

RECORRIBILIDADE DA DECISÃO QUE DEIXA DE HOMOLOGAR A PROPOSTA DE TRANSAÇÃO PENAL

SHEYLA P. DO CARMO SOARES

1. Introdução

O constituinte previu no art. 98, I, da Constituição da República de 1988 que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

O legislador infraconstitucional editou, em 1995, a Lei nº 9.099, regulamentando o mandamento constitucional. Denominada Lei dos Juizados Especiais, essa norma foi um aceno de uma nova perspectiva de modernização do processo penal.

Seu artigo 62 apresenta ao intérprete os critérios que devem nortear a aplicação prática da lei, estabelecendo que os Juizados se regerão pela oralidade, informalidade, economia processual e celeridade. Além disso, são objetivos precípuos a serem perseguidos pelos operadores do direito, na aplicação desta lei, a reparação civil dos danos causados em decorrência da infração penal e a substituição da pena privativa de liberdade por outra que não tenha essa natureza.

Desde que foram criados, os Juizados Especiais Criminais têm suscitado inúmeros debates sobre a adequação dos procedimentos previstos na Lei nº 9.099/1995 para o tratamento dos delitos de sua competência.

Em que pese a existência de inúmeros avanços operados pela aplicação diuturna da referida lei no âmbito dos juizados, inúmeras divergências jurisprudenciais foram sendo travadas ao longo dos aproximadamente 20 (vinte) anos de sua vigência.

Considerando-se esse panorama, o presente artigo tem por objetivo problematizar a adequação da sistemática recursal prevista na Lei nº 9.099/1995, em especial a celeuma relativa ao

recurso cabível em face da decisão judicial que não homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho a partir dos princípios do contraditório e do duplo grau de jurisdição, conceituando-os à luz do Estado Democrático de Direito, para então se propor uma reflexão acerca da paridade de armas no processo penal.

Em seguida, apresentar-se-á, sinteticamente e nos estreitos limites deste trabalho, uma análise das fases do procedimento sumaríssimo, bem como uma explanação acerca do papel dos sujeitos processuais nas fases do procedimento penal previsto na Lei dos Juizados Especiais. No mesmo capítulo, explicitar-se-á a problemática jurisprudencial relativa ao questionamento nodal do trabalho, atinente ao recurso cabível da decisão judicial que não homologa a transação penal oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, na fase preliminar do procedimento sumariíssimo.

Por fim, serão mostradas as conclusões às quais foi possível chegar, a partir das reflexões apresentadas no trabalho.

2. O processo penal e o paradigma do Estado Democrático de Direito

O reconhecimento e o imperativo de preservação de direitos fundamentais, bem como a ideia de participação nas decisões, são indissociáveis do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito.

A necessidade dessa participação exige que os interessados integrem ativamente a preparação das decisões e impede que o processo seja concebido como mero instrumento de positivação de qualquer tipo de poder.

A partir da ótica do jurista italiano Fazzalari, o processo passa a ser, grosso modo, compreendido como uma espécie de procedimento, em contraditório, realizado entre as partes, que devem estar em posição de simétrica paridade, objetivando a preparação do provimento final (LEAL, 2005). O contraditório, nas palavras de Gonçalves, é

[...] a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. (GONÇALVES, 2001, p. 127).

O princípio do contraditório e a simétrica paridade de armas no processo penal também devem ser pensados e estudados à luz do sistema processual acusatório, a fim de assegurar a isonomia entre as partes na possibilidade de ação e reação em relação a todos os atos e em todas as fases processuais.

Lima (2013), lembrando as lições de Luigi Ferrajoli, afirma que:

[...] são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento. (LIMA, 2013, p. 4).

Sobre o tema, a doutrina afirma que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio acusatório para o Direito Processual Penal. Contudo, considerando-se alguns delineamentos do Código de Processo Penal (CPP), o sistema atualmente em vigor seria, em verdade, misto, ou seja, dotado de características acusatórias e inquisitórias.

A respeito dessa celeuma e, em brilhante crítica, Prado assevera que:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo, pelo menos como regra para as infrações de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia. Tem razão o mestre Frederico Marques ao assinalar que a Constituição preconiza a adoção e efetivação do sistema acusatório. Também tem razão Hélio Tornaghi, ao acentuar que há formas inquisitórias vivendo de contrabando no processo penal brasileiro, o que melhor implica em considerá-lo, na prática, misto. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade. (PRADO, 2006, p. 195, grifo nosso).

Portanto, sob o enfoque do paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo penal deve cumprir sua função precípua de resguardar os direitos fundamentais dos envolvidos na persecução penal (indiciado, réu, condenado e vítima). Assim, o processo “[...] é e deve ser sempre uma garantia individual, destinada a promover, o quanto

possível, a igualdade entre as partes no curso do processo [...]” (OLIVEIRA, 2004, p. 158-159).

Por esse motivo, é de extrema relevância a adoção efetiva do princípio acusatório, sob o prisma da isonomia na participação do processo, primando-se pela imparcialidade do órgão julgador, para que possa efetivamente garantir a simétrica paridade de armas ao órgão acusador – na garantia dos interesses da vítima e da sociedade – e à defesa – na garantia dos direitos e interesses do autor ou réu.

3. O princípio do duplo grau de jurisdição no processo penal à luz da simétrica paridade de armas

Sabe-se que o duplo grau de jurisdição não é um princípio expressamente previsto, apesar de a Constituição de 1988 ter atribuído competência recursal a diversos órgãos da jurisdição.

Contudo, em matéria processual penal, o duplo grau de jurisdição encontra sua garantia absoluta estampada na Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, cujo artigo 8º, n. 2, letra h, estabelece:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

(BRASIL, 1992, grifo nosso).

Em matéria de princípios e direitos fundamentais, o intérprete e operador do direito, ao aplicá-los, deve ter sempre em mente suas características. Dentre as diversas elencadas pela doutrina, destacam-se a **indivisibilidade** e **interdependência**. Grosso modo, elas apontam no sentido de que os princípios e direitos fundamentais compõem um único conjunto de direitos, não podendo ser analisados de maneira isolada, mas sim como um todo, um bloco que apresenta interpenetrações para atingir suas principais finalidades.

Assim, pode-se afirmar que o princípio do duplo grau de jurisdição deve ser lido e interpretado à luz de outros princípios, em especial, o princípio do contraditório.

O contraditório sempre foi entendido pela doutrina como o direito à ciência bilateral dos atos e a possibilidade isonômica de contrariá-los. Lima (2013), descrevendo a noção clássica do contraditório, leciona que:

De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo

qual se vale a doutrina da expressão “audiência bilateral”, consubstanciada pela expressão em latim *audiat et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis. (LIMA, 2013, p. 13-14)

Entretanto, conforme os mencionados ensinamentos de Élio Fazzalari, o princípio do contraditório passou a ser analisado no sentido de garantir às partes as reais possibilidades de se pronunciarem sobre os atos que beneficiem a parte contrária. Isso se consubstancia no respeito à paridade de tratamento (*par conditio*, ou paridade de armas). Mais uma vez, na lição de Lima:

De fato, de nada adianta se assegurar à parte contrária a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, se não lhe são outorgados os meios para que tenha condições reais e efetivas de contrariá-los. Há de se assegurar, pois, o equilíbrio entre a acusação e defesa, que devem estar munidas de forças similares. O contraditório pressupõe, assim, a paridade de armas: somente pode ser eficaz se os contendentes possuem a mesma força, ou, ao menos, os mesmos poderes. (LIMA, 2013, p. 15).

É certo, portanto, à luz da interdependência dos direitos e princípios fundamentais, que o duplo grau de jurisdição, compreendido como uma das armas colocadas à disposição das partes no processo penal, deve ser interpretado e aplicado em consonância com a paridade de armas inerente à moderna noção do princípio do contraditório.

Por outro lado, é sabido que, no âmbito do Direito Processual Penal, existem exceções processuais à isonomia entre as partes, que são direcionadas à proteção do acusado. Exemplos disso é o recurso de embargos infringentes e de nulidade e a ação autônoma de impugnação para a revisão criminal, que só podem ser interpostos em favor do réu e do condenado, consoante, respectivamente, o artigo 609, parágrafo único, e o artigo 623 do CPP.

Contudo, não se pode olvidar o princípio geral de direito segundo o qual as exceções devem ser interpretadas restritivamente. Ou seja, não cabe ao julgador excepcionar e restringir uma medida ou via recursal apenas ao réu, quando o legislador assim não o fez. Isso fere o princípio da simétrica paridade de armas e da isonomia processual.

Assim, pode-se concluir que, vigendo em nossa sistemática recursal o princípio do duplo grau de jurisdição e que a paridade de armas está indissociavelmente relacionada ao devido processo legal e ao contraditório, as decisões no processo penal, em regra, devem ser recorríveis por ambas as partes – acusação e defesa.

4. Recorribilidade da decisão que não homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público - breve análise sobre as fases do procedimento sumariíssimo

A Lei dos Juizados Especiais divide o procedimento penal sumariíssimo em duas fases, uma preliminar e outra direcionada à persecução penal, denominada fase judicial, que inaugura o procedimento sumariíssimo propriamente dito.

Na fase preliminar, há dois objetivos a serem perseguidos: a composição civil dos danos e a transação penal. Caso não se atinja um desses objetivos, o processo deve seguir a sua marcha, em regra, rumo à persecução penal judicial.

A composição dos danos civis tem natureza jurídica de medida despenalizadora. Se o crime for de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação, uma vez realizada essa composição dos danos civis, a consequência será a renúncia ao direito de queixa ou ao direito de representação. A renúncia, portanto, funcionará como uma causa extintiva da punibilidade.

O texto contido no artigo 74, *caput* e parágrafo único, desta lei diz o seguinte:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Quanto à transação penal, tem-se que é uma espécie de acordo celebrado entre o Ministério Público e o suposto autor da infração penal, pelo qual se propõe a aplicação imediata de medida restritiva de direito ou multa, dispensando-se a instauração do processo.

Sabendo o legislador dos efeitos deletérios de um processo penal, a Lei dos Juizados Especiais visa trazer a resolução por meio do acordo consensual. Este acordo é bom não apenas para o aparato estatal, na medida em que evita um processo e busca a aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou de multa. Ele é extremamente benéfico também para o investigado, que, aceitando a proposta, não responderá a processo criminal.

Quanto à transação penal, a única consequência restritiva aos direitos do autor é a impossibilidade de aceitar nova transação no prazo de 5 anos. Vejamos o que diz a legislação sobre o instituto:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A transação penal funciona também como uma importante forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Isso não quer dizer que há uma discricionariedade ampla por parte do Ministério Público, já que a própria lei estabelece os requisitos objetivos e subjetivos para o oferecimento da transação penal ao autor do fato.

Por isso, vários doutrinadores afirmam que, no âmbito do instituto da transação penal, deve-se abandonar o princípio da obrigatoriedade da ação penal e pensar no princípio da discricionariedade regrada ou mitigada, consoante Lima:

Como se vê, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento de denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 76 da Lei dos Juizados, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa. Nessa hipótese, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, daí porque se denomina de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada. (LIMA, 2013, p. 192).

Ultrapassada a fase preliminar sem que tenha havido a extinção da punibilidade do autor, dar-se-á início à fase de judicialização, prevista nos artigos 77 e seguintes da Lei nº 9.099/1995.

Portanto, na fase preliminar, considerando todo o exposto, conclui-se que há um protagonismo das partes – Ministério Público e o autor do fato. Ou seja, nessa fase, à luz do princípio acusatório e da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, compete ao Juiz o importante papel de garantir que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais da vítima e do autor do fato.

Cabe ainda observar que o legislador, no *caput* do artigo 76, conferiu ao Ministério Público, como titular da ação penal, a prerrogativa de requerer o arquivamento do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), quando vislumbrar a atipicidade do fato nele narrado. Ou seja, não sendo típico o fato narrado no termo, cabe ao Ministério Público, e não ao Juiz, propor o arquivamento dos autos.

Assim como não é dado ao órgão julgador a possibilidade de arquivar de ofício os autos do inquérito policial, também não há que se falar nessa possibilidade no âmbito do procedimento sumariíssimo, com o arquivamento do TCO.

5. Qual o recurso disponível ao Ministério Público diante da decisão judicial que não homologa a transação penal proposta?

A decisão que homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público é atacável via apelação, segundo dicção legal:

Art. 76. [...]

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

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

Pela leitura desse dispositivo, ressaí o seguinte questionamento: é possível ao Juiz não homologar a transação penal proposta e aceita pelo autor do fato e extinguir o processo?

Como já discutido, parece que o legislador, ao subdividir o procedimento sumariíssimo em duas fases, quis conferir, na fase preliminar, discricionariedade às partes – Ministério Público e autor do fato –, já que ambos abdicam de prosseguir com o processo, por meio da transação penal. Ou seja, a discricionariedade é dada tanto ao autor do fato, que poderia ter, eventualmente, a chance de prosseguir com o processo e ser beneficiado de alguma forma, quanto ao Ministério Público, que mitiga a indisponibilidade da ação penal pública.

Por isso, conclui-se que nessa fase o legislador tenha reservado um âmbito menor para a participação do julgador.

Assim, a depender da postura assumida pelo julgador na fase preliminar, haverá uma ingerência indevida na área em que a lei reservou à discricionariedade das partes, realizando, na verdade, uma violação ao princípio da celeridade. Isso causaria uma inversão do procedimento, incidindo em *error in procedendo*, violando o princípio do devido processo legal insculpido no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal e indo de encontro ao princípio da celeridade processual previsto no artigo 2º da 9.099/1995.

Não se quer, com essas considerações, afirmar que o Juiz terá um papel de mero espectador na fase preliminar do procedimento sumariíssimo. Ao contrário, a ele competirá o relevante papel de mediador do conflito posto. A ele

cabará a orientação dos interessados pelos critérios legais, velando para que as partes se componham segundo critérios da pacificação social. Portanto, compete ao magistrado a verificação da legalidade da adoção da medida proposta e a análise de sua conveniência, sempre levada em conta, todavia, a vontade das partes.

Não se pode esquecer que, quando o legislador quis autorizar o Juiz a alterar de ofício algo acordado entre as partes, ele o fez expressamente, como se pode observar do § 1º do artigo 76 da lei.

Uma questão que deve ser analisada é: qual a natureza jurídica da decisão que não homologa a transação penal proposta pelo Ministério Público?

Em verdade, uma decisão desse tipo põe termo à relação processual sem decidir seu mérito, revestindo-se de natureza de decisão terminativa.

O artigo 92 da Lei nº 9.099/1995 prevê que se aplicam as disposições do Código Penal e do CPP, no que não forem incompatíveis com o procedimento sumariíssimo do Juizado Especial Criminal.

O artigo 593, II, do CPP, por sua vez, dispõe que:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) [...]

II - das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948).

As decisões com força de definitivas são entendidas pela doutrina como aquelas interlocutórias mistas que não decidem o mérito, mas põem fim à relação processual (terminativas) ou a uma etapa do procedimento (não terminativas).

A respeito do cabimento do recurso de apelação na hipótese prevista no artigo 593, II do CPP, Norberto Avena leciona:

Contra as decisões interlocutórias mistas, sejam terminativas, sejam não terminativas, o recurso cabível será o recurso em sentido estrito, se prevista em lei a sua utilização ou se possível justificar seu cabimento por interpretação extensiva de alguma das hipóteses contempladas na legislação. Não sendo hipótese de RSE, as interlocutórias mistas terminativas poderão ser impugnadas por meio da apelação subsidiária (ou supletiva) prevista no artigo 593, II, do CPP. Destarte, ao referir-se esse dispositivo às “decisões definitivas ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular hipóteses não previstas no capítulo anterior”, como tal devem-se compreender as “decisões interlocutórias mistas terminativas ou não terminativas, proferidas por juiz singular, nos casos em que não couber recurso em sentido estrito”. Considerando que na hipótese do inciso II do artigo 593 do CPP, opositamente ao que ocorre com os incisos I e III do mesmo dispositivo, a apelação possui caráter residual frente ao recurso em sentido estrito, depreende-se inaplicável, aqui, a regra inserta no § 4.º do aludido artigo 593, que dispõe sobre a prevalência da apelação sobre o

RSE. Nesse caso, enfim, o RSE assume a posição de recurso principal e a apelação, de recurso subsidiário. (AVENA, 2014, p. 2451-2452)

Depreende-se, portanto, que a decisão que não homologa a transação penal oferecida pelo Ministério Público e aceita pelo condenado põe termo à relação processual e é uma decisão com força de definitiva, a desafiar, conseqüentemente, a interposição de recurso de apelação, com fundamento no artigo 593, II, segunda parte, do CPP.

Também é esse o entendimento da doutrina. Segundo Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior:

A apelação é admissível contra sentenças definitivas de condenação ou absolvição e contra decisões definitivas ou com força de definitivas (CPP, artigo 593). Logo, a apelação é interposta contra uma decisão: a) que põe fim ao processo com julgamento do mérito; b) que encerra a relação processual; c) que põe termo a um procedimento. A decisão que não homologou a transação, na verdade, pôs fim ao procedimento que trata desse instituto. Conseqüentemente o recurso é apelação. (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR, 2009, p. 610)

Polastri Lima também tem entendimento no mesmo sentido:

Na verdade, a rigor trata-se de decisão interlocutória, em se entendendo que o procedimento do Juizado é uno, tendo o devido processo conciliatório, a impedir um processo específico, e, desta forma, findo o processo, nada obstará à conclusão de que tal decisão, a se impedir a transação penal, teria força de definitiva neste sentido, podendo ser utilizada a apelação do artigo 593, II, do Código de Processo Penal. (grifo nosso) (POLASTRI LIMA, 2001, p. 74-75)

Há ainda decisões no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando casos concretos em que o julgador monocrático não homologou a transação penal proposta pelo Ministério Público e aceita pelo autor do fato, por entender que o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 seria inconstitucional. Nesses casos, o Tribunal vem entendendo que a referida decisão tem natureza terminativa e, portanto, é atacável via recurso de apelação, senão, vejamos:

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL - TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA - USO DE DROGAS - TRANSAÇÃO PENAL - MAGISTRADO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 E NÃO HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL - DECISÃO TERMINATIVA ATACÁVEL POR APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO. v.v. CORREIÇÃO PARCIAL - TCO - USO DE DROGAS - ARQUIVAMENTO - CONHECIMENTO. Relator: Desembargador Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 03/02/2014 – Publicação – 14/02/2014.

EMENTA: CORREIÇÃO PARCIAL - TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA - USO DE DROGAS - TRANSAÇÃO PENAL - MAGISTRADO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 E NÃO HOMOLOGA A TRANSAÇÃO PENAL - DECISÃO TERMINATIVA ATACÁVEL POR APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO. Relator: Desembargador

Alexandre Victor de Carvalho. Data do Julgamento: 10/10/2013 – Publicação – 23/10/2013.

Portanto, considerando que o entendimento da 1ª Turma Recursal é no sentido de não ser cabível o recurso de apelação em face de decisão que não homologa a transação penal e tal decisão vai de encontro ao entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que, por sua vez, tem entendido não ser cabível a correção parcial, mas sim de recurso de apelação, vislumbra-se a violação do direito líquido e certo do Ministério Público de recorrer, bem como violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, presente na sistemática jurisdicional brasileira.

A Turma Recursal dos Juizados Especiais da comarca de Belo Horizonte, em alguns julgados, vem entendendo que a decisão que deixa de homologar a transação penal equipara-se àquela que determina o arquivamento de ofício do inquérito policial ou do TCO, estando, portanto, fora das hipóteses do sistema recursal adotado pela Lei dos Juizados Especiais, ostentando natureza de decisão irrecorrível.

É certo que a decisão judicial que determina o arquivamento do inquérito policial é, em regra, irrecorrível, excetuando-se algumas hipóteses expressamente previstas em lei, como o artigo 7º da Lei nº 1.521/1951 e artigo 6º, parágrafo único, da Lei nº 1.508/1951.

Contudo, apesar de, em regra, serem irrecorríveis as decisões que determinam o arquivamento do inquérito policial, a interpretação da referida Turma Recursal se revela incabível, na medida em que ignora o fato de que inexistente a hipótese de arquivamento de ofício no processo penal.

Tal tema é pacífico na doutrina à luz do explicitado sistema processual acusatório. Na lição de Lima (2013, p. 137), “como o juiz não é titular da ação penal, a ele não é permitido determinar o arquivamento do inquérito policial de ofício [...]”. No mesmo sentido, tem-se a lição de Avena, que ainda detalha o procedimento a ser adotado em caso de discordância do Juiz em relação ao arquivamento proposto pelo Ministério Público:

Tratando-se, porém, de hipótese de arquivamento do inquérito policial, deverá o Ministério Público promovê-lo fundamentadamente, abrangendo, na respectiva manifestação, todos os investigados e todos os delitos apurados no expediente policial. Para produzir efeitos, esse arquivamento deverá ser homologado pelo juiz. Discordando desta solução, deverá o magistrado, no âmbito da Justiça Estadual, remeter o inquérito ao Procurador-Geral de Justiça, que deliberará a respeito. Caso este entenda que razão assiste ao Promotor que postulou o arquivamento, devolverá o inquérito ao juiz, insistindo no arquivamento, caso em que o magistrado estará obrigado a acolher o pedido. Na eventualidade de entender que a razão está com o magistrado que desacolheu o arquivamento, poderá o Procurador-Geral de Justiça oferecer diretamente a denúncia (hipótese que não acontece, na prática) ou designar outro Promotor para fazê-lo, mediante delegação, o qual não poderá recusar-se a dar início à ação penal sob pena de estar cometendo falta funcional – afinal, o Promotor designado estará agindo, nesse caso, em nome do Procurador-Geral de Justiça. (AVENA, 2014, p. 465-466).

6. Conclusão

Diante do exposto, deve-se tentar responder ao questionamento inicial proposto como problema do presente trabalho. Estariam corretas as interpretações judiciais que vêm entendendo serem irrecorríveis as decisões que não homologam a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público?

A conclusão a que se pode chegar é que tais decisões não estão corretas, pois violam o princípio da paridade de armas contido na moderna concepção do contraditório, lido à luz do Estado Democrático de Direito e da isonomia processual.

Conclusão diversa seria incoerente com o paradigma processual democrático. A tendência é, ao contrário do que se extrai das decisões judiciais que retiram do Ministério Público a possibilidade de recorrer de uma decisão, considerar que as partes devem estar em situação de simétrica paridade de armas, reservando-se ao julgador o importante papel de garantidor dos princípios e direitos fundamentais em jogo no processo.

Não se quer dizer que o julgador não possa avaliar a tipicidade ou atipicidade da conduta na fase preliminar, deixando, conforme o caso, de homologar a transação penal proposta pelo Ministério Público. Tal conclusão faria como que o magistrado fosse relegado ao mero papel de espectador, que diante de um caso manifestamente atípico, em seu entendimento, estaria de mãos atadas, não podendo realizar o controle da atividade do órgão acusador.

Contudo, do mesmo modo, não se revela proporcional a conclusão segundo a qual o órgão acusador estaria impossibilitado de recorrer dessa mesma decisão.

Havendo a possibilidade de recurso por parte da defesa e não havendo meios para que o Ministério Público se insurja contra essa decisão, estar-se-á diante de flagrante violação do princípio do contraditório, sob o prisma da paridade de armas, devendo-se entender como arma, nesse caso, a possibilidade de se interpor recurso da decisão judicial.

Revela-se ainda mais inadequado o entendimento segundo o qual a referida decisão se equipara ao arquivamento de ofício pelo órgão julgador, uma vez que não há guarida para essa figura no nosso sistema penal, que se pretende acusatório, como se demonstrou neste trabalho.

Ou seja, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, considerada essa o instrumento para que se possa perquirir em juízo os principais bens jurídicos eleitos pelo filtro da *ultima ratio*, estaria o órgão acusador, em relação ao autor do fato, em situação de flagrante desvantagem processual.

Haveria, assim, uma falta de simetria consistente na possibilidade de o autor do fato recorrer quando a transação penal é homologada pelo juízo, ficando o Ministério Público de mãos atadas quando, ao contrário, o Juiz deixa de homologá-la.

Por fim, deve-se reconhecer, portanto, como mais acertada a interpretação segundo a qual a decisão que não homologa a transação penal é recorrível mediante apelação, isso à luz do princípio da paridade de armas e do princípio do duplo grau de jurisdição, aliados às disposições legais contidas no artigo 92 da Lei 9.099/1995 e do artigo 593, II, do CPP.

Referências Bibliográficas

AVENA. Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 6. edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 19 set. 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomsom, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro Impetus. 2013

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 5. ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

POLASTRI LIMA, Marcellus. **Novas Leis Criminais Especiais comentadas por artigos**. Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2001.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. 6. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Editora RT, 2009.