si mesmo, por sua própria natureza, de ser julgado pelo Poder Judiciário, por ser a este vedado fazê-lo. Não o é, pois, simplesmente o pedido que

<sup>1</sup> Art. 395. A denúncia ou a queixa será rejeitada quando:

[...]

II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

desmereça sentença favorável, ou aquele manifestamente improcedente. Nem tampouco o que não encontra amparo no direito material. É pedido que sequer, poderia ser examinado em sentença de mérito, Por isso mesmo, não seria exato julgá-lo improcedente. Ao Juiz cabe, portanto, não tomar conhecimento dele, pelo que deverá indeferir a inicial ou, não o fazendo, posteriormente declarar extinto o processo, sem apreciação do mérito.

Já o interesse de agir, segundo Távora (2013, p. 157), materializa-se no trinômio necessidade, adequação e utilidade, devendo haver necessidade para bater às portas do judiciário no intuito de solver a demanda através do meio adequado, e este provimento deve ter o condão de trazer algo de relevo útil ao autor.

Em seguimento, quanto à legitimidade das partes, Mirabete (2004, p.111) esclarece que a ação só pode ser proposta por quem é titular do interesse que se quer realizar e contra aquele cujo interesse deve ficar subordinado ao do autor.

Nesse sentido, assevera Jardim (2005, p. 94):

O exame de legitimidade, como o de qualquer das “condições da ação”, tem de ser feito com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a *res in iudicium deducta*. O que significa que o órgão judicial ao apreciar a legitimidade das partes, considerada tal relação jurídica *in statu assertionis*, ou seja, à vista do que afirmou, deixando para ocasião de mérito a respectiva apuração, ante os elementos de convicção ministrados pela atividade instrutória.

Por derradeiro, na *Justa Causa*, a ação só pode ser validamente exercida se a parte autora mostrar na inicial um mínimo probatório que indique os indícios de autoria e prova de materialidade delitiva, e da constatação da ocorrência de infração penal em tese.

Nos dizeres de Moraes (2004, p. 82),

Torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública.

Assim, impõe-se que a denúncia ou queixa venha acompanhada do inquérito ou das peças de informação, conforme se depreende dos artigos 39,§5º, e 46, §1º, todos do Código de Processo Penal.

Passadas as condições genéricas, existem ainda as condições específicas.

Exemplificadamente temos a representação da vítima ou a requisição do Ministro da Justiça, que são cabíveis nas infrações penais públicas condicionadas a representação, que sem as quais o direito de ação não pode ser exercido, também são conhecidas no seio jurídico como condições de procedibilidade.

Outro exemplo, ao teor do artigo 236 do CP, temos a sentença anulatória do casamento, no crime de induzimento a erro ao matrimônio, a qual se trata de ação penal personalíssima e causa objetiva de punibilidade.

Outrossim, segundo Távora (2013, p. 161), a declaração da procedência da acusação pela Câmara dos Deputados, no que tange ao julgamento do Presidente da República, é elemento objetivo como condição de punibilidade.

## **1.2 Espécies de Ação Penal**

Existem em nossa legislação processual penal duas espécies de ação penal, a pública e a privada. A regra prevista no artigo 100 do Código Penal diz que toda ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Nesse sentido, a ação penal pública se subdivide em ação penal pública incondicionada e condicionada a representação, sendo o Ministério Público o seu titular. Já na ação penal privada, em que o titular é o ofendido, o próprio dispositivo legal mencionará expressamente a forma de procedibilidade, ou seja, mediante queixa crime.

Como se depreende, a regra é de que toda ação penal será pública, sendo que a exceção se manifesta na ação penal privada. Nessa perspectiva, passaremos a uma análise sucinta quanto à regra e nos deteremos na exceção, que é objetivo inarredável deste estudo.

### **1.2.1 Ação penal pública incondicionada**

Sendo a regra em nosso ordenamento, a ação penal pública incondicionada é aquela titularizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. A parte inicial do *caput* do artigo 24, do CPP, assevera que nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, ao passo que o §2º, do mesmo artigo, reza que seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública.

Nesse aspecto, destaca-se o fato de não existir qualquer condição que impossibilite o início das investigações pela polícia ou que impeça o Ministério Público de dar início à ação penal pelo oferecimento da denúncia. É que o artigo 27 do Código de Processo Penal diz que

qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção, apresentando-lhe sua *notitia criminis*.

### 1.2.2 Ação penal pública condicionada

A ação penal pública condicionada é também titularizada pelo Ministério Público. Entretanto, seu exercício fica condicionado a representação do ofendido ou requisição do ministro da Justiça, pois são crimes em que o interesse público fica em segundo plano, dado que a lesão atinge preferencialmente o interesse privado.

Nesse cenário, por haver ofensa à vítima em sua intimidade, o legislador optou por condicionar o exercício válido da ação penal a um permissivo externado por esta ou pelo seu representante legal, permissivo este tecnicamente denominado representação (GALVÃO, 2004, p. 585).

### 1.2.3 Ação Penal Privada

A princípio, substancial se faz elucidar que o Estado, apesar de ser o possuidor exclusivo do *jus puniendi*, em determinadas hipóteses, transmite ao particular ou seu representante legal, a legitimidade de iniciar a persecução criminal, através da queixa-crime.

Nos ensinamentos de Mirabete (2006, p. 106), importante se faz mencionar que:

A queixa é o equivalente à denúncia, pela qual se instaura a ação penal, devendo conter, em sua forma, os mesmos requisitos desta", conforme artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal, devendo ser intentada através de procurador com poderes especiais.

Nesse diapasão, há uma manifesta exceção à regra da ação penal promovida pelo Estado, através do *parquet*, pois o interesse da vítima propriamente dita, em determinados casos, prevalece sobre o coletivo, passando a defender nesse ínterim o interesse alheio (*jus puniendi*) em nome próprio.

Convém acentuar os dizeres de Nucci (2007, p.561) acerca do assunto:

A ação penal privada é a transferência do direito de acusar do Estado para o particular, pois o interesse na existência do processo e, conseqüentemente da punição, é eminentemente privado(art. 100 § 2º, CP).

Observa-se, portanto, que o direito de punir continua pertencendo ao Estado, pois este apenas transferiu ao ofendido o direito de acionar o judiciário a fim de ver solucionado seu conflito, tratando-se assim de uma substituição processual.

#### **1.4 Princípios Norteadores da Ação Penal Privada**

A ação penal de iniciativa privada é norteadada por alguns princípios informadores, dos quais se destacam, a oportunidade ou conveniência, a disponibilidade, a indivisibilidade e o a intrascendência, os quais serão expostos a seguir.

##### **1.4.1 Princípio da Oportunidade ou da Conveniência**

Distinto da ação penal pública, onde se prima pelo princípio da obrigatoriedade, fazendo com que seu titular seja obrigado a promover a ação, nos crimes sujeitos a ação penal de iniciativa privada, tem-se o princípio da oportunidade, ou seja, o ofendido detém a faculdade de ajuizar ou não a ação penal privada.

A respeito de tal princípio, salienta Tourinho Filho (2007, p. 79):

O princípio da oportunidade confere ao titular da ação penal o direito de julgar da conveniência ou inconveniência quanto à propositura da ação penal. Se quiser promovê-la, poderá fazê-lo, se não o quiser, não o fará.

Assim, o ofendido, como titular da ação penal de iniciativa privada, possui o livre arbítrio de intentá-la ou dispor dela, caso não queira se sujeitar aos inconvenientes que resultam da propositura do processo.

Em face deste princípio, o ofendido pode renunciar ao seu direito de queixa, na forma dos artigos 50 e 59 do Código Penal, ou deixar de propô-la no prazo decadencial de 6(seis) meses, hipóteses que acarretarão a extinção da punibilidade do autor.

##### **1.4.2 Princípio da Disponibilidade**

O titular da ação penal privada é o ofendido, possuindo a oportunidade de ajuizar ou não a referida ação. No que tange a disponibilidade, este possui a faculdade de fazer valer seu direito de perempção ou mesmo perdoar o ofensor no decorrer da ação.

Conforme assevera Moraes (2004, p. 87-88),

O princípio da disponibilidade, uma vez exercida a ação penal, poderá o particular desistir desta, seja perdoadando o acusado (art. 51, CPP), seja pelo advento da preempção. Se a ação penal privada é movida pelo interesse do ofendido, e se ele pode optar entre exercer ou não o direito de ação, com muito mais razão, tendo deflagrado a ação, poderá arrepender-se, dispondo do seu direito.

Nessa perspectiva, podemos vislumbrar que o ofendido tem plena disponibilidade de dispor ou não da ação que é de sua exclusividade.

#### 1.4.3 Princípio da Indivisibilidade

O princípio da Indivisibilidade é um princípio atinente à indiscrecionalidade do ofendido em escolher contra qual autor do fato vai intentar a respectiva queixa-crime, ao teor do disciplinado no artigo 48 do Código de Processo Penal, devendo nesse ínterim, incluir todos aqueles que, de alguma forma, estava envolvido na lide, na respectiva peça acusatória (TÁVORA, 2013, p. 179).

Nesse contexto, obtempera nossos tribunais:

ACÇÃO PENAL ORIGINARIA.GOVERNADOR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. CALÚNIA, DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. QUEIXA-CRIME.INÉPCIA. CRIMES CONTRA A HONRA. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO INTENTO POSITIVO E DELIBERADO DE LESAR A HONRA ALHEIA. ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI.AUSENCIA DE JUSTA CAUSA EVIDENCIADA DE PLANO. DECADÊNCIA. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA ACÇÃO PENAL PRIVADA. RENÚNCIA PARCIAL AO DIREITO DE QUEIXA (QUE A TODOS SE ESTENDE EM FACE DO MENCIONADO PRINCIPIO, NA ACÇÃO PENAL PRIVADA). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REJEIÇÃO INTEGRAL DA QUEIXA. Se o querelante se limita a transcrever algumas frases escritas pelo segundo querelado, em sua rede social “facebook”, sem mais esclarecimentos, impedindo uma análise do elemento subjetivo da conduta, a peça inaugural falece de um maior delinesmento do fato criminoso e suas circunstancias, sendo inepta. (Apn 724 DF 2013/0327885-8, Ministro OG Fernandes, CE-Corte Especial Dje 27/08/2014).

Destarte, não se pode olvidar que o legislador se posturou a evitar o retrocesso à vingança privada, aos termos do disciplinado no artigo 49 do Código de Processo Penal, prezando que a renúncia ao exercício do direito a queixa em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

Nas precisas lições de Alencar (2013, p. 179),

O Ministério Público, como fiscal do princípio da indivisibilidade, não pode aditar a queixa crime, lançando novos réus ao processo, pois lhe falta legitimidade ativa ad causam. Tendo o parquet vista dos autos e percebendo que o particular omitiu-se dolosamente em processar todos os envolvidos, estará renunciando ao direito de ação quanto aqueles que deixou de processar, beneficiando-se todos os envolvidos.

Relevante se faz enfatizar, que a maioria da doutrina posiciona-se no sentido de que a omissão voluntária de um dos coautores ou partícipes da queixa, ocasionará na renúncia implícita do seu direito de ação, que se comunicará também ao querelado, devendo o magistrado rejeitá-la e julgar extinta a punibilidade de todos os autores.

#### 1.4.4 Princípio da Intranscendência

Com fulcro no estampado no artigo 5º, XLV da Constituição Federal esse princípio é aplicado a qualquer modalidade de ação. Nesse sentido, poderá ser proposta em face das pessoas responsáveis pela prática do delito, não podendo se estender a terceiros.

Destarte, protesta nossos tribunais superiores:

HABEAS CORPUS EXECUÇÃO DA PENA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE DA TENTATIVA DE PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. ATIPICIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. A tentativa de apossamento de objetos que permitam ao apenado a comunicação intra e extramuros deve ser punida com a sanção correspondente a falta disciplinar grave consumada, nos termos do artigo 49, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84 (STJ HC 241228 SP 2012/0090241-1, Ministro Moura Ribeiro, T5-Quinta Turma, Dje 28/03/2014).

Consoante noção cediça, sobre a qual não pairam refutações, o princípio constitucional em tela, impede que a responsabilidade penal ultrapasse a esfera pessoal do agente.

Não obstante, impende ilustrar as afirmações de Tourinho Filho (2007, p.125):

O princípio da intranscendência, comum a qualquer ação penal, significa "que a ação penal é proposta apenas em relação à pessoa ou às pessoas a quem se imputa a prática da infração [não atingindo, desse modo, seus familiares ou estranhos]".

Por conseguinte, fica claro e evidente que somente aqueles que atuaram no crime será por ele responsabilizado, não cabendo a privação de liberdade para quem não concorreu ao tipo legal.

### 1.5 Espécies de Ação Penal Privada

Dentro da tradicional classificação das ações penais, a despeito de suas subespécies, a ação penal privada se subdivide em: ação penal propriamente dita ou exclusiva, ação penal personalíssima e ação penal privada subsidiária da pública.

Nesse aspecto, em qualquer hipótese, o direito de queixa é cedido ao ofendido titular da ação, que possui o direito de promover a ação penal nos crimes de iniciativa privada ou ainda exercê-lo quando em crimes de ação pública subsidiária.

Segundo ensinamentos de Mirabete (2006, p.129),

Embora o *jus puniendi* pertença exclusivamente ao Estado, este transfere ao particular o direito de acusar (*jus accusationis*) em algumas hipóteses. O direito de punir continua sendo do Estado, mas ao particular cabe o direito de agir. Justifica-se essa concessão à vítima quando seu interesse se sobrepõe ao menos relevante interesse público, em que a repressão interessa bem de perto apenas ao ofendido. Por essa razão, institui-se a ação penal privada, uma das hipóteses de substituição processual, em que a vítima defende interesse alheio (direito de punir) em nome próprio.

Em remate, podemos dizer, de acordo com o disciplinado no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que, apesar de o Estado ser o guardião do direito de punir, em determinados casos, fica submisso à vontade do ofendido à aplicação do seu *jus puniendi*.

#### 1.5.1 Ação Penal Privada exclusiva

Essa modalidade de ação trata da possibilidade da vítima ou seu representante legal ou cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de acionarem o poder judiciário, a fim de solucionar seu conflito, fazendo jus ao seu status de *jus accusationis*.

Nesse sentido, Damásio de Jesus (1997, p.67) assevera que:

A Ação Penal Privada, pode ser proposta pelo ofendido, se maior de 18 anos e capaz; por seu representante legal, se o ofendido for menor de 18 anos; ou, no caso de morte do ofendido ou declaração de ausência, pelo seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 31).

Evidente que nessa modalidade de ação, não apenas o ofendido pode ingressar com a queixa-crime, podendo qualquer um dos acima mencionado intentar a referida ação em juízo, a fim de solucionar seu direito violado.

#### 1.5.2 Ação Penal Privada Personalíssima

Já nessa espécie de ação, a titularidade é somente do ofendido para exercer o direito de ofertar queixa-crime em face do autor dos fatos, pois há uma ofensa de maneira tão íntima a vítima, que a lei lhe confere exclusividade na propositura da respectiva ação penal privada.

Importante ressaltar que a única hipótese nesse panorama ocorre nos crimes contra o casamento de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, disciplinados ao teor do artigo 236 do Código Penal.

Nessa particularidade, a queixa depende exclusivamente do contraente enganado e só pode ser intentada após o trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anulou o casamento (Parágrafo Único, do artigo 236, do Código Penal). É este, portanto, o momento em que começa a correr o prazo para a propositura da ação (GRECO, 2010, p. 661).

#### 1.5.3 Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

Como demonstrado alhures, na ação penal pública incondicionada ou condicionada, a Constituição Federal atribuiu ao *parquet* a titularidade privativa para exercê-la em determinado lapso temporal, com fundamento no disciplinado no artigo 16 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>.

Ademais, nas precisas lições de Távora (2013, p. 180-181), a Constituição Federal também trouxe em seu arcabouço, mais precisamente no artigo 5º, inciso LIX, diretrizes sobre a questão, indagando que será admitida ação privada nos crimes de ação pública se esta não for intentada no prazo legal. Esta norma vem socorrer o particular, dando-lhe a possibilidade de manifestar-se ante a omissão do Estado/Ministério Público, o que, simplificadamente, é uma garantia de que se faça justiça sobre o fato ocorrido.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

---

<sup>2</sup> Art.16 O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIX- será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Como se observa, caso haja inércia do membro do *parquet* em não intentar no prazo legal a respectiva denúncia, a vítima poderá substituí-lo nas ações desta natureza, através da queixa crime subsidiária.

Convém notar, outrossim, que essa espécie de ação continuará a gozar de seus status de pública, sendo apenas conferida à vítima a possibilidade de dar-lhe início, diante da inércia do órgão oficial acusatório, aplicando-se, assim, os princípios atinentes da ação penal pública, não havendo em que se falar em desistência, renúncia ou perdão do ofendido.

## 2. ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA TRANSAÇÃO PENAL

Abordar-se-á neste capítulo a questão do instituto da transação penal, consolidando-se, inicialmente, na mitigação do princípio da obrigatoriedade frente a sua aplicação e admissibilidade, debruçando por conseguinte sobre as doutrinas e suas vertentes acerca do tema em estudo. Ato contínuo, tratar-se-á dos possíveis impedimentos frente à propositura desse benefício ao autor do delito. O desígnio deste capítulo é esmiuçar os aspectos gerais da transação penal á luz da Lei 9.099/95.

### 2.1 Conceito

A transação penal é tida como medida “despenalizadora”, presente na Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 76, seguindo a previsão encontrada na Constituição Federal, em seu Art. 98, inciso I. Esse instituto permite ao representante do Ministério Público oferecer ao autor do crime de menor potencial ofensivo uma pena de multa ou uma restritiva de direitos, em vez de responder a um processo.

Com clareza, Capez (2014, p. 531) define o instituto da transação penal:

Consiste ela em um 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 instauração do processo.

Como se observa, haverá, de um lado, a ausência da proposta de denúncia, por conta do órgão acusatório; e de outro, a renúncia de certas prerrogativas processuais constitucionais, por parte do réu.

Nessa perspectiva, Nucci (2007, p. 69) preconiza:

O fim da transação penal é evitar que o autor do fato seja processado, o legislador buscou um meio rápido de sancionar aquele que se supõe ter agido em desconformidade com a lei. Para isso, não se julga se o autor do fato é culpado, pois não foram ouvidas as testemunhas, a defesa não se pronunciou, não houve instrução probatória, há ausência do devido processo legal.

Percebe-se que, embora possa parecer que o acordo celebrado entre o *parquet* e o pretense infrator seja uma confissão deste ao cometimento do crime, por vezes, o benefício da transação aceito pelo querelado é uma alternativa a não sofrer os anseios de um processo.

Fato é que com vista na economia e celeridade processual, essa medida beneficiadora abranda a aplicação de uma pena à luz da intervenção mínima do direito penal, e proporciona uma prestação jurisdicional mais rápida aos envolvidos.

## 2.2 A Mitigação do princípio da obrigatoriedade

Como regra na ação penal pública vigora o princípio da obrigatoriedade, que determina ao membro do *parquet*, diante dos indícios de autoria e prova da materialidade, o dever de agir, ou seja, desde que estejam presentes os pressupostos legais que permitam a propositura da ação, deverá oferecer, obrigatoriamente, a denúncia.

Nesse sentido, Grinover (2005, p.79) leciona:

Os órgãos incumbidos da persecução criminal, estando presentes os permissivos legais, estão obrigados a atuar, no que tange a persecução criminal esta é de ordem pública e não cabe juízo de conveniência ou oportunidade. Assim, o delegado de polícia e o promotor de justiça, como regra, estão obrigados a agir, não podendo exercer juízo de conveniência quanto ao início da persecução.

Por esta razão, embora titular da ação penal pública, não possui o Promotor a liberdade face a sua conveniência, sendo que seus atos sofrem controle judicial, visto que, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal, por exemplo, quando o *parquet* postula pelo arquivamento do IP e o juiz não concordar com seus argumentos, este remeterá ao Procurador Geral de Justiça.

Assim, com a criação da transação penal, criou-se a possibilidade do *parquet* deixar de oferecer denúncia, ainda que presentes a materialidade e os indícios de autoria do crime.

Em obediência ao princípio da obrigatoriedade, Pinto (2008) tece seus comentários:

A Lei nº 9.099/1995, objetivando mitigar a sanha penalizadora do Estado, instituiu uma contemporização ao princípio da obrigatoriedade, que ganhou o nome de princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada, que nada mais é que, nessas espécies de delitos, a possibilidade, com base no artigo 76 da Lei dos Juizados, da oferta de transação penal, ou seja, a submissão do suposto autor da infração a uma medida alternativa, em troca do não início do processo.

Notadamente, o Ministério Público passa a ter, nesses casos, o juízo da discricionariedade regrada, ou seja, em determinados delitos, com base no artigo 76 da Lei

dos Juizados, poderá abster-se de dar início à ação penal e ofertar o benefício da transação penal, o que não era possível até então com o processo penal habitual.

Segundo o professor Antonio Scarance Fernandes (2000, p. 206),

Tem-se afirmado que, com a transação, adotou-se o princípio da discricionariedade regrada ou, ainda, houve mitigação do princípio da obrigatoriedade. Em suma, permanece o princípio da obrigatoriedade, mas no tocante às infrações de menor potencial ofensivo, se presentes os pressupostos, não deve o promotor acusar e sim propor a transação penal. Abriu-se a ele nova alternativa.

Vislumbra-se que com a mitigação do princípio da obrigatoriedade não significa ferir o princípio da legalidade ou da reserva legal, haja vista que o artigo 129, inciso I, da Constituição da República de 1988 preceitua que o Ministério Público irá promover a ação penal na forma da lei, e, no caso, a Lei 9.099/95 dispõe que o Ministério Público, ao invés de propor a ação penal, pode transacionar, caso preenchidos os requisitos legais.

### 2.3 Requisitos

Para que o representante do *parquet* ofereça a transação penal ao querelado, deverá observar os impedimentos elencados nos incisos do §2º do artigo 76 da Lei nº 9.099/95<sup>3</sup> e, uma vez não presentes e a proposta aceita pelo autor ou seu defensor, será submetida à homologação judicial.

Nesse contexto, em observância aos incisos I, II do artigo supra, percebe-se que eles tratam dos requisitos de natureza objetiva, pois estão unidos a elementos externos, ao passo que o inciso III elenca os conceitos subjetivos, eis que adstritos às condições individuais do indivíduo infrator.

Dessa forma, o impedimento quanto ao benefício da transação está veiculado a uma condenação pela prática de um “crime” doloso ou culposo, a uma pena privativa de liberdade,

---

<sup>3</sup> 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.

§ 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 à adoção da medida.

não sendo óbice o oferecimento desse instituto ao condenado em forma de multa ou restritiva de direito.

Evidente que o dispositivo em comento se refere a uma condenação precedente a prática de um crime a qual comine pena privativa de liberdade, caso contrário, restaria violado o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Gomes (2003, p.89) esclarece que:

Os requisitos do §2º do artigo 76 são ditas causas impeditivas da proposta de transação penal e de sua homologação. Dirigem-se, em primeiro lugar, aos responsáveis pela formulação da proposta: Ministério Público ou querelante, que só poderão fazê-la quando ausentes os impedimentos. Em segundo lugar, orientam a decisão do juiz, que não poderá homologar o acordo penal diante de alguma das causas que o vedam. As causas impeditivas geram efeitos pessoais, que se restringem ao autor do fato a elas vinculado. Assim, tratando-se de crime praticado em concurso de pessoas – dois ou mais autores – é possível que, em se verificando a existência de uma causa impeditiva a incidir sobre um deles, seja a proposta formulada somente em relação aos demais. Aquele que não se beneficiar pela medida submeter-se-à à ação penal, quando cabível.

Diante desse quadro, é possível inferir que tanto processos em andamento como inquiridos policiais não irão impedir a oferta do instituto em apreço pelo membro ministerial.

A respeito do segundo requisito estampado no artigo 76, §2º, inciso II, busca barrar a oferta do benefício da transação por mais de uma vez, dentro de um prazo de cinco anos ao mesmo acusado, com o fito de não incentivar a nova prática de delitos desta natureza.

Em remate, o inciso III do aludido dispositivo traz a voga os requisitos subjetivos: “não se admitirá a proposta se ficar comprovado não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente à adoção da medida”.

Perceptível é o fato de que o legislador, ao prever esses conceitos como norte para o exercício discricionário do *parquet*, não buscou criar nenhuma espécie de incerteza na interpretação da norma e, sim, conceber situações que de modo algum alcançaria legalmente, se objetivasse arrolá-las individualmente.

Nesse cenário, obtempera nossos tribunais:

EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. INDULTO. DECRETO Nº 7.873/2012. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PACIENTE PRIMÁRIO. PROCESSO ANTERIOR OBJETO DE TRANSAÇÃO PENAL, IMPRÓPRIO A GERAR A REINCIDÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS

**OBJETIVOS E SUBJETIVOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.**

- A sentença homologatória da transação penal não importa em reincidência, tampouco em antecedentes, nos termos do artigo 76, § 4º, da Lei 9.099/95.
- Verificado que o recorrido é primário, bem como preenchia os demais requisitos objetivos e subjetivos para concessão do indulto, deve ser mantida a decisão que lhe outorgou o benefício (TJMG - Agravo em Execução Penal, Des.(a) Nelson Missias de Moraes, 2ª Camara, DJ. 05/02/2015, DP. 19/02/2015).

Destarte, o Ministério Público ao analisar o inciso em apreço, deve-se atentar a cada conceito de forma ampla, de modo que possa oferecer uma proposta mais coerente e justa ao caso concreto.

No tocante ao tema, assevera Araújo (2013, p. 48-49):

O Ministério Público não possui discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais e por essa razão, tal faculdade do órgão ministerial é denominada “discricionariedade regrada ou limitada”.

Por tais razões, convém observar que as causas impeditivas acima citadas, não precisam concorrer, a fim de frustrar o oferecimento da transação penal, bastando à presença unicamente de uma.

## **2.4 Proposta**

Indubitável que o membro do Ministério Público deverá oferecer a proposta de transação ao acusado nos crimes de ação penal pública, desde que preenchidos os requisitos do artigo 76, §2º, da Lei nº 9.099/95, o que ensejará na aplicação de uma multa ou uma medida restritiva de direitos, não havendo possibilidade de negociar uma pena privativa de liberdade.

No entanto, a especificação da proposta é de suma importância, pois além de dar ciência ao autor da infração e seu defensor do acordo proposto, possui o condão de evitar que a proposta seja vaga, genérica.

Nesse sentido, disserta Sylla (2003, p. 196-197) *apud* Távora, (2013, p. 165):

A proposta de transação penal deve ser clara e precisa, de modo a possibilitar ao autor do fato e seu defensor não só o total conhecimento da pena proposta, mas também avaliar as consequências de sua aceitação, o efetivo cumprimento dela e a oferta de uma eventual contraproposta, além de permitir ao juiz uma perfeita individualização da mesma na sentença homologatória da transação, e ainda que ela esteja dentro dos princípios e

objetivos da Lei 9099/95, ou seja, que ocorra a conseqüente reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Isso posto, se a proposta ofertada e aceita pelo querelado embasar em multa, o membro do *parquet* deverá esmiuçar o seu valor, e se restritiva de direitos, a oferta do benefício deverá conter de forma nítida a sua modalidade e o seu período de existência.

Outrossim, Nucci (2007, p. 78) explica que, por tratar-se de um ilícito penal de pouca reprovabilidade social, a proposta não poderá ser muito exigente, tendo em vista a obediência aos preceitos da ponderação e proporcionalidade, ao passo de impossibilitá-la.

Todavia, caso seja proposta uma pena de multa pelo promotor de justiça, por exemplo, e o magistrado interpretar excessivo e desproporcional esse valor, poderá diminuí-la até a metade com fulcro ao teor do artigo 76, §1º, da Lei nº 9.099/95.

Assim o Ministério Público conforme mencionado alhures, deverá se precaver em considerar todas as circunstâncias que abrangeram a realização do fato delituoso, a fim de formar a proposta mais adequada, ensejando em uma pena mais justa ao caso em apreço.

#### 2.4.1 Aceitação

Manifesta-se na doutrina divergência quanto ao disciplinado no §3º, do art.76, da Lei nº 9.099/95<sup>4</sup> que aduz sobre a aceitação da proposta de transação penal concedida pelo *parquet*.

Ao tratar do tema, Tourinho Filho (2000, p. 195) afirma que, em caso de dissenso entre o autor do fato e seu defensor, “deve prevalecer a vontade daquele, tanto mais quanto a transação não lhe ocasiona nenhum prejuízo”

Em sentido antagônico, outros doutrinadores sustentam a ideia de que, para existir a ratificação da transação penal, faz-se necessária a aceitação tanto do autor, como de seu defensor a fim de ter garantida a ampla defesa do primeiro.

Assim obtempera Capez (2014, p. 108):

Quando existe aceitação da proposta de transação penal, sendo esta consensual e bilateral, pelo autor do fato e também pelo seu defensor, não há em que se falar em violação de nenhum princípio. Já, existindo impugnação de qualquer dos dois à proposta do Ministério Público, esta não poderá ser submetida à apreciação do Juiz, o que vale dizer que este não poderá homologar a transação sem consenso das partes. A necessidade de aceitação

---

<sup>4</sup> Art. 76. [...]

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

em conjunto, ampara-se no princípio da ampla defesa, que inclui a defesa técnica, não nos parecendo possa a aceitação de qualquer dos dois prevalecer sobre a negativa do outro. Mesmo que a aceitação seja do autor do fato, pois este pode não ter bem a noção das consequências jurídicas de seu ato, necessitando da orientação de seu defensor.

Como se nota, para esses doutrinadores caso não haja consenso de uma das partes (autor e defensor), no que tange à anuência da proposta do benefício em questão, não há que se falar em homologação judicial. A necessidade de aceitação em conjunto ampara-se no princípio da ampla defesa que inclui a defesa técnica, o que não seria correto à aceitação de qualquer dos dois prevalecer sobre a negativa do outro.

Sobremodo se faz assinalar que, na prática, se houver inconsonância entre a vontade do autor com a de seu procurador, levar-se-á em consideração que é o autor que herdará os efeitos da pena ou cumprirá ao processo, assim caberá a ele a última expressão, destacando-se no caso, as sequelas da anuência ou recusa da proposta de transação penal.

#### 2.4.2 Natureza Jurídica

A natureza jurídica da transação penal é controvertida em nossa doutrina e jurisprudência, pois o artigo 76, da Lei 9.099/95 deixa margem para interpretações distintas ao trazer em seu arcabouço o verbo “poderá”<sup>5</sup>.

Isso posto, a corrente majoritária aduz ser o instituto da transação um direito subjetivo do autor do fato e que, uma vez preenchidos os requisitos objetivos dos incisos I e II do §2 do artigo 76, o *parquet* possui a obrigação de ofertar tal benefício, sendo o Ministério Público possuidor de uma oportunidade regrada, pois precisa acolher as determinações da lei.

Para os adeptos desta corrente, o réu não pode depender da boa vontade do promotor uma vez enquadrado nos requisitos autorizadores para tal benefício e, caso promotor não realize a proposta de transação, o próprio juiz poderá fazê-lo.

Em sentido adverso, certifica Mirabete (2006, p. 122):

A transação penal não é um direito subjetivo do autor, 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: “PENAL. PROCESSUAL. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. ATRIBUIÇÃO INSTITUCIONAL. “HABEAS CORPUS”. 1. O Ministério

<sup>5</sup> 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.

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 20.03.200 p.91).

Uma terceira posição, indaga que a transação penal é uma forma de denúncia, pois o *parquet*, ao oferecer a transação, está, de certa forma, realizando a ação penal, a qual se inicia mediante denúncia.

Nesse patamar, levando-se em consideração que o mencionado instituto elencado trata-se de uma consolidação do princípio da obrigatoriedade, o membro do *parquet*, possui discricionariedade em oferecer ou não esse benefício ao acusado.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA. I - A transação penal, assim como a suspensão condicional do processo, não se trata de direito público subjetivo do acusado, mas sim de poder-dever do Ministério Público (Precedentes desta e. Corte e do c. Supremo Tribunal Federal). II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. IV - Na injúria não se imputa fato determinado, mas se formulam juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. V - O exame das declarações proferidas pelo querelado na reunião do Conselho Deliberativo evidenciam, em juízo de prelibação, que houve, para além do mero animus criticandi, conduta que, aparentemente, se amolda ao tipo inserto no art. 140 do Código Penal, o que, por conseguinte, justifica o prosseguimento da ação penal. Queixa recebida ( STJ, Ação Penal 2010/0084218-7, Rel. Min. FELIX FISCHER, CE, DJ. 21/03/2012, DJe 03/04/2012 RSTJ vol. 226 p. 19).

Entrementes, nossos tribunais são adeptos da segunda corrente apresentada alhures, ou seja, manifestam-se no sentido de que a transação penal não se trata de um direito subjetivo do autor, mas sim de um poder-dever do órgão ministerial, de forma que uma vez satisfeitos os requisitos, poderá oferecê-la, não podendo o juiz substituí-lo nesta função, pois não é o titular da ação penal.

Nesse palco, a divergência doutrinária e jurisprudencial se tornam protagonistas do tema em estudo, por tais razões, na busca de um posicionamento mais coeso à atualidade brasileira à luz da Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 98, inciso I, bem

como nos princípios que norteiam os juizados especiais, entendemos ser uma obrigatoriedade do órgão ministerial oferecer a transação penal, pois trata-se de um direito subjetivo do autor do fato.

## 2.5 Sentença

Uma vez ofertada e tendo o acusado aceito a transação penal, este acordo deverá ser submetido à apreciação do juiz, a fim de averiguar a existência dos requisitos da legalidade e da conveniência e, ao final, se cabível, homologar o pacto.

Com fulcro na Súmula Vinculante 35, a natureza jurídica da homologação do acordo celebrado entre o órgão ministerial e o suposto autor, não faz coisa julgada material, ou seja, uma vez descumprida alguma das cláusulas acordadas, o *parquet* poderá dar continuidade na persecução penal mediante o oferecimento da denúncia ou requisitar a abertura de um inquérito policial.

Em relação a esse quesito, depreende-se, na decisão abaixo transcrita, que o STF manteve coerência com o Recurso Extraordinário nº 602.072/RS QO-RG:

AÇÃO PENAL: Juizados Especiais Criminais. Transação penal. Art. 76 da Lei nº 9.099 /95. Condições não cumpridas. Propositura e ação penal. Possibilidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das decisões estabelecidas em transação penal. (RE-RG-QO 602072, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 19/11/2009, publicado em 26/02/2010).

Impende salientar que esta súmula vinculante não abrange a hipótese de descumprimento da multa (mas tão somente o descumprimento de pena restritiva de direitos acordada), pois quanto a esta haverá mera inscrição na dívida ativa.

Ademais, caso o representante ministerial se furte em oferecer a proposta de transação penal ao autor do fato e o magistrado, ao apreciar o caso, interprete pela possibilidade de tal benefício, deverá o juiz remeter os autos à apreciação do procurador geral de justiça, não podendo este, de ofício, ofertar tal instituto e homologá-lo.

## 2.6 Efeitos da sentença homologatória

Conforme aduzido anteriormente, um dos principais efeitos da transação penal é a utilização de pena distinta da privativa de liberdade, podendo apenas ser aplicada no caso

concreto uma pena restritiva de direitos ou uma multa. Todavia, a referida proposta ofertada pelo *parquet* somente é registrada a fim de impedir nova concessão do mesmo benefício em um lapso temporal de cinco anos, não culminando em reincidência, ao teor do disciplinado no artigo 76, §4º da Lei 9.099/95<sup>6</sup>.

A despeito do tema pronuncia nossos tribunais:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. INDULTO. DECRETO Nº 7.873/2012. BENEFÍCIO CONCEDIDO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PACIENTE PRIMÁRIO. PROCESSO ANTERIOR OBJETO DE TRANSAÇÃO PENAL, IMPRÓPRIO A GERAR A REINCIDÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.  
 - A sentença homologatória da transação penal não importa em reincidência, tampouco em antecedentes, nos termos do artigo 76, § 4º, da Lei 9.099/95.  
 - Verificado que o recorrido é primário, bem como preenchia os demais requisitos objetivos e subjetivos para concessão do indulto, deve ser mantida a decisão que lhe outorgou o benefício ( TJMG- Agravo em Execução 1.0231.12.029864.-2/001 Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, DJ. 05/02/2015, Dp. 19/02/2015.

Evidente se demonstra que esse acordo entre o Ministério Público e o acusado, além de não criar antecedentes criminais, não compele culpa e, tampouco, assinala responsabilidade civil ao acusado.

## 2.7 Recurso

De acordo com o enunciado dos artigos 76, §5; e 82 da Lei nº 9.099/95, contra sentença que confirmar o instituto da transação incumbirá recurso de apelação.

Não obstante, a Lei 9.099/95 é omissa quanto ao recurso cabível da decisão que indefere o acordo celebrado, ficando a cargo da doutrina solucionar esta omissão legislativa.

Nesse sentido, Grinover (2005, p. 157) ensina:

Embora interlocutória a decisão que não homologa a transação penal, esta não poderá ser atacada via recurso em sentido estrito, por não estar prevista no rol taxativo do artigo 581 do Código de Processo Penal.

---

<sup>6</sup> § 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.

Assim, para impugnar a referida decisão pode-se utilizar a ação autônoma de *habeas corpus*, o qual pode ser impetrado pelo acusado, pelo seu representante ou pelo próprio *parquet* em favor do autuado, quando iniciada a respectiva ação penal.

Em sentido antagônico, Nucci (2007, p. 105) assevera:

Apesar do enunciado do artigo 76, §5º, se referir literalmente à sentença prevista no parágrafo anterior, ou seja, a sentença de homologação deve prevalecer o sentido teleológico da lei, que não poderia deixar sem recurso ordinário a decisão que não homologa a transação efetuada entre as partes. De modo que a decisão do juiz que não homologar a proposta aceita cabe apelação.

Certo é, portanto, que o recurso de apelação abarca meramente as decisões definitivas e as decisões que não homologam a transação, ou seja, em decisão interlocutória, ou seja, não há que se falar na aplicação desse mecanismo nesta hipótese.

Nessa postura, para “atacar” decisão que indefere o acordo celebrado entre o representante do Ministério Público e o autor do fato, poder-se-á lançar mão da ação autônoma de *habeas corpus*.

### 3 TRANSAÇÃO PENAL NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Como se observa, no artigo 76, da Lei 9.099/95<sup>7</sup>, no que tange as ações penais de iniciativa privada, inexistente previsão legal que ampare o *parquet* a ofertar o instituto da transação penal. Nesse contexto, tal omissão legislativa fracionou tanto a doutrina como a jurisprudência, quanto à aplicação ou não do instituto. Vejamos os argumentos de cada corrente:

#### 3.1 Da Impossibilidade da Transação Penal

Os defensores deste posicionamento se manifestam pela inaplicabilidade do benefício da transação nas ações de iniciativa privada, pois asseveram que, além de a Lei ser omissa quanto a possibilidade do promotor oferecer a proposta de transação ao acusado, a vítima não possui o interesse na aplicação de uma pena ao autor do fato, mas apenas na reparação civil do dano.

Nesse sentido, obtempera Mirabete (2006, p. 129):

Não vislumbra a norma a perspectiva de transação em ações de iniciativa privada, tendo em vista a vítima não ser representante do *jus puniendi*, mais somente do *jus perseguendi in judicio*. Não se entendeu possível que oferecesse, desse modo, a utilização de pena na presunção de um delito de ação privada, assistindo o querelante acordar acerca de uma “pena”. Destarte, em uma visão habitual, o interesse do querelante é a reparação dos danos, o que é viabilizado na composição, ou na execução da sentença. Nessa modalidade de ação, predomina os conceitos intrínsecos a oportunidade e a disponibilidade, em relação aos juizados, a composição quanto aos prejuízos padecido pela vítima, tornando-se desnecessária a hipótese de oferta da proposta de transação.

Por sua vez Sobrane (2001, p.94), ao discorrer sobre o tema aduz:

Com a clareza do texto legal (art. 76, caput) fica evidente a impossibilidade de conferir ao acusado ou até ao *parquet* após exibida a proposta da transação. Esse instituto, transpassa uma liberdade limitada da titularidade da ação, e levando em consideração a conveniência do querelante na aplicação da sanção, esta é atinente ao Estado. O querelante possui a garantia de perseguir o crime sob o qual foi vítima, ao mesmo tempo que o Estado retém a garantia de instituir a respectiva sanção. A garantia de condenar, em ultima ratio, impende ao poder Estatal e não ao querelante, o qual se atem

<sup>7</sup> 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.

meramente a aderir o meio imprescindível a sua efetivação, resistente no apreciar da ação privada.

Notadamente a partir dos posicionamentos expostos depreende-se que o grande fundamento para a inadmissibilidade da transação penal nas ações penais de iniciativa privada, deriva da omissão legislativa em tutelar sua possibilidade ou não. Convém notar, ainda, que a outra justificativa se atém à incongruência desse instituto nessa espécie de ação, uma vez que se fundamenta nos pilares da oportunidade e disponibilidade, ou seja, a vítima já detém um vasto leque de possibilidades, que lhe permite tanto renunciar ao direito de queixa (renúncia, decadência) como também, abandonar a ação ofertada (perdão, perempção).

Nessa perspectiva, assinala Fernando Capez (2014, p.534):

Tratando-se dessa espécie de ação penal, não há transação penal, dado que, ao vigor do primórdio da disponibilidade, a qualquer tempo o querelante assistirá, por outros métodos (perdão e/ou perempção), abdicar da ação.

Outro ponto a ser observado é que ao analisarmos, com atenção o parágrafo único do art. 74, ou seja, um pouco antes do artigo 76 da Lei 9.099/95, a Lei se refere aos casos de ação penal privada, demonstrando que o legislador estava atento à sua existência e que a não inclusão da queixa-crime no respectivo artigo 76 foi de forma consciente.

Assim Manifesta-se a jurisprudência quanto ao assunto:

Em que pesem o entendimento no que tange aos requisitos objetivos e subjetivos para a transação penal, prevalece na jurisprudência a inconveniência à ação penal privada dos institutos da transação e da suspensão condicional do processo, conforme decidiu o STF no HC nº 83.412/GO (STF, Primeira T. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 03/08/2004), até porque na ação penal privada a própria lei processual já vislumbra recursos de desfecho da persecução criminal através da renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc. (STF nºs 0030443 e 0031049. EMB.DECL. NO INQUÉRITO 2.969 SÃO PAULO, RELATOR :MIN. DIAS TOFFOLI 10/11/2011 PLENÁRIO, Dje 09/02/2014).

Notório é que, na contemporaneidade, os argumentos dessa corrente se atém ao posicionamento minoritário, sendo que o traço relevante e decisivo da doutrina se manifesta no tocante à aplicação analógica do artigo 76, da Lei 9.099/95, à ação de iniciativa privada (KLYE, 2007, p. 76).

Nessa acepção, em sentido análogo, Grinover (2005, p. 142-143), assevera:

Deve-se permitir que a faculdade de transacionar, em matéria penal, estenda-se ao ofendido, titular da queixa-crime, já que deste é a legitimidade ativa à ação, ainda que a título de substituição processual, somente a ele caberia transacionar em matéria penal, devendo o *parquet* limitar-se a opinar.

Por derradeiro, apesar da inquestionável omissão legislativa quanto à possibilidade da transação nas ações penais privadas, não devemos olvidar que nossa Constituição Federal em momento algum veda tal possibilidade.

### **3.2 Da Possibilidade de Oferta da Transação Penal nas Ações Penais Privadas**

Já os partidários da corrente que reconhece a possibilidade de oferta da transação penal nas ações penais privadas, posicionam-se no sentido de que uma vez preenchidos os requisitos objetivos previstos em lei, faz jus o querelado a tal benefício, pois cuida-se de um direito subjetivo do autor do fato.

Perseverando, outrossim, de que se vítima pode o mais, que é ajuizar a ação penal na condição de substituto processual, podendo até renunciar, pode também o menos, ou seja, propor a aplicação imediata da pena.

Sobre o tema salienta Sylla (2003, p. 120-121) *apud* Nestor Távora, (2013, p. 64):

Na realidade, não há, na Lei 9.099/95, nem no ordenamento jurídico pátrio, nenhuma barreira para a concepção da transação nas ações de iniciativa privada. Igualmente, não existe nenhum empecilio quanto ao querelante, poder buscar meramente a estipulação de uma pena não privativa de liberdade ao acusado. O inviável é facultar a vítima apenas duas opções, ingressar com a queixa-crime em desfavor do querelado ou abdicar a sua garantia de queixa. Sendo que o querelante resistiu as sequelas do delito e é parte na ação penal. Justo que nessa perspectiva possa ela exercer a garantia de anuir ou não com a respectiva transação penal ofertada pelo *parquet* ao querelado em ação que aquela lhe propos, caso assim a satisfazer.

Ademais, a Carta Magna de 1988, ao regulamentar a matéria, em seu artigo 98,I, não fez qualquer restrição a possibilidade desse benefício ao querelado, conforme enunciado:

Tanto a União, como os demais entes federativos criarão juizados especiais, promovidos por juízes togados ou togados leigos, competentes para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitindo, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

Em outras palavras, podemos perceber que a Constituição Federal não traz limitações, a não ser a de se enquadrar o crime no campo de menor potencial ofensivo. Assim, negar o benefício da transação penal ao acusado em ação penal privada seria ofender sobremaneira os princípios constitucionais.

Além disso, o princípio da isonomia, previsto no artigo 5º, *caput*, da nossa Constituição<sup>8</sup>, assegura a igualdade entre as partes, de modo que todos tenham as mesmas oportunidades de fazerem valer suas razões ou, ainda, de defendê-las e serem tratados igualmente em juízo. Assim, do mesmo modo que o autor de um crime de desacato, (ação penal pública) o autor do crime de injúria, (ação privada) também pode ser agraciado pelo instituto da transação penal.

Por conseguinte, consoante noção cediça, no processo penal, vigora o princípio do *favor rei*, segundo o qual, o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva.

Coadunando com esse entendimento, Magalhaes Pinto (2008) discorrendo sobre o tema afirma:

Certo se faz a aplicação da transação nas ações privadas. Consoante a tal posicionamento, o querelante possui afeição não só de ver a restauração de seu dano como também possui o direito de assistir quanto a punição do querelado, não havendo argumentos para facultar a esta vítima apenas as possibilidades tradicionais: ou seja a propositura da queixa-crime ou a renúncia.

Como se depreende, para esses estudiosos, a inadmissibilidade do instituto em apreço aos crimes de menor potencial ofensivo ofende sobremaneira os ideais celebrados por nossa legislação.

Por tais razões, conforme mencionado alhures, não obstante a lei ser silente em relação à aplicabilidade da transação nas ações privadas, igualmente não há nenhuma posição em sentido contrário. Fato que leva a doutrina majoritária a se posicionar no sentido de ser mais benéfico ao acusado se submeter ao seio da transação penal, do que passar as aflições de um processo criminal.

---

<sup>8</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Nesse diapasão, por se tratar o dispositivo em comento de uma norma de caráter predominantemente penal e mais favorável ao acusado, presente se faz a semelhança *in bonam partem*, consoante artigo 4º da LINDB<sup>9</sup>.

Manifestando sobre o tema, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça denota:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUEIXA. INJÚRIA. TRANSAÇÃO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE DO QUERELANTE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA.I – [...] II - A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite a aplicação da transação penal às ações penais privadas. Nesse caso, a legitimidade para formular a proposta é do ofendido, e o silêncio do querelante não constitui óbice ao prosseguimento da ação penal. III - Isso porque, a transação penal, quando aplicada nas ações penais privadas, assenta-se nos princípios da disponibilidade e da oportunidade, o que significa que o seu implemento requer o mútuo consentimento das partes. (STJ. “ementa”. Ação Penal 634 RJ nº2010/0084218-7 CORTE ESPECIAL. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2013).

Em uma visão moderna do direito em seu estado concreto, na tendência de agilizar e desburocratizar a apuração de delitos de pouca relevância social, à luz dos institutos despenalizadores, mais especificamente no tocante aos de menor potencial ofensivo, certa se faz a aplicação da transação penal em qualquer modalidade de ação conforme entendimento supracitado.

Ademais, por analogia, *in bonam partem*, mesmo não havendo previsão legal que fundamente a oferta de tal instituto aos respectivos autores desses delitos, evidente se demonstra o benefício da aplicação dessa medida despenalizadora na solução de conflitos de menor reprovabilidade social, perseguidos por ação penal privada.

### 3.3 Titularidade da Proposta

Uma vez admitida a possibilidade de oferta do benefício da transação penal nas ações penais privadas, insta averiguar quem possui legitimidade para oferecê-lo: A vítima, titular da ação, ou o *parquet*, possuidor do “*ius puniendi*”?

---

<sup>9</sup> Art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os princípios gerais do direito”.

A “*priori*”, uma primeira corrente entende que a legitimidade é exclusiva do Ministério Público, ainda que não seja titular da ação, pois é o órgão que representa o Estado, detentor do *jus puniendi*. Nesse sentido, a vítima não estaria habilitada a sugerir a aplicação de pena, no entanto, por ser ela titular da ação, a proposta ofertada pelo *parquet* restaria regrada ao seu consentimento.

Afirma o comitê pátrio de apreciação da lei nº9.099/95<sup>10</sup> sobre o tema:

O *parquet* possui a prerrogativa de ofertar a utilidade da transação penal, nos delitos de menor potencial ofensivo se procede mediante queixa-crime, aos olhos das garantias previstas na Lei nº 9.099/95, e, por semelhança ao artigo 76, uma vez tratar de preceito predominantemente mais benéfica. \_Nesse proposito esta a conclusão nº11 da Comissão Nacional de interpretação da Lei nº 9.099/95: “11. O disposto no artigo 76 abrange os casos de ação penal privada”.

Observa-se que o Estado somente atribuiu à vítima a oportunidade de exercer o seu *jus perseguendi in judicio*, e não o *jus puniendi*.

No mesmo sentido, Tourinho Filho (2007, p.91-92) aduz:

Muito embora o *caput* do art. 76 diga que o *parquet* “poderá” formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora, entre nós, o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele *poderá* converte-se em *deverá*, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito. O Promotor tem liberdade de optar entre ofertar a denúncia e propor simples multa ou pena restritiva de direitos. Não se trata de discricionariedade. Formular ou não a proposta não fica à sua discricção. Ele é obrigado a formulá-la. E esse *deverá* é da instituição. Nem teria sentido que a proposta ficasse subordinada ao bel-prazer, à vontade, às vezes caprichosa e frívola do Ministério Público. Não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parecer-nos, poderá fazê-la o próprio Magistrado, porquanto o autor do fato tem um direito subjetivo de natureza processual no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao Juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional.

Nesse ínterim, como se denota, o querelante diante da inexistência de previsão legal, não possui o condão de propor ao querelado a transação penal, pois além de não deter de legitimidade, não seria razoável e nem coerente, permitir que a vítima transacionasse com a pessoa que a lesionou. Razão pela qual o entendimento mais coeso é de que o promotor seja o

---

<sup>10</sup> CONCLUSÕES DA COMISSÃO NACIONAL DE INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 9.099/95, Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 1.929, p.2.

titular da oferta da transação, uma vez que este é imparcial, detendo lugar mais adequado ao anseio da proporcionalidade da proposta.

Em contrapartida, uma segunda corrente defende que a proposta deve ser feita pelo querelante, uma vez ser este o titular da ação penal privada. Logo, não poderia ficar à mercê de um terceiro, neste caso o Promotor, à opção de transacionar com o querelado.

A respeito do tema, obtempera Grinover (2005, p.152):

Uma aplicação analógica do dispositivo permite que a aptidão de transacionar, em assunto de natureza penal, possa estender ao querelante, desde que adotada a postura mais atual da atribuição da vítima no processo. Como somente a este é a legitimidade ativa à ação, ainda que a título de substituição processual, somente a ele caberia transacionar em matéria penal, devendo o Ministério Público, nesses casos, limitar-se a opinar.

Comunga da mesma ideia Tourinho Filho (2007, p.109), ao se manifestar no sentido de que, estando presentes todos os requisitos exigidos em lei para que se proceda à “transação penal”, nada obsta que o ofendido possa formulá-la.

Há, nesse sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. TRANSAÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO QUERELANTE. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. POSSIBILIDADE. 1. Embora admitida a possibilidade de transação penal em ação penal privada, este não é um direito subjetivo do querelado, competindo ao querelante a sua propositura. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. ( STJ. AgRg no Resp 1356229/ PR nº 2012/0253215-3. 6ª Turma. Relator Ministra Alderita Ramos de Oliveira. Julgado em 19/03/2015).

Percebe-se, nesse aspecto, que somente o querelante poderá dispor de seu direito de perseguir o autor do fato na perspectiva de uma futura condenação, propondo a este uma pena acordada distinta da privativa de liberdade, a qual, se acolhida, poderá extinguir sua punibilidade, não havendo que se falar em maiores consequências.

Por oportuno, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) se manifesta acerca do tema:

CORREIÇÃO PARCIAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. OFERTA DA TRANSAÇÃO PENAL, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. Nas ações penais privadas, compete aos titulares, querelante e supletivamente o Ministério Público, propor a transação penal, descabendo ao magistrado formulá-la, de ofício.

**CORREIÇÃO PARCIAL DEFERIDA PARA CASSAR A PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL. (TJ-RS Correição Parcial Nº 71004935441, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 26/06/2014).**

Ademais, com fundamento expresso na Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso I, o Ministério Público é o titular de Ação Penal Pública, não havendo previsão no artigo 76 da Lei 9.099/95, para que ele ofereça transação penal ao acusado, nas ações penais privadas.

Importante ressaltar, com fulcro no artigo 45 do Código de Processo Penal<sup>11</sup>, que o Ministério Público poderá intervir em todos os atos do processo, na qualidade de *custus legis*, inclusive, poderá aditar a ação penal privada.

Em outras palavras, nessa modalidade de ação, há um típico caso de substituição processual, em que o ofendido defende direito alheio em nome próprio. Tal interesse consiste exatamente no *jus puniendi*, monopolizado pelo Estado. Assim, ao autorizar o ofendido a perseguir criminalmente o autor de um fato criminoso mediante queixa-crime, o Estado assentiu para que aquele buscasse a condenação de seu ofensor. Contudo, quem condena e aplica sanção penal é o magistrado, representando o Estado, fazendo valer o *jus puniendi*.

Em sentido oposto manifesta-se o Supremo Tribunal Federal (STF):

Em que pesem o entendimento no que tange aos requisitos objetivos e subjetivos para a transação penal, prevalece na jurisprudência a inconveniência à ação penal privada dos institutos da transação e da suspensão condicional do processo, conforme decidiu o STF no HC nº 83.412/GO (STF, Primeira T. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 03/08/2004), até porque na ação penal privada a própria lei processual já vislumbra recursos de desfecho da persecução criminal através da renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc. (STF nºs 0030443 e 0031049. EMB.DECL. NO INQUÉRITO 2.969 SÃO PAULO, RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI 10/11/2011 PLENÁRIO, Dje 09/02/2014).

Destarte, vislumbramos que, muito embora haja desarmonia entre nossos tribunais superiores no tocante ao tema em estudo, hodiernamente, vem se aplicando a transação penal nas ações penais de iniciativa privada, devendo tal fato ser estimulado na busca de uma solução de conflitos mais célere, seja qual for a espécie de ação. Afinal, nessa modalidade de crime, denota-se de escassa repercussão coletiva, dotadas de penas leve, sendo que seus autores

---

<sup>11</sup> Art. 45. A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo.

em sua maioria não possuem uma vida voltada à delinquência, pois pra fazerem jus a esse benefício precisam satisfazer os quesitos objetivos e subjetivos antevisto em lei.

Conclui-se, portanto, diante da divergência supraexposta, ser mais coerente o entendimento de que a legitimidade de propor a transação penal nos crimes que se procedem mediante queixa-crime pertença ao Ministério Público, pois, apesar de não ser o titular da ação penal, é o órgão que representa a sociedade, e por analogia ao artigo 76 da Lei 9.099/95, ao se tratar de norma penal mais benéfica, o *parquet* seria o legitimado para propor o benefício da transação penal, uma vez ser o defensor do interesse social.

Assim, apesar da vítima ser a titular da ação penal privada, inexistente previsão legal que lhe ampare oferecer tal proposta ao autor do fato, além do que seria desaconselhável e incoerente a própria vítima transacionar com a pessoa que lhe ofendeu. Se assim o fizesse, o Estado, além de estar devolvendo o conflito às partes, não estaria respeitando o princípio da proporcionalidade da proposta, frente a parcialidade da parte envolvida.

Por derradeiro, pode ainda ressaltar que ao deixar à vítima a proposta, estar-se-ia tirando do Estado o direito de punir, passando a uma justiça privada, o que é proibido constitucionalmente.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao termo deste trabalho o qual teve o objetivo de investigar, com base na legislação, doutrina e jurisprudência, a possibilidade de aplicação da transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo em sede de iniciativa privada.

Influenciado pela moderna tendência criminológica de desburocratizar e agilizar a apuração de delitos de pouca relevância no seio social, especificamente no tocante aos crimes abrangidos pela transação penal, a lei é expressa ao prever o seu cabimento somente àqueles perseguidos mediante ação penal pública, seja incondicionada ou condicionada à representação, uma vez preenchidos os requisitos legais constantes do art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95, sendo omissa em relação às ações penais de exclusiva iniciativa do ofendido.

Nesse ínterim, foram feitas breves considerações a respeito da ação penal pública, para só então entrar no âmbito da ação penal privada. Ato contínuo, apresentamos, ainda, os princípios norteadores da ação penal privada, suas espécies, bem como a titularidade do direito de ação nas suas subdivisões.

Concluindo-se que a ação penal pública é a regra, salvo as circunstâncias que a lei determinar que seja privativa do ofendido, e, assim sendo, só será promovida através de queixa-crime, apresentada pela vítima em juízo.

A seguir, foram apontados os aspectos gerais do instituto da transação penal, mencionando as novidades trazidas pela mesma. Nessa esteira, chegamos à conclusão de que a Lei dos Juizados Especiais Criminais trouxe inovações ao sistema jurídico nacional ao definir o conceito de infração de menor potencial ofensivo e ao instituir penas alternativas, medidas despenalizadoras, entre elas a transação penal, como finalidade precípua do Juizado.

Foram ainda apontadas as demais peculiaridades da transação penal, seu conceito e suas condições para a sua oferta. Atribuiu-se, assim, ao Ministério Público a titularidade da proposta de transação e, com isso, mostrou-se a possibilidade de grande parte das infrações de menor potencial ofensivo não chegarem a se transformar em processo.

Por fim, foi abordado a possibilidade ou não da transação penal na ação penal privada e sua titularidade frente a necessidade de ofertar a proposta ao acusado. Para tanto, foram expostos os posicionamentos contrários e favoráveis à aplicação de tal medida.

Os que defendem a não aplicação da medida despenalizadora encontram embasamento na omissão legislativa a tal respeito, bem como se atêm à incongruência desse instituto nessa espécie de ação, uma vez que esta se fundamenta nos pilares da oportunidade e

disponibilidade, ou seja, a vítima já detém um vasto leque de possibilidades, que lhe permite tanto renunciar ao direito de queixa (renúncia, decadência) como também, abandonar a ação ofertada (perdão, perempção).

Por outro lado, colacionados os motivos daqueles que defendem a propositura da transação na ação privada, constatando-se que os argumentos são diversos. O primeiro, não necessariamente nesta ordem, reside no fato de que não pode a vítima possuir apenas a faculdade de instrução nos autos. Outro motivo tem fundamentação legal no princípio constitucional da isonomia, que garante às partes serem tratadas de maneira igual, seja em sede de ação penal pública ou em sede de ação penal privada. Nessa linha, ainda, destaca-se o princípio do *favor rei*, segundo o qual, o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva.

Em outras palavras, não obstante a lei ser silente em relação à aplicabilidade da transação nas ações privadas, igualmente não há nenhuma posição em sentido contrário, assim, além da transação penal constituir preceito inclusive constitucional, não haveria justificativa plausível os operadores do direito negarem a alguém esse benefício se a própria constituição assim não faz.

Ademais, por analogia, *in bonam partem*, mesmo não havendo previsão legal que fundamente a oferta de tal instituto aos respectivos autores desses delitos, evidente se demonstra o benefício da aplicação dessa medida despenalizadora na solução de conflitos de menor reprovabilidade social, perseguidos por ação penal privada. Nesse diapasão, por se tratar o dispositivo em comento de uma norma de caráter predominantemente penal e mais favorável ao acusado, presente se faz a semelhança *in bonam partem*, consoante artigo 4º da LINDB.

Por último, trata-se sobre a legitimidade de apresentar a proposta de transação nos crimes de ação penal privada. Nessa parte, também se verificou a divergência dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, alguns aduzindo que o titular é o ofendido, outros que é Promotor o titular. Entretanto, sabemos que a tarefa de aplicar a pena cabe ao Estado e não ao querelante, cabendo a este, somente a instauração da ação penal privada, ou a disponibilidade da mesma. Não seria razoável e nem coerente deixar a vítima, que já teve seu direito lesionado, transacionar com o autor do fato. Se assim o fizesse, o Estado estaria *devolvendo* o conflito às partes.

Por tais razões, pode-se perceber, a teor dos princípios orientadores que regem o Juizado Especial Criminal, na busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz e célere aos litigantes de infrações de menor potencial ofensivo, que o instituto em apreço surgiu como

forma de substanciar esse novo modelo de justiça, podendo se pautar em qualquer modalidade de ação, pública ou privada. Trata-se, portanto, de um direito subjetivo do acusado, sendo que uma vez satisfeitos os requisitos intrínsecos à aplicação da transação penal, o Ministério Público possui a obrigação de ofertar esse benefício ao querelado.

Em remate, podemos dizer que uma vez preenchidos os requisitos previstos em Lei para a proposta da transação penal nos delitos de menor potencial ofensivo, independentemente da natureza da ação, o autor do fato será agraciado com tal instituto, efetivando-se, dessa forma, os ideais formadores da Lei 9.099/95 e o preceito constitucional estampado no artigo 98, inciso I da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Pena*. 8. ed. Bahia: Jus Podiym, 2013.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Juizado Especiais Criminais*. Comentários à Lei Federal nº 9.099/95. 2ª tiragem. Campinas: Copola Editora, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 714*. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=714.NUME.NAOS.FL.SV.&baseSumulas>. Acesso em: 14 fev 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração* no Inquérito 2.969 de São Paulo. Relator Dias Toffoli. Brasília-DF. Acórdão de 10 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?item=714>. Acesso em 11 de março de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Juizados Especiais Criminais*. A aplicação do artigo 543-B, § 3º, do CPC, não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal. Relator Cezar Peluso. Brasília-DF. Acórdão de 26 de fevereiro de 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Penal e Processo Penal*. Crimes contra a honra. Princípio da indivisibilidade da ação penal privada. Ação Penal Privada. Extinção da punibilidade. Rejeição integral da queixa. Ação Penal em recurso especial n. 724 DF 2013/0327885-8. Estado versus particular. Brasília, Acórdão de 27 de ago. 2014. Jus Brasil. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/20140826/recurso-especial-resp-724-df-2013/0327885-8-stj>. Acesso em 12 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Aplicação do Princípio da Intranscendência*. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas Corpus na execução da pena nº 241228 de São Paulo 2012/0090241-1. Relator Ministro Moura Ribeiro. Brasília-DF. T5- Quinta Turma. Acórdão de 28 de março de 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Penal e Processual Penal*. Ação Penal Originária. Legitimidade do querelante evidenciada. Possibilidade da aplicação da transação penal às ações penais privadas. Ação Penal 2010/0084218-7, de Ceará. Relator Felix Fischer. Brasília-DF. Acórdão de 03 de Abril de 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial*. Ausência de interesse do querelante. Agravo 1356229. Paraná nº 2012/0253215-3. Relator Alderita Ramos de Oliveira. Brasília-DF. Acórdão de 19 de março de 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

———. *Curso de Direito Penal*. 9. ed. São Paulo: 2011.

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

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. São Paulo: Impetus 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Parte geral*. Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizado Especiais Criminais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

———. *Teoria Geral do Processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. Rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Agravo em Execução Penal*. A sentença homologatória da transação penal não importa em reincidência, tampouco em antecedentes. Relator Nelson Missias de Moraes, 2ª Camara, Minas Gerais. Acórdão de 19 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consulta-de-jurisprudencia/124-256>. Acesso em 12 de janeiro de 2015.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Legislação Penal Especial*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

PINTO, Magalhães. *Direito Penal e Processual Penal*. 2008. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/A%20transação%20penal.doc>. Acesso em: 29 nov. 2014.

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

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. Bahia: Jus Podiym, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Correição Parcial em Ação Penal Privada*. Recurso nº 71004935441. Relator Cristina Pereira Gonzales. Acórdão de 26 de junho de 2014.