

TRANSAÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO *EX OFFICIO*: IMPOSSIBILIDADE

LUCIANA KÉLLEN SANTOS PEREIRA GUEDES
Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado
de Minas Gerais

“O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às Leis e à sua consciência”. (RTJ 147/142).

RESUMO: Analisar a impossibilidade de aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo pelo Magistrado *ex officio*, diante da dissensão entre este e o Promotor de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Transação penal *ex officio*; suspensão condicional do processo *ex officio*; discricionabilidade regrada; Direito público subjetivo; titularidade da ação penal pública.

ABSTRACT: The present paper aims at analyzing the impossibility of the application of criminal transaction and of the *ex officio* stay of proceedings by the magistrate, when there is disagreement between the Magistrate and the Prosecutor.

KEY WORDS: *Ex officio* criminal transaction; *ex officio* stay of proceedings; regulated discretionarity; subjective public Law; incumbent of the prosecution.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Discussão. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal sofreram mitigação com a regra introduzida no art. 98, inciso I, da Constituição da República e pelas Leis 9.099/95 e 10.259/2001. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, presentes os requisitos legais, poderá o Ministério Público propor transação penal ao autor do fato para aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa, a ser especificada na proposta. A possibilidade de transação penal regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/95 substitui, nesses delitos, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública pelo da discricionariedade regrada.

O princípio da indisponibilidade da ação penal pública não se aplica aos delitos de médio potencial ofensivo, uma vez que o artigo 89 da Lei 9.099/95 concede ao Ministério Público, ao oferecer a denúncia, desde que presentes os requisitos legais, propor a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, cuja fluência acarretará a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 89, §5º, do diploma legal supracitado.

Como órgão que pertence à administração pública, o Ministério Público não tem disponibilidade sobre os interesses públicos que defende, não podendo dispor da persecução penal, salvo nos delitos regidos pela Lei 9.099/95.

No entanto, a polêmica surge quando o Promotor de Justiça não propõe ao autor da infração, quando presentes os requisitos legais, a proposta de transação penal ou de suspensão condicional do processo. Cabe, nesse caso, ao Juiz, de ofício, propor a transação penal ou a suspensão condicional do processo? Trata-se de direito público subjetivo do autor da infração? Trata-se de poder discricionário do Ministério Público?

O presente artigo tem a finalidade de reforçar os princípios constitucionais da independência funcional do Ministério Público e da exclusividade da iniciativa da ação penal pública pelo *Parquet* e, principalmente, o perfil institucional e processual desse órgão, garantindo, sobretudo, ao autor do fato ou acusado os benefícios legais.

2. Discussão

Alguns admitem a possibilidade de o Magistrado aplicar de ofício as propostas alternativas à condenação previstas nos arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95, quando do silêncio ou da recusa do Promotor de Justiça, por se tratar de direito público subjetivo do autor da infração, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos na lei, para não cercear ao acusado os benefícios legais. Argumentam que o só fato de o legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta, e de usar o verbo *poder*, não altera a natureza do instituto, deixando de aplicar ao autor da infração qualquer dispositivo penal benéfico de uma infração.

Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, p. 104) salienta que:

[...] não havendo apresentação da proposta, por mera obstinação do Ministério Público, parece-nos que poderá fazê-la o próprio Magistrado, porquanto o autor do fato tem um direito público subjetivo no sentido de que se formule a proposta, cabendo ao Juiz o dever de atendê-lo, por ser indeclinável o exercício da atividade jurisdicional.

Continua, argumentando que:

[...] o Processo Penal, no nosso ordenamento, não é eminentemente acusatório. A pedra de toque do processo acusatório está na separação das funções do Acusador e do Julgador. Desse modo o Juiz não poderia determinar, *ex officio*, a produção de provas (vejam-se, a propósito, no CPP, dentre outros, os arts. 156, 176, 209, 234, 241, 276, 407, 425). O que deveria ser tarefa própria das partes foi permitido também ao Juiz. Se nosso processo fosse eminentemente acusatório, o Juiz não poderia conceder *habeas corpus* de ofício (visto tratar-se de ação penal popular), não poderia decretar a prisão preventiva sem provocação da parte acusadora (por tratar-se de ação penal cautelar), não poderia requisitar instauração de inquérito e tampouco ser destinatário de representação, não poderia, de ofício, decretar o seqüestro de bens do indiciado ou réu (arts. 126 e 132 do CPP), não poderia proceder de ofício à verificação de falsidade documental (art. 147 do CPP). (TOURINHO FILHO, 2007, p. 106).

Segundo Giacomolli citado por Tourinho Neto e Figueira Júnior (2002, p. 599), “[...] na ausência do Ministério Público, desde que devidamente intimado, ou se presente e não formular proposta, o juiz poderá propor a transação criminal, sob pena de haver negativa de adequada jurisdição e negativa de um direito do acusado”.

Para Batista e Fux (2001, p. 321), a transação penal “[...] constitui direito subjetivo do autor da infração, desde que satisfeitos os requisitos estabelecidos em lei. O só fato do legislador dar ao Ministério Público a iniciativa da proposta, e de usar o verbo poder, não altera a natureza do instituto”.

A Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, sob coordenação da Escola Nacional da Magistratura, apesar de concluir que o Juiz não poderia substituir-se à vontade do Ministério Público, por não existir processo e que a homologação da transação nos termos do art. 76 da legislação referida representaria instauração de processo penal *ex officio*, entende ser possível ao Magistrado aplicar de ofício a suspensão condicional do processo.¹

¹ “Se o Ministério Público não oferecer proposta de transação penal e suspensão condicional do processo nos termos do art. 79 e 89, poderá o juiz fazê-lo” (conclusão décima terceira).

Os Coordenadores dos Juizados Especiais Criminais também têm mantido firme o posicionamento de que, ante a recusa infundada do Ministério Público, a proposta deve ser feita pelo Juiz.² Ocorre que tal posicionamento viola o Texto Constitucional e a legislação infraconstitucional. As propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo não são direitos públicos subjetivos do infrator e sim sucedâneos da titularidade da ação penal.

Promover, privativamente, a ação penal pública na forma da lei é uma das funções institucionais do Ministério Público, prevista no inciso I do art. 129 da Constituição da República, bem como no art. 100, §1º, do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal. E, para que isso efetivamente ocorra, a Constituição estabeleceu prerrogativas institucionais (CF, art. 127).

A transação penal e a suspensão condicional do processo apenas mitigam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, respectivamente, ao adotar a Lei 9.099/95 o princípio da discricionariedade regrada. As propostas da transação penal e da suspensão condicional do processo são atos privativos do Ministério Público, de acordo com os artigos 76 e 89 da referida Lei, não podendo, assim, obrigar o Ministério Público a fazer as propostas, assim como não se pode obrigá-lo a propor a ação penal.

A transação consiste em um acordo de vontades e esse acordo, é óbvio, deve se dar entre as partes, ou seja, entre o *dominus litis* da ação penal e o autor do fato. Deve o Juiz atuar como mediador, tendo em vista que o processo não existe ainda. Não pode o Juiz desempenhar um papel próprio do Ministério Público, pois, se assim o fizer, estará usurpando uma função exclusiva.

Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 386) afirma ser totalmente inadequada a substituição do membro do Ministério Público pelo Magistrado, quando aquele se recusa a oferecer a proposta, fazendo-o em seu lugar e homologando o que ele mesmo, Magistrado, propôs ao autor do fato.

A transação é um acordo entre as partes – acusação e autor do fato –, sendo imprescindível, assim, a sua participação, não podendo nenhuma delas ser alijada desse processo de convergência de vontades por quem quer que seja, especialmente pelo Magistrado. Do mesmo modo, não se pode obrigar o autor do fato a aceitar a proposta, ainda que pareça ao Juiz mais favorável a ele do que a propositura de ação penal (NUCCI, 2006, p. 387).

A aplicação, de ofício, da suspensão condicional da pena não pode ser equiparada com a suspensão condicional do processo, como querem alguns autores (LOPES *apud* NOGUEIRA, 1996, p. 88), por razões lógicas. Naquela, o Magistrado, ao aplicá-la, não está usurpando a função legal ao Ministério Público, porque a lei previu sua aplicabilidade pelo Magistrado, nem dispondo da ação penal pública, cujo titular

² Enunciado n. 6 do XVIII Encontro de Coordenadores de Juizados.

exclusivo é o *Parquet*, porque terminada está a persecução penal. Na suspensão condicional do processo não há condenação, não há sequer instrução, não podendo o Juiz, que não é o titular da ação penal de ofício, concedê-la, retirando do Ministério Público o exercício do direito de ação. Mesmo porque o direito de ação não se esgota no impulso inicial, mas compreende o exercício de todos os direitos, poderes, faculdades e ônus assegurados às partes ao longo de todo o processo.³

O Juiz pode, de ofício, determinar a produção de provas, a requisição de instauração de inquérito policial e ser destinatário de representação, entre outros, como argumentado por Tourinho Filho. Isso, porém, não significa que o Juiz pode fazer as vezes do Promotor de Justiça, propondo de ofício a suspensão condicional do processo ou a transação penal contra a vontade do Ministério Público, retirando deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, segundo disposição constitucional. Senão, vejamos: o poder de agir de ofício do Magistrado, previsto em vários dispositivos do ordenamento jurídico, deve-se ao princípio da verdade real, princípio informador do processo penal, que diz ter o Juiz o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos.

Nenhum dos textos legais que confere ao Magistrado o *agir de ofício* confronta com o princípio constitucional da iniciativa do Ministério Público de promover, privativamente, a ação penal pública.

A transação penal e a suspensão condicional do processo são sucedâneas da ação penal e a propositura de tais institutos equivale a dispor da ação penal pública, cujo titular exclusivo é o Ministério Público.

Na fase da denúncia, vigora o princípio *in dubio pro societate*.

E, por fim, o texto legal não prevê a possibilidade de o Juiz, de ofício, propor a suspensão condicional do processo, não podendo, assim, se a lei não distinguiu, o interprete fazê-lo.

Ademais, “[...] as funções do Ministério Público só poderão ser exercidas por integrantes da carreira [...]” (CF, art. 129, §2º). Grinover *et al* (2005, p. 154) salientam que entendimento contrário “[...] faz tábula rasa do princípio da aplicação consensual da pena e violenta a autonomia da vontade do acusador”.

Continuam dizendo que, como a sentença homologatória da transação penal é resposta jurisdicional, se o Juiz aplicar de ofício tal benefício, haveria exercício de jurisdição sem ação, estaria atribuindo-se ao Juiz “[...] poderes equivalentes aos da movimentação *ex officio* da jurisdição, hoje proibida em nível constitucional para ação penal pública (art. 129, I, CF) e banida pela própria Lei 9.099/95, que quis

³ Sobre conceito analítico de ação, ver: Cintra, Grinover e Dinamarco, Teoria Geral do Processo, cit. 254/255, n.156 *apud* (GRINOVER *et al.* 2005, p. 156).

revogar expressamente a Lei 4.611, de 02.04.1995” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 2005, p. 154).

Afirmam ainda que “[...] mesmo para a transação posterior ao oferecimento da denúncia, permitir que o juiz homologue uma transação, que elimina ou suspende o processo, contra a vontade do Ministério Público, significa retirar deste o exercício do direito de ação, de que é titular exclusivo, em termos constitucionais.” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 2005, p. 154).

Dessa forma, diante do silêncio ou da recusa do Promotor de Justiça, deve o Juiz, segundo entendimento majoritário, enviar os autos ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal,⁴ cabendo ao Chefe da Instituição decidir por concordar com o Juiz e, então propor a transação ou a suspensão condicional do processo, designar outro órgão do Ministério Público para fazê-la ou insistir em não formulá-las.

Essa solução se coaduna, segundo Grinover *et al* (2005), com os princípios constitucionais do processo e com a preservação da autonomia de vontade.

Nesse sentido:

Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do *leading case* da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12-11-97, Pertence, *RTJ* 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I). Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. (STF - RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-3-06, *DJ* de 31-3-06).

Suspensão condicional do processo – Recusa do representante do Ministério Público em fazer a proposta – Aplicação do art. 28 do CPP – Necessidade – “No caso de recusa, aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP, é de se colher a palavra definitiva da Chefia da Instituição, que, discordando de seu representante, deverá nomear outro membro para a iniciativa

⁴ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

da proposta" (STJ – RHC 5.720 – Rel. Anselmo Santiago – RJTACrim 36/571). No mesmo sentido: STJ – REsp. 190.592 – Rel. Félix Fischer – DJU 22.11.1999; STJ – HC 76.437/1 – Rel. Octávio Gallotti – DJU 160-E:04, 04.08.1998; STJ – REsp 155.426 – Rel. Félix Fischer – RSTJ 109/300.

Juizado Especial Criminal – Suspensão do processo – Oferecimento da proposta exclusivamente pelo Ministério Público – Necessidade – “Em se tratando da Lei 9.099/95, no que tange à suspensão condicional do processo, em obediência aos princípios da discricionariedade regrada, cabe exclusivamente ao Ministério Público a escolha da opção da via relativa do direito, não cabendo a imposição de medidas previstas pela nova lei sem a participação explícita do titular da ação penal” (TACRIM-SP – AC 1035713 – Rel. Junqueira Sangirardi).

Esse entendimento consolidou-se no Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 696:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Apesar de esta súmula tratar somente da suspensão condicional do processo, indica também essa posição para a transação penal. “Ora, se já existindo ação penal em andamento, não pode o Magistrado substituir-se ao promotor, a fim de propor a suspensão condicional do processo, devendo valer-se do disposto no art. 28 do CPP, é mais do que lógico não poder fazê-lo no âmbito da transação, quando a ação penal inexistir” (NUCCI, 2006, p. 387).

Caso insista o Procurador-Geral em não formular a proposta de transação penal, “[...] nada mais resta a fazer do que designar a audiência prevista na lei para o rito sumaríssimo (art. 77 e ss.), o que também ocorrerá se se tratar de queixa-crime e não quiser o querelante oferecer proposta de acordo penal” (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 156).

Maria Lúcia Karam (2004) entende que uma objeção a tal posicionamento diz respeito à impropriedade da aplicação analógica da regra do art. 28 do CPP neste caso. No entanto, contradiz-se na própria fundamentação dizendo que esse dispositivo legal “[...] institui um mecanismo de fiscalização e controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal condenatória de iniciativa do Ministério Público, assim visando assegurar o efetivo exercício do poder do Estado de punir” (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 171). Continua dizendo que “[...] já a recusa do Ministério Público em propor a suspensão condicional do processo tem feição totalmente diversa, passando-se dentro do processo, repercutindo sobre a situação jurídica do réu e, ao contrário

da hipótese tratada na invocada regra do art. 28 do CPP, envolvendo limitação ao exercício do poder do Estado de punir” (GRINOVER *et al.*, 2005, p. 172).

Ora, se a transação penal e a suspensão condicional do processo, mitigadores do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, são sucedâneos da ação penal, diante da recusa do Promotor de Justiça em apresentar a proposta, é necessário que o Juiz aplique também, nesse caso, a regra do art. 28 do CPP, como mecanismo de fiscalização e controle acima referido, visando assegurar também o efetivo exercício do poder do Estado de punir.

É nítida a semelhança entre a hipótese prevista no dispositivo referido (dissenso entre o Promotor de Justiça e o Magistrado quanto ao arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação) e o dissenso entre o Promotor de Justiça e o Magistrado em aplicar os institutos descarcerizadores previstos na Lei 9.099/95, pois em ambos casos tratam de dispor ou de desistir da propositura da ação penal pública, cujo titular exclusivo é o Ministério Público, segundo disposição constitucional.

Além do mais, a transação penal, assim como o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação não se enquadra na área de processo penal, caindo por terra, assim, a alegação de Fernando da Costa Tourinho Filho de ser indeclinável a atividade jurisdicional. A aplicação, de ofício, da transação penal equivaleria ao exercício da jurisdição sem ação.

Aplicar o Magistrado, de ofício, propostas alternativas à condenação previstas nos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95 equivale a retirar do Ministério Público o exercício da ação penal. Não é razoável ao Magistrado fazer as vezes do Ministério Público, aplicando *ex officio* tais institutos contra a vontade do *Parquet*, diante de sua recusa ou de seu silêncio, por ser este o titular da ação penal pública.

Neste sentido, é o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete (2002, p. 131):

Ao contrário do que se já tem afirmado, entendemos não ser a transação penal prevista no art. 76 um direito público subjetivo do autor do fato, de modo a possibilitar que seja apresentada contra a vontade do Ministério Público, quer por iniciativa do juiz, quer por requerimento do interessado. Trata-se, aqui, do eventual exercício da pretensão punitiva, cabendo exclusivamente ao Promotor de Justiça a titularidade do *jus persequendi in judicio*, nos expressos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. A discricionariedade é a atribuição ao agente público de uma margem de escolha, configurada por uma pluralidade de soluções, todas válidas por estarem adequadas ao ordenamento jurídico. Assim, o Poder Judiciário só pode verificar a presença de condições legais que permitem a opção por parte do Ministério Público, mas não fiscalizar a oportunidade, o mérito da opção formulada pelo titular.

Afirma ainda que:

[...] cabe somente ao Ministério Público a parcela da soberania do Estado de promover a persecução criminal, verificando se existem as condições necessárias para o início do devido processo legal, vedando-se ao Poder Judiciário, fora dos limites legais, discutir o mérito do ato discricionário do Parquet, violando o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIII, da Constituição Federal). (MIRABETE, 2002, p. 132).

Ademais, não é função do Ministério Público buscar condenação a qualquer custo, nem privar de benefícios legais o acusado. Não é esse o compromisso a que está obrigado como *dominus litis* da ação penal pública. Seu compromisso é com a Justiça.

A respeito do assunto, escreveu Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p. 101):

Com efeito, o Ministério Público somente pode ser qualificado como *parte* no processo penal do ponto de vista estritamente formal ou processual. *Parte*, portanto, apenas e enquanto ocupar a *posição* de autor, a sustentar pedido condenatório em face de alguém. Mas, a partir daí, do oferecimento da denúncia, a posição do Ministério Público, no que respeita ao pedido, não é *parcial*, isto é, não se encontra vinculada à pretensão punitiva. Muito ao contrário, e uma vez que seja instaurado o contraditório e exercida a ampla defesa – inexistentes na fase pré-processual, de formação da convicção do *parquet* – o Ministério Público submete-se unicamente ao Direito, podendo e devendo produzir prova inclusive no interesse da defesa, se convencido da improcedência da pretensão então deduzida ou mesmo se estiver em dúvida quanto a ela. Nesse sentido, como visto, a sua atuação é totalmente independente e, fundamentalmente, de *custos legis*. É por isso que se pode afirmar que, quanto ao direito material, o órgão estatal responsável pelo juízo acusatório é imparcial; no plano processual, ele ocupará a posição de parte, enquanto no exercício das faculdades e (no desincumbir-se dos) ônus processuais atribuídos aos litigantes em qualquer processo judicial. *Parte*, por fim, apenas quando definida como *aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei e aquele em face de quem essa atuação é demandada*, na clássica lição de Giuseppe Chiovenda.

Como órgão pertencente à administração, exerce atividade pública, devendo pautar-se pelo princípio da legalidade. A intervenção penal do Ministério Público, tanto no âmbito de sua função institucional como no plano processual, é a de órgão imparcial. Sua posição é absolutamente imparcial, porque deve obediência somente

à Constituição e à legislação infraconstitucional. Tal posição advém das prerrogativas e garantias institucionais que lhe foram atribuídas (CF, art.127), sobretudo a da independência funcional.

Assim como no arquivamento do inquérito policial ou peças de informação, o controle de atuação do Ministério Público, quando há dissenso entre o Promotor de Justiça e o Magistrado quanto à propositura da transação penal ou suspensão condicional do processo, num primeiro momento, será feito pelo Poder Judiciário que, discordando, deverá submeter a questão ao Procurador-Geral, órgão de revisão.

Em face do princípio da independência funcional, da legalidade e da exclusividade da iniciativa da ação penal pública, não pode o Magistrado substituir a vontade do Promotor de Justiça diante da recusa deste em apresentar a proposta. Nem mesmo diante do seu silêncio, como no caso de não comparecimento na audiência preliminar, apesar de devidamente intimado ou no de oferecer a denúncia e silenciar sobre a propositura da suspensão condicional do processo.

Mas é claro que a discricionariedade do titular da ação penal não pode ficar adstrita ao subjetivismo de cada órgão de execução, devendo-se aplicar então, analogicamente, a regra prevista no art. 28 do CPP, impondo-se, assim, o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para orientação de política criminal.

Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no HC 75.343-MG, julgado em 12.11.1997, conforme mencionado no seguinte acórdão:

*Suspensão condicional do processo – Artigo 89 da Lei 9.099/95 – Faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem não pode o Juiz substituir-se – Retroatividade – Encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça – Provimento do apelo – É entendimento já consagrado em decisões jurisprudenciais que a iniciativa de propor a suspensão condicional do processo, na forma do art. 89 da Lei 9.099/95, é faculdade exclusiva do Ministério Público, a quem compete privativamente promover a ação penal pública (CF, art. 129, I), sendo vedado ao Juiz da causa substituir-se aquele órgão. Assim, conforme já decidido, inclusive no STF, em Sessão Plena, no HC 75.343-MG, ‘não cabe ao Magistrado, ante recusa fundamentada do Ministério Público, a requerimento de suspensão condicional do processo, o exercício de tal faculdade, visto que não se trata de direito subjetivo do réu, mas de ato discricionário do *parquet*’. Decidiu, também, o Supremo, no mesmo julgamento, que, ‘na hipótese do Promotor de Justiça recusar-se a fazer a proposta, o Juiz, verificando presentes os requisitos objetivos para a suspensão do processo, deverá, encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que este se pronuncie sobre o oferecimento, ou não, da proposta’, pois, ‘tendo o referido artigo a finalidade de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal para efeito de política criminal, impõe-se o princípio constitucional*

da unidade do Ministério Público para orientação de tal política (CF, art. 127, §1º), não devendo essa discricionariedade ser transferida ao subjetivismo de cada Promotor' (TJRJ – AC 789/96 – Rel. Des. Índio B. Rocha).

3. Conclusões

As propostas de transação penal e de suspensão condicional do processo constituem, nos termos da Lei 9.099/95, atos privativos do Ministério Público, pois são sucedâneos da iniciativa em promover, privativamente, a ação penal pública (CF, art. 129, inciso I).

Ambos os institutos tratam de atos consensuais, o que torna indispensável a manifestação de ambas as partes, ou seja, o *dominus litis* da ação penal e o autor do fato ou réu, sendo impossível a substituição deles pelo Magistrado, que, no caso da transação penal, deve atuar como mediador.

A transação penal e a suspensão condicional do processo mitigam os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, ao adotar a Lei 9.099/95 o princípio da discricionariedade regrada.

As propostas da transação penal e da suspensão condicional do processo são atos privativos do Ministério Público, de acordo com os artigos 76 e 89 da referida Lei, não se podendo obrigar, assim, o Ministério Público a fazer essas propostas ou a oferecer a ação penal.

O texto legal não previu a possibilidade de o Juiz, de ofício, propor a transação penal ou a suspensão condicional do processo. Assim, não pode o intérprete, onde a lei não distinguiu, fazê-lo.

No sistema adotado, as propostas da transação penal e da suspensão condicional do processo cabem ao Ministério Público, não sendo admitida ao defensor, ou ao Juiz, sua proposição, caso o *Parquet* assim não faça. É totalmente desarrazoado o Magistrado substituir o membro do Ministério Público quando este se recusa a oferecer a proposta, fazendo-o em seu lugar e homologando o que ele mesmo, Magistrado, propôs ao autor do fato.

Conforme previsão constitucional, as funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira (CF, art. 129, §2º).

Diante do silêncio ou da recusa do Promotor de Justiça, deve o Juiz, segundo entendimento majoritário, enviar o termo circunstanciado de ocorrência ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal, cabendo ao Chefe da Instituição decidir-se por concordar ou não com o Juiz, propondo a transação ou a suspensão condicional do processo, designando outro órgão do Ministério Público para fazê-lo ou, ainda, insistir em não formular essas propostas.

Entendimento contrário violaria a autonomia de vontade do titular da ação penal, o princípio da independência funcional do Ministério Público e princípios constitucionais processuais, como o da iniciativa de promover, privativamente, a ação penal pública.

O Ministério Público na intervenção penal, tanto no âmbito de sua função institucional quanto no plano processual, é órgão imparcial, pertencente à administração e suas ações devem pautar-se pelo princípio da legalidade.

Em face dos princípios da legalidade e da independência funcional, deve o Ministério Público obediência à Constituição e às leis, não podendo o Magistrado substituir sua vontade, diante de sua recusa em propor os institutos descarcerizadores, introduzidos no ordenamento jurídico pela Lei 9.099/95, por ser do Ministério Público a exclusividade da titularidade da ação penal pública.

Em caso de dissenso entre Promotor de Justiça e Magistrado deve-se aplicar analogicamente a regra do art. 28 do CPP, impondo, assim, o princípio constitucional da unidade do Ministério Público para orientação de política criminal. Assim, a discricionariedade do titular da ação penal não ficará adstrita ao subjetivismo de cada Promotor de Justiça.

4. Referências bibliográficas

BATISTA, Weber M.; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo*: a Lei 9.099/95 e a doutrina mais recente. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7. ed. v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MACHADO, Agapito. *Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.