

3.4.2 Transação penal e “sursis” processual na ação penal privada exclusiva e o papel do Ministério Público

Carlos Alberto da Silveira Isoldi Filho

Promotor de Justiça Assessor Especial da Procuradoria-Geral de Justiça
Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Com o advento da Lei nº. 9.099/95, houve um entendimento inicial de que nos casos de delitos em que se procede mediante ação penal privada não seria possível o oferecimento da transação penal e do *sursis* processual, tendo em vista que os arts. 76 e 89 da citada lei fazem referência apenas à hipótese de ação penal pública.

Esse posicionamento decorre de uma interpretação literal dos mencionados dispositivos legais que causa injustiças e afronta a hierarquia das normas, por infringir diversos princípios constitucionais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do devido processo legal (art. 1º, inc. III, art. 5º, *caput* e inc. LIV, da Carta Magna).

Atualmente, porém, essa questão encontra-se superada, havendo inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação da transação penal e do *sursis* processual aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, inclusive nas ações penais exclusivamente privadas¹. Nesse contexto, resta sabermos quem deve propor essas benesses no caso de ação penal privada: seria o querelante (ou quem tenha qualidade para representá-lo) ou o membro do Ministério Público?

Tal questão ainda é controversa, mas, a nosso ver, na hipótese de ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público pode, no caso de omissão infundada do quereloso, propor a transação penal ou a suspensão condicional do processo (art. 29 do CPP).

No que tange à ação penal privada exclusiva, entendemos que a legitimidade para oferecer tais benefícios é tão-somente do querelante (ou seu representante), por ser o único titular da ação (art. 30 do CPP), motivo pelo qual, nesse caso, o representante do Ministério Público não pode suplantar a vontade do querelante e oferecer transação penal ou *sursis* processual ao querelado, da mesma forma que não cabe ao *parquet* apresentar peça de ingresso nas ações dessa natureza, caso o ofendido (ou seu representante) não o faça. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA. I. Suspensão condicional do processo e recebimento de denúncia. Cabível, em tese, a suspensão condicional do processo, é válido o acórdão que não a tendo proposto o autor da ação recebe a denúncia ou queixa e determina que se abra vista ao MP ou ao querelante para que proponha ou não a suspensão: não faria sentido provocar a respeito o autor da ação penal antes de verificada a viabilidade da instauração do processo. II. Suspensão condicional do processo instaurado mediante ação penal privada: acertada, no caso, a admissibilidade, em tese, da suspensão, a legitimidade para propô-la ou nela assentir é do querelante, não, do Ministério Público – grifamos (HC 81720/SP Rel. Min. Sepúlveda Pertence - 1ª Turma data do julgamento 26/2/2002 publicação D.J. 19/4/2002).

Nesse contexto, o autor da ação penal privada deve proceder nos moldes do art. 89, *caput*, da Lei nº. 9.099/95, ou seja, propor o *sursis* processual no momento da apresentação da queixa.

Discute-se, porém, como o ofendido (ou seu representante) deve proceder no caso de transação penal: peticionar ao juiz requerendo a designação de audiência preliminar para

tentativa de composição civil e transação penal, sem apresentar queixa; ou oferecer a peça de ingresso junto com a proposta de transação para o caso de não se chegar a uma composição civil?²

Cremos que o legitimado para ação penal privada exclusiva pode optar por qualquer desses dois caminhos, atentando, porém, para o risco de decadência (art. 38 do CPP), caso seja pedida a designação de audiência preliminar sem o concomitante oferecimento da queixa, visto que pode haver demora na realização desse ato. Destarte, é recomendável a apresentação da queixa junto com o pedido de designação de audiência para tentativa de composição civil e proposta de transação penal.

E qual seria a consequência na hipótese de omissão infundada do querelante em propor a transação penal ou o *sursis* processual? Nesse caso, o representante do Ministério Público ou o próprio juiz poderiam propor tais medidas, por se tratar de direito subjetivo do querelado?

Embora o juiz não seja um mero espectador nas audiências designadas para oferecimento de transação penal ou de *sursis* processual, visto que é sua incumbência o controle da legalidade e da razoabilidade da proposta, não poderá, de forma alguma, oferecer tais benefícios em nome do querelante, assim como não pode fazê-lo no lugar do Ministério Público nos casos de ação penal pública (Súmula 696 do STF), devido ao princípio do *ne procedat iudex ex officio*.

O representante do Ministério Público, por sua vez, também não pode requerer a aplicação dessas medidas no lugar do querelante, nem mesmo como *custos legis*, visto que, não obstante seja um direito subjetivo do querelado, é o querelante quem deve sofrer as consequências de sua infundada omissão no caso de ação penal privada exclusiva.

Assim sendo, se o querelante deixa de oferecer, sem fundamento, a transação penal ou o *sursis* processual, é forçoso o reconhecimento da perempção, após o decurso do prazo de 30 dias, com a consequente extinção da punibilidade do querelado (art. 60, inc. I, do CPP, e art. 107, inc. IV, do CP).

Caso o querelante ofereça a transação ou a suspensão condicional do processo com condições desproporcionais (ex: pagamento de elevada soma a instituição de caridade), caberá ao membro do Ministério Público manifestar-se de forma contrária e ao juiz indeferir a pretensão da parte. Porém, se o querelado aceitar a proposta desproporcional e, assim mesmo, houver homologação judicial, o Ministério Público, como *custos legis*, tem legitimidade para recorrer.

Concluimos, portanto, que, na ação penal exclusivamente privada, o papel do Ministério Público, como fiscal da lei, será apenas de mediador, visando ao consenso entre querelante e querelado, não podendo oferecer transação penal ou suspensão condicional do processo no caso de omissão infundada do ofendido (ou seu representante), até porque o direito penal não pode servir de instrumento para a mera vingança privada. No caso de efetiva homologação judicial de qualquer dessas medidas, com condições não razoáveis e desproporcionais ao fato praticado, o representante do Ministério Público deve recorrer na condição de *custos legis*.

Notas e referências bibliográficas:

¹ RHC 13800/SP Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, data do julgamento 28/10/2003 publicação D.J. 01/12/2003, p. 368; HC 32924/SP Rel. Min. Gilson Dipp 5ª Turma data do julgamento 28/4/2004 publicação D.J. 14/6/2004, p. 258; HC 34085/SP Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma data do julgamento 8/6/2004 publicação D.J. 2/8/2004, p. 457.

² ANSANELLI JUNIOR, Angelo. *A transação penal nos crimes de ação penal privada*. Belo Horizonte: Boletim do Instituto de Ciências Penais, nº. 44 ano III, março de 2004, p. 6; ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Considerações Práticas sobre o Juizado Especial Criminal*. Belo Horizonte: Boletim do Instituto de Ciências Penais, nº. 43 ano III, janeiro/fevereiro de 2004, p. 9.