

A legitimidade exclusiva da oferta da transação penal pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada

The exclusive right of the Public Prosecutor's Office to offer plea bargains even in case of private prosecution

Bruno Guimarães*

Sumário

1. Introdução. 2. Do desenvolvimento da questão e definições conceituais pertinentes. 3. Do oferecimento da transação penal pelo MP nos crimes de ação penal privada. 4. Conclusões. Referências bibliográficas.

Resumo

Ação penal de iniciativa privada e oferta de transação penal com exclusividade pelo Ministério Público. Estudo que se faz com base no juízo de proporcionalidade e legalidade, este último aspecto, com maior foco na diferenciação entre legitimidade para deflagração da persecução e punibilidade, planos distintos que não se confundem e que se alinham à impossibilidade de o particular, ora ofendido, negociar pena com o seu próprio ofensor. Conclusão pela impessoalidade do MP na oferta da transação penal, que é espectro da punibilidade, ainda que negociada, e da coerência do sistema no que tange ao procedimento entre crimes mais graves, em confronto com os menos graves e objeto de ações privadas.

Summary

Private prosecution and the exclusive right of the Public Prosecutor's Office to offer plea bargains. This study is based on the principles of proportionality and legality, the latter focusing on the distinction between the legitimacy to initiate prosecution and punishability – distinct and separate aspects that align with the impossibility of a private individual, the victim, negotiating a punishment with their own offender. The conclusion is that the Public Prosecutor's Office must act impartially in offering plea bargains, which are a matter of

* Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, titular do V Juizado Especial Criminal da Capital/RJ. Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mestre em Direito e pós-graduado em Ciências Penais.

punishability, even when negotiated, and that the system is coherent in its procedures between more serious crimes and less serious crimes subject to private prosecution.

Palavras-chave: Ação Penal Privada. Transação Penal. Exclusividade e legitimidade do Ministério Público.

Keywords: *Private Criminal Action. Criminal transaction. Exclusivity and legitimacy of the Public Prosecutor's Office.*

1. Introdução

O tema a ser analisado não conta com muitos apontamentos (ou mesmo mais profundos) na doutrina, vazio que se repete na jurisprudência nacional.¹ Tal vácuo é desproporcional à sua ocorrência na vida forense, e o que abunda na vida prática não corresponde, portanto, ao que carece na teoria e jurisprudência. Assim o é porque não se tem um sistema construído, claro e direto no que tange ao instituto da transação penal para os crimes de ação penal privada, não havendo entendimentos pretorianos mais explicativos e sedimentados sobre o tema, o que segue acompanhado pela doutrina. Embora desnecessário referir, não há qualquer julgado vinculante sobre a questão. A lei, outrossim, conforme artigo 76 da Lei 9.099/95, não refere, em absoluto, a possibilidade da transação penal (TP) ser ofertada pelo particular, da mesma forma que não indica expressamente o funcionamento de tal sistemática para crimes cuja ação penal é de iniciativa privada.

Se a busca é sobre norma expressa, o caminho pode ser tortuoso, mas, se a análise é a que decorre da coesão do sistema e de cada norma que o compõe, a situação restará clara e sem conflitos, conforme facilmente concluiremos.

A problemática possui a seguinte sede: praticado determinado crime cuja ação penal seja de iniciativa privada, sabemos que, ao revés do oferecimento de denúncia pelo órgão ministerial deflagrando a ação penal, é o particular quem move, por advogado, a denominada queixa-crime contra aquele que o ofendeu. Sendo, como em geral, crime de competência dos Juizados Especiais Criminais, quem oferecerá (ou poderá oferecer) a transação penal ao querelado? O particular ou o Ministério Público (MP)?

É sabido que a transação penal é instituto alternativo à deflagração da ação penal contra/em face do acusado que, fazendo jus a tal benefício, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95, a sua aceitação (pelo acusado/querelado) e efetivo cumprimento, põe fim à eventual e futura persecução penal ou ao seu regular desenvolvimento, desde que antes de iniciada a audiência de instrução e julgamento, em vista da inteligência

¹ Como se verá adiante, os principais julgados estão sediados no STJ e são contrários ao que defenderemos aqui.

dos artigos 76 e 79 da Lei 9.099/95.² Pois bem, sendo o caso, por exemplo, de crime contra a honra, que desafia queixa-crime, de titularidade do ofendido, poderá o Ministério Público oferecer transação penal de modo a ser extinta a punibilidade do agente (querelado)? Poderia o ofendido, caso lhe fosse deferida a exclusividade jurídica do oferecimento da transação penal, recusar a oferta, ou mesmo ofertá-la em moldes injustos e desproporcionais, de modo a obstar, indiretamente, a fruição do benefício? Ou mesmo, oferecida a transação penal pelo ofendido, poderá o MP ou o Juiz adequá-la a moldes mais justos, possibilitando o seu cumprimento e a correlata extinção da punibilidade do agente?

Essas e outras muitas perguntas só poderão ser respondidas quando da análise do conceito da transação penal em paralelo ao da titularidade da ação penal de iniciativa privada, tudo em contraposição ao conceito de punibilidade e à impessoalidade/imparcialidade³ da atuação do Ministério Público em comparação/contraposição ao particular ofendido. Tais bases não poderão passar ao largo, ainda, da proporcionalidade constitucional e fática dos resultados obtidos na tramitação do procedimento⁴ ou do processo criminal. Explico melhor. Nossa maior preocupação será com a proporcionalidade do resultado da persecução ante a adoção de um ou outro posicionamento, positivo ou negativo, sobre a possibilidade ou impossibilidade do Ministério Público, à revelia do querelante, oferecer a transação penal ao acusado que, se aceita e homologada pelo Estado-juiz, desafiará a extinção da punibilidade, mesmo contra a vontade e razões expressas pelo querelante, ora ofendido.

2. Do desenvolvimento da questão e definições conceituais pertinentes

Da ação penal privada — ação pública como regra

Premissa inicial de nossa digressão é a conceituação da ação penal no exato âmbito de sua iniciativa. Portanto, conforme legislação penal, processual penal e Constituição Federal (CF), temos três ramos a catalogar: a ação penal pública incondicionada, a condicionada à representação e, ainda, do nosso maior interesse nesta sede, a ação penal de iniciativa privada.

² Tal instituto será brevemente explicitado adiante.

³ Faremos aqui a distinção entre a imparcialidade e a impessoalidade, sendo esta última o que minimamente se espera para o caso que será aqui tratado e para atuação do órgão do MP, em geral.

⁴ Somos firmes em separar procedimento de processo porque é próprio dos juizados especiais criminais que o feito tramite, ainda sem a denúncia ou o seu recebimento, para concretização das etapas de conciliação ou mesmo oferta da própria transação penal, situação em que não há, ainda, a qualificação do contraditório e a formação do processo, em termos processuais. Neste sentido, bem definido esse fenômeno, temos Alexandre Câmara: “O processo civil brasileiro é um procedimento em contraditório, que se desenvolve de forma isonômica perante o juiz natural, destinado a permitir a construção de decisões fundamentadas em tempo razoável sobre qualquer pretensão que se deduza em juízo (já que é garantido o acesso universal à justiça). É, enfim, um devido processo legal (entendido como devido processo constitucional).” (Câmara, 2022, p. 19.)

A ação, seja ela qual for, penal ou civil, é direito público na essência, integrando o ramo do direito processual que, por tudo, é direito público. O direito de ação é direito cuja contraprestação é devida pelo Estado-juiz, direito à prestação jurisdicional adequada, o que não significa deferimento ou indeferimento, admissão ou inadmissão. Eis a trilogia: ação, jurisdição e processo.

Leonardo Greco muito bem refere que a ação é direito cívico correspondente ao direito de petição, no que se permite a qualquer cidadão se dirigir ao Poder Judiciário para dele obter resposta à questão ora submetida — provocação. Tal direito, de ordem processual — ação/petição —, não se confunde com o conteúdo do direito material que se pretende debater. Qualquer pronunciamento em resposta à provocação do cidadão, formal ou de mérito, é exercício da jurisdição. A ação é direito fundamental, conforme artigo 5º, inciso XXXIV, da CF (Greco, 2015, p. 183).⁵

Dessa maneira, o direito de ação é abstrato, e, ainda que não se encontre amparo para formação e desenvolvimento do processo rumo a um pronunciamento material final, já terá sido exercido conforme garantido pela Constituição e pelas leis processuais. É o direito de petição e provocação. Para Leonardo Greco, a ação não é direito ao processo, em si, mas direito ao exercício da jurisdição. Sendo o processo meio para o exercício da jurisdição e não a própria jurisdição (Greco, 2015, p. 184).⁶

Nessa linha, sendo a ação direito público constitucional que confere ao cidadão o direito fundamental de provocar a jurisdição, não se está vinculado ao desenvolvimento do processo, nem, ao menos, ao pronunciamento meritório favorável, vale repetir.

No âmbito do processo penal, as ações possuem titularidades bem marcadas no que tange à legitimidade do impulso, sendo ela pública (condicionada à representação do ofendido ou à requisição/representação do ministro da Justiça, assim formalmente denominada essa última) ou mesmo absolutamente privada, ou seja, a ação, como instituto, é direito público, sendo privada ou pública a sua iniciativa, o que refere legitimidade legal e constitucional.⁷

⁵ GRECO, L. Instituições de direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Importante consignar que, de acordo com base teórica aqui defendida e a título de exemplo, ainda que determinado particular tenha ajuizado ação penal privada (queixa-crime), nas hipóteses em que ela não é cabível, deparando-se com juízo negativo de admissibilidade, a famosa rejeição da queixa-crime ou mesmo de qualquer petição inicial, o direito de ação terá sido exercido e um pronunciamento jurisdicional correlato terá, igualmente, sido exarado, ainda que negativo e impeditivo da formação regular do processo e do contraditório. A ação é direito abstrato. Conforme Humberto Theodoro Jr., “Diante, porém, do caráter abstrato e autônomo do direito de ação, não é fácil pensar sobre a possibilidade de qualificar in concreto como abusivo o exercício de tal direito, se se sabe que apenas a rejeição do pedido de tutela jurisdicional, mesmo quando manifestamente improcedente ou até mesmo quando estribado em alegações falsas ou injurídicas, não é suficiente para a configuração do abuso do direito de ação. Afinal, o acesso à Justiça, sem prévia e efetiva certificação da legitimidade da pretensão, e apenas baseado em simples alegação de ameaça ou ofensa a direito, é direito fundamental constitucionalmente assegurado” (CF, art. 5º, XXXV; CPC, art. 3º). (Theodoro Júnior, 2023, p. 130.) Paulo Rangel, em seu prestigiado curso de processo penal, também se escora em mandamento constitucional para fundamentar o direito de ação, no que se utiliza do inciso XXXIV do artigo 5º, no que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário a lesão ou ameaça a direito. (Rangel, 2023, p. 229.) Tal suporte constitucional é, ainda, indicado por outros autores. Porém,

A ação pública assim se denomina, vulgarmente, por ser movida por órgão que, integrante da estrutura do Estado, tem a incumbência de, verificados os critérios legais e materiais, deduzir a pretensão punitiva em juízo. Este órgão, encarregado da persecução, é o MP, conforme artigos 127 e seguintes da CF e estrutura desenvolvida no Código de Processo Penal (CPP) e demais leis extravagantes pertinentes ao tema.

A questão é de legitimidade (ação pública) e se aplica à quase totalidade dos crimes previstos no Código Penal (CP) e tecido legal de direito penal incriminatório. A exceção é a ação de iniciativa do ofendido, a ora denominada ação penal privada, restrita a poucas figuras típicas.

Nesse caminho, o Ministério Público é o órgão constitucionalmente legitimado para promover a ação penal pública (de iniciativa pública), e não o particular.⁸ O fato pode chegar ao MP por meio da polícia e seus meios formais de documentação, conforme a lei processual, ou mesmo por outro meio em que aquele órgão tenha condições de exercer crivo sobre os elementos necessários para a propositura da ação, sendo exemplo clássico as denominadas peças de informação, que podem ser, por exemplo, o encaminhamento do fisco sobre determinado crime tributário que, em tese, possa ter ocorrido e já esteja documentado.

Se o crime demandar representação para o exercício da ação penal, esta não é elemento intrínseco da ação penal, mas condição de procedibilidade que permitirá o seu exercício. Explico melhor: não se trata de legitimidade, eis que, tanto na ação penal pública incondicionada quanto na condicionada, o legitimado é o mesmo e um só, o Ministério Público. A questão é que, no segundo caso, o legitimado só poderá agir se ofertada e formalizada a representação. A representação é condição externa e que autoriza o regular exercício da ação penal pelo legitimado, e não instrumento que confira ou entregue legitimidade ao Ministério Público, eis que já é, preteritamente, o órgão legitimado pelo ordenamento constitucional.⁹

por todos, preferimos a fundamentação de Leonardo Greco, que invoca o puro direito de petição, por nos parecer mais abstrato e condizente com o direito de ação. Assim o é por não se referir minimamente a direito material ou qualquer provimento judiciário que se possa indicar por positivo ou negativo de mérito/lesão a direito, sendo absolutamente abstrato. Mais à frente voltaremos ao tema.

⁸ Embora não seja o objeto exato do nosso estudo, interessante consignar neste ensaio a lição precisa de Paulo Rangel: “Ao falarmos de ação penal pública no Direito brasileiro, falamos de duas modalidades: ação penal pública incondicionada e a ação penal pública condicionada à representação ou à requisição do Ministro da Justiça. Em ambos os casos, a legitimidade é do Ministério Público para propor a ação. Porém, tratando-se de ação penal pública condicionada, mister se faz verificar se a condição foi satisfeita ou não. Qual seja: a manifestação de vontade do ofendido (ato do particular) ou manifestação de vontade do Ministro da Justiça (ato da administração). Sendo dada a manifestação de vontade, o Ministério Público deve propor a ação, desde que presentes os requisitos objetivos e subjetivos do fato — infração.” (Rangel, 2023, p. 232.)

⁹ No sentido do texto, atribuindo a representação condição de procedibilidade, temos Guilherme Nucci: “A Lei 13.964/2019 inseriu o § 5.º ao art. 171 do Código Penal, introduzindo uma condição de procedibilidade — a representação da vítima para os crimes de estelionato — com algumas exceções (se a vítima for a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, ou maior de 70 anos, ou incapaz). Sem essa representação, ocorre a decadência, gerando extinção da punibilidade.” (Nucci, 2023, p. 173.)

O que ocorre é que o MP, sendo o caso de ação penal pública incondicionada ou condicionada, recebendo as informações do crime, não atuará por conveniência ou oportunidade, mas sim de maneira a verificar, vinculativamente, se necessita aprofundar pesquisas e informações para buscar mais provas (diligências), se há elementos para o pronto exercício da ação penal (no que oferecerá denúncia), ou se, não sendo o fato criminoso ou, por fim, inviável a busca da prova, promoverá o arquivamento do feito nos moldes do artigo 28 do CPP.

A representação aufere condição de procedibilidade à ação penal pública, situação em que remove obstáculo anterior a ela, mas não obriga o membro do MP a agir conforme queira o ofendido. Na ausência de provas ou de fato que seja criminoso, o órgão do Ministério Público poderá pugnar pelo imediato arquivamento ou perseguir prova idônea e viável que lhe conceda justa causa probatória para ajuizamento de ação. A ação jamais poderá ser temerária ou margear algum tipo de excesso que configure, em última análise, abuso de autoridade, conforme expressamente destacado em lei.¹⁰ Apenas repisamos aqui o que já é clássico em qualquer manual.

A ação penal privada é aquela em que a legitimidade legal é conferida ao ofendido, ou, como comumente se denomina, o particular, ou seja, como apontamos, o direito de ação decorre do direito de petição e provocação, conforme artigo 5º, XXXV da CF, mas o regular exercício e desenvolvimento da ação penal, nos termos do processo, que estará apto a prosseguir até seu resultado social útil (sentença de mérito), decorrerá de normas específicas constitucionais, materiais e procedimentais.

Assim, para alguns crimes, determinados pela gama de afetação do bem jurídico, percebe-se que a lei ordinária defere a iniciativa da ação penal ao particular. Exemplos clássicos são os crimes contra a honra e o de dano.

A gama de afetação e interesse desses crimes é reduzida, dizendo mais respeito aos envolvidos do que à coletividade. O que se revela é o mais baixo interesse social e geral na apuração e punição desses crimes, de modo a não recomendar a atuação do MP como órgão de impulso, senão apenas fiscal da lei atuante em todas as etapas procedimentais. A polícia, inclusive, nesses casos e, em particular, no Estado do Rio de Janeiro, possui tabela de custas para diligências que se relacionam a crimes cuja ação penal é exclusivamente privada. Exemplo é a perícia técnica na coisa danificada no caso do crime do artigo 163 do CP, forma fundamental.

Desse modo, um cidadão que tenha sido vítima de um crime contra a honra deve buscar o patrocínio de um advogado ou defensor público para mover a queixa-crime em juízo. A queixa-crime é o exato equivalente à denúncia no crime de ação pública, com particularidades no que tange ao prazo decadencial para o oferecimento

¹⁰ Lei 13.869/19. Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena — detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. O crime é doloso, não admitindo modalidade culposa, mas nos traz a reflexão de que a ação temerária, mal fundada, e que ainda se alie a aspectos que possam infirmar a imparcialidade/impressoalidade do promotor, podem trazer sérias consequências, penais e administrativas.

ou mesmo à constituição de regular patrocínio, por advogado, munido de instrumento de mandato com poderes especialíssimos, conforme o artigo 44 do CPP.¹¹

Enquanto o MP, em tese, tem o prazo prescricional geral do crime em apuração para diligenciar e ofertar denúncia, ou mesmo arquivar o inquérito policial, o particular possui o prazo de 6 meses, a contar da data em que estiver ciente da autoria do fato, para ajuizar queixa-crime (artigo 103 do CPP e 38 do CPP). Interessante como a lei encurta e limita a possibilidade da persecução por parte do particular, havendo outros exemplos de fatalidade, como a perempção (artigo 60 do CPP) ou mesmo o perdão tácito ou o expresso (artigos 104, 105 e 106 do CP/artigos 51 e 57 do CPP), que se estenderá a todos os ofensores, além da própria indivisibilidade da ação penal privada (artigo 48 e 49 do CPP), ou seja, o ofendido possui limites estreitos de atuação e, a todo o tempo, pode ver a sua pretensão extinta em razão de regras bem limitantes.

A lei trata o particular, ora ofendido, com a pecha da imparcialidade e da pessoalidade, limitando-o em uma série de aspectos e fiscalizando-o ao máximo, sem muita margem de tempo, espera e investigação, além de todas as possibilidades de renúncias e perdões, ainda que tácitos. Não por outro motivo que outrora já se pregou a revogação dos crimes contra a honra, como classicamente se dispõe hoje no CP, de modo a conferir ao ofendido apenas as possibilidades de busca das sanções civis indenizatórias e dos interditos inibitórios e proibitórios pertinentes, o que estaria à revelia do direito penal. Tal onda decorre do que já se denominou de intervenção “mínima” do direito penal — *ultima ratio*.

O ofendido, como vimos, é o legitimado legal para propositura da ação penal, atuando o Ministério Público, obrigatoriamente, em todas as etapas do processo, como *custus legis*, conforme expresso no artigo 399 do CPP.

A ação, como instrumento que é e fulcrada no direito constitucional e processual, é figura de direito público. A ação penal, a bem da verdade, é tecnicamente denominada ação penal de iniciativa pública (a famosa ação penal pública — de titularidade do Estado, MP) e a ação penal de iniciativa privada (de titularidade do ofendido). Assim é que a ação penal é instituto de direito público dirigida ao Estado-juiz, sendo a sua iniciativa privada ou pública.

Destarte, a par da iniciativa da ação ser do particular, *a punibilidade será sempre do Estado*, o que configura reserva máxima de monopólio e corolário forte de impessoalidade/legitimidade para aplicação de qualquer sanção ao autor do delito. A punibilidade compreende imposição e dosagem da pena, além de seu tipo, quantitativo e qualidade, juízo de proporcionalidade e equidistância.¹² O Estado,

¹¹ Diferente das demais procurações para o foro em geral, o artigo 44 do CPP traz aspectos bem particulares que, se não cumpridos, acarretarão a rejeição da queixa-crime ofertada.

¹² Paulo Bonavides e Jorge Miranda bem colocam o Estado como sendo corolário de poder legitimado e grande mediador, vejamos: “Estado social e nação pressupõem também, ao lado da democracia, em seu teor contemporâneo de legitimidade, o primado da justiça, porque sem justiça a autoridade não se legitima, é dissimulação, a liberdade constitui privilégio; a igualdade, retórica; a segurança, argumento de opressão; a lei, mais regra de força que norma de direito; e o Estado, mais absolutismo que harmonia e separação de poderes.” (Bonavides; Miranda; Agra, 2009, p. 527.)

representativo político e social de todos os nacionais, é organização maior que, em tese, despido de paixões pessoais e objetivos particulares, é o mais capacitado para, ao fim, restringir a liberdade do cidadão em resposta ao injusto cometido.¹³

Da punibilidade

Como vimos até aqui, a iniciativa da ação penal, em regra, é reservada e privativa de órgão do Estado (MP) e, em hipóteses restritas e definidas em lei, deferida ao particular, ora ofendido.

A iniciativa da ação penal não se confunde com a punibilidade, como tivemos o cuidado de adiantar anteriormente. O particular poderá ter o ônus de movimentar-se processualmente, mas não terá o poder de “dizer” a pena aplicável ao caso concreto e, como sustentaremos, também não terá a prerrogativa de negociá-la com o ofensor nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95.

¹³ Paulo Rangel bem faz esta separação ao referir: “Primeiro, há que se dizer, desde já, que toda e qualquer ação, seja no juízo criminal ou cível, é pública, pois, como deixamos claro no item 4.4 supra, o direito de ação é exercido contra o Estado e em face do réu, pois foi aquele que assumiu o monopólio da administração da justiça. Assim, o direito, sendo contra o Estado, é público. A iniciativa deste direito de agir é que em alguns casos excepcionais é dada ao particular. Portanto, a ação penal é pública, porém iniciada pelo particular. O Estado entrega ao particular o direito de perseguir em juízo aquilo que lhe é devido (jus accusationis), porém o direito de punir (jus puniendi) pertence-lhe exclusivamente.” (Rangel, 2023, p. 246.) O professor Aury Lopes Jr. manifesta que, por questões que envolvem a lógica penal aplicada, a ação, embora abstrata e pública, na seara penal, possuiria grãos de concretude, senão, vejamos: “Quanto à natureza jurídica da ação, é pacífico atualmente que toda ação processual tem caráter público, porque se estabelece entre o particular e o Estado, para realização do direito penal (público). Superadas as históricas polêmicas, considera-se que ação é um direito público autônomo e abstrato. É autônomo e abstrato, pois independe da relação jurídica de direito material. Por isso, a ação é um direito dos que têm razão e também dos que não a têm. Haverá ação ainda que, ao final, o réu seja absolvido (abstração e autonomia). Tal lição (autonomia e abstração) é perfeita para o processo civil, mas precisa ser redefinida no processo penal. Isso porque, no processo penal, não se admite a plena abstração, pois, para a acusação ser exercida e admitida, dando início ao processo, é imprescindível que fique demonstrado o *fumus commissi delicti*. No processo penal, há que se buscar o entreconceito, entre o abstrato e o concreto, na esteira de Miranda Coutinho e Liebman, no sentido de que a ação é autônoma e abstrata, mas conexa instrumentalmente ao caso penal, na medida em que desde o início, para que a acusação seja admitida, deve o acusador demonstrar a verossimilhança do alegado, isto é, a fumaça de materialidade e autoria (*fumus commissi delicti*).” (Lopes Jr., 2023, p. 100.) O autor é brilhante, mas ousamos, com muita humildade, discordar, porque ainda que a ação não se desenvolva regularmente, e mesmo que haja rejeição por “falta de justa causa”, que é um elemento meritório expresso, a ação, como direito de petição, terá sido dirigida ao juiz e a jurisdição terá sido exercida, mesmo com resposta negativa. É de se observar que passamos para o elemento justa causa com o intuito de se chegar mais fundo que o próprio *fumus commissi delicti*, isto porque a leitura dos artigos 395 e 397 do CPP, no que tange ao juízo de admissibilidade da ação penal para instauração do processo saudável, parece nos autorizar. Isto porque tais dispositivos carregam as duas vertentes conceituais, gerando os mesmos efeitos e sem distinguir, ou seja, a lei processual penal, exercitando o direito de ação, irá utilizar a análise liminar de mérito e prova, embora em nível menos profundo, para justificar a admissão ou rejeição da acusação. De qualquer modo, ainda que haja juízo negativo de admissibilidade, a provocação e o exercício do direito de petição/ação terá sido dirigido ao Estado-juiz, que teve que elaborar a sua resposta jurisdicional. Importante consignar que, reforçando a sua prova com novos elementos, a ação penal ora rejeitada poderá ser reapresentada (não havendo o manto da coisa julgada). Sobre a *justa causa* e o *fumus commissi delicti*, nesta ordem, interessante a explicação do próprio professor Aury Lopes: “Não há que se confundir esse requisito com a primeira condição da ação (*fumus commissi delicti*). Lá, exigimos fumaça da prática do crime, no sentido de demonstração de que a conduta praticada é aparentemente típica, ilícita e culpável. Aqui, a análise deve recair sobre a existência de elementos probatórios de autoria e materialidade. Tal ponderação deverá recair na análise do caso penal à luz dos concretos elementos probatórios apresentados.” (Lopes Jr., 2023, p. 101.)

Sobre a punibilidade, fazemos questão de referir Damásio E. de Jesus, penalista que fez seu tempo e que assim a conceituou: “É a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção”.¹⁴ Sem mais delongas, o professor Damásio coloca a punibilidade fora do conceito de crime, o que já é ontológico, e a “entrega” ao Estado. Interessante que a punibilidade, que é a capacidade de aplicação da pena pelo Estado, presentes os seus pré-requisitos, não é um conceito de direito processual, e sim material. É a imposição da pena ao agente que cometeu o crime e, presente os pressupostos, possui imputabilidade penal de forma a ser castigado pelo Estado com seu poder e monopólio originário de punir.

Damásio prossegue certificando e explicando que:

A punibilidade não é requisito do crime, mas sua consequência jurídica. Nesse sentido: TACrimSP, RCrim 613.785, RT, 663:314-5. Os requisitos do crime, sob o aspecto formal, são o fato típico e a antijuridicidade. A culpabilidade constitui pressuposto da pena. A prática de um fato típico e ilícito, sendo culpável o sujeito, faz surgir a punibilidade (Jesus, 2015, 186).¹⁵

Rogério Greco, não menos preciso, também indica que a punibilidade, atributo e poder do Estado organizado, se substitui a vingança e atuação privada na imposição de uma resposta (castigo) ao ofensor.¹⁶

A punibilidade nasce com o cometimento do crime e se materializa após o devido processo legal, na sentença irrecorrível. A punibilidade é poder do Estado que, autolimitado, a exercita, finalmente, após a instauração de processo para apuração de responsabilidades, cumpridas as garantias legais e constitucionais de defesa, o que conta ainda com a acusação pública exercida pelo Ministério Público que, sendo órgão público, é isento de pessoalidade (ou melhor, dotado de impessoalidade). A punibilidade se manifesta concretamente na imposição da pena após verificação das regulares etapas previstas no ordenamento jurídico.

O Estado, e é clássico o exemplo, não poderá impor/executar pena determinada em sentença definitiva, cuja possibilidade, em concreto (pela quantidade da pena dosada no julgado), esteja fulminada pela prescrição da pretensão executória, ou mesmo não poderá prosseguir com sua pretensão punitiva (investigação ou processo criminal), quando, igualmente, antes do trânsito em julgado da condenação ou mesmo antes do início do próprio processo penal e oferecimento da denúncia, já está

¹⁴ JESUS, D. de. *Código Penal anotado*. 23. ed. atualizada de acordo com a Lei 13.142/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

¹⁵ *Ibidem*, p. 186.

¹⁶ Segundo Rogério Greco, “A punibilidade é uma consequência natural da prática de uma conduta típica, ilícita e culpável levada a efeito pelo agente. Toda vez que o agente pratica uma infração penal, isto é, toda vez que infringe o nosso direito penal objetivo, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi*.” (Greco, 2023, p. 739.)

observado e concretizado o prazo prescricional para a pena aplicável em abstrato, tudo conforme normas centrais contidas nos artigos 107 e 109; e 116 e 117 do CP, como figuras centrais. A punibilidade encontra óbices e depende de regras.

Juizados especiais criminais — Transação penal

Os juizados especiais criminais

Os juizados especiais criminais, que possuem raízes constitucionais, são varas especializadas que, na verdade, possuem o nome peculiar de “juizado”; portanto, já não designados de “vara”, como é comum na prática forense (a redundância é proposital), denotando, pelo nome, a sua atuação direcionada para crimes de menor monta. É nos juizados que se opera o microsistema instituído pela Lei 9.099/95, ou seja, a Constituição, por meio de norma programática, determinou criação legal de sede especializada para julgamento de crimes de menor potencial ofensivo, o que se concretizou com a lei de regência.¹⁷

A Lei 9.099/95, seguida de alterações e variações, instituiu o sistema previsto e programado pela CF, determinando sistemática singular para julgamento dos crimes que determina serem de menor potencial ofensivo. Assim é que regula sistema moderno de conciliação e aplicação de medidas alternativas e antecipadas (sem julgamento) diversas da prisão. Como regra, descarta-se a necessidade de julgamento e, de forma “negociada”, o Ministério Público propõe aplicação de pena ao ora reputado autor do delito.¹⁸

Na verdade, a Constituição deixou para a lei a criação do sistema, que passou a determinar que tipos de crimes seriam julgados pelos juizados e que peculiar tipo de julgamento e processamento mereceriam.

¹⁷ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juizes 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 juizes de primeiro grau;

II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

Parágrafo único. Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide ADIN 3392)

¹⁸ Bem interessante esta referência sobre a Lei 9.099/95: “Como observaram os ilustres redatores do Projeto de Lei 1.480/89, encaminhado à Câmara dos Deputados, pelo Professor Michel Temer: “A norma constitucional que determina a criação de Juizados Especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal.” (Demercian; Maluly, 2008. p. 2.)

Interessante que a lógica da lei é evitar o próprio julgamento, utilizando-se de métodos de conciliação e aplicação antecipada de medidas alternativas punitivas leves, o que diferencia o autor desses crimes de outros criminosos que cometeram crimes mais graves.¹⁹

Nessa esteira, a Lei 9.099/95 criou o sistema do juizado especial criminal, que hoje, ao fim, processa crimes com pena máxima abstrata de 2 anos de restrição corporal, independentemente de a ação penal correlata ser de iniciativa pública ou privada, e prescreve institutos como a possível composição civil entre ofensor e ofendido. Para além, concebe ainda a TP e a suspensão condicional do processo, institutos que aqui colocamos na ordem exata de aplicação e previsão legal.²⁰

Assim, cometido crime cuja pena não ultrapassa o patamar de 2 anos de virtual privação de liberdade, a diferenciação começa no tratamento do autor do fato criminoso com a polícia. Não haverá prisão em flagrante ou a instauração de inquérito policial, senão lavratura de termo circunstanciado (nem sequer é aplicada a fiança como alternativa à eventual medida coercitiva), sendo os autos encaminhados ao juizado criminal para utilização dos métodos de processamento inseridos na Lei 9.099/95, o que ocorrerá sem o oferecimento prioritário de denúncia pelo Ministério Público, no caso dos crimes de ação pública. A situação apenas poderá ser mais rígida caso o autor do delito se recuse a assinar o termo circunstanciado, situação em que se passará ao trâmite regular em sede policial (na nossa vida profissional nunca vivenciamos tal situação). Poderíamos afirmar, sem possibilidade de erro, que a oferta de denúncia e deflagração da ação penal, nos juzizados especiais criminais, é medida última e que se deseja evitar.

Da transação penal

Nessa ordem de fatores, o instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da Lei 9.099/76, conforme bem delineado no sistema dos juzizados especiais criminais, é alternativa ao oferecimento de denúncia e à correlata deflagração do processo penal, mesmo nos casos em que há indicação de autoria e materialidade para o delito, além, claro, dos aspectos adicionais de justa causa probatória. Como veremos adiante, a TP é uma nova forma de persecução, menos gravosa ao acusado.

A TP nada mais é do que a negociação de determinada penalidade ao investigado/autuado (diversa da prisão), de forma que não seja instaurado o

¹⁹ Completa definição da sistemática vem de Aury Lopes quando refere: “Sem dúvida, a Lei n. 9.099/95 representou um marco no processo penal brasileiro, na medida em que, rompendo com a estrutura tradicional de solução dos conflitos, estabeleceu uma substancial mudança na ideologia até então vigente. A adoção de medidas despenalizadoras e descarcerizadoras marcou um novo paradigma no tratamento da violência. Mas, principalmente: marcou o ingresso do ‘espaço negocial’ no processo penal brasileiro, que só tende a ampliar, basta acompanhar as propostas discutidas no âmbito da reforma do CPP. A autorização constitucional para tal giro vem dada pelo art. 98, I, da Constituição, que previu a possibilidade de criação dos Juizados Especiais Criminais para julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo.” (Lopes Jr., 2023, p. 353.)

²⁰ Trata-se dos artigos 74, 76 e 89, todos da Lei 9.099/95.

ordinariamente esperado processo penal. A transação penal só poderá ser oferecida pelo órgão do Ministério Público diante de hipóteses estritamente legais aferidas em lei; trata-se de verdadeira obrigatoriedade, como veremos à frente.

O que se quer determinar é que, recebidos os autos pelo Ministério Público, este verificará, de forma hodierna, se há hipótese criminosa que seria objeto de persecução ordinária (denúncia). Assim é que, estando regular o feito (termo circunstanciado) e aferida a hipótese legal de prosseguimento (prova de autoria ou materialidade), ao revés do oferecimento de denúncia, o MP negociará, como alternativa à deflagração do processo criminal, a TP com autor do delito.

Entendemos que, nesses casos, o que há é autorização legal específica para que o MP, diante do caso, que demandaria o oferecimento de denúncia, ao revés, ofereça a transação penal. A transação penal, para nós, é modo de exercício da persecução penal, desde que previstos os requisitos do artigo 76 da Lei 9.099/95. Não é deferido ao Ministério Público mitigar obrigatoriedade da ação penal, senão atuar de forma diversa (transação penal) quando preenchidos os requisitos definidos em lei. As formas diversas são as previstas em lei, seja a TP, seja o moderno Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), nos termos da nova redação do artigo 28 do CPP.

Pois bem, o princípio da obrigatoriedade é embrionariamente conhecido como sendo afeto estritamente à ação penal e delineado, muitas vezes, simplesmente como “obrigatoriedade da ação penal” — denúncia.²¹ Como veremos, não é só isso!

Tal princípio decorreria, então, da estrita legalidade. No que refere ao órgão do Ministério Público, não poderá agir com qualquer juízo de oportunidade e conveniência, senão o de oferecer denúncia quando presentes os requisitos formais e materiais. Não cabe ao Estado acusador ponderar que a ação penal não seria útil, que socialmente não seria recomendável para o caso concreto, ou ainda que os presídios já estão “lotados” e que o autor do delito já se arrependeu (vulgarmente). Não! A acusação, por esse princípio, deve atuar e ofertar sua acusação formal. Muitos críticos observam

²¹ Neste contexto, bem explica Aury Lopes Jr., conforme trouxemos no texto: “Obrigatoriedade (ou Legalidade). A ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato aparentemente criminoso — *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa). A legitimidade é inequívoca diante da titularidade constitucional para o exercício da ação penal nos delitos de iniciativa persecutória pública. Não estando presentes essas condições, deverá o promotor:

- postular o arquivamento, enquanto estiver vigendo a redação antiga do art. 28 do CPP;

- ordenar o arquivamento nos termos do NOVO art. 28 do CPP. A obrigatoriedade (não consagrada expressamente, mas extraída da leitura do art. 24 e do seu caráter imperativo) encontra sua antítese nos princípios da oportunidade e conveniência (não adotados no Brasil na ação de iniciativa pública), em que caberia ao Ministério Público ponderar e decidir a partir de critérios de política criminal com ampla discricionariedade.

Em nosso sistema, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Mas cada vez mais esse “deverá” está sendo mitigado. A relativização do princípio da obrigatoriedade, que inicia em 1995 com a Lei 9.099 e os institutos do JECrim, e se amplia com a Lei 12.850/2013 e a possibilidade de perdão judicial e demais institutos aplicáveis à delação premiada, e agora novamente é enfraquecida (e também a indisponibilidade) com o Acordo de Não Persecução Penal inserido no CPP pela reforma de 2019/2020.” (Lopes Jr., 2023, p. 105.)

que promoções de arquivamento pelo órgão do MP, com base em princípios como o da bagatela, seriam contornos não autorizados ao princípio da obrigatoriedade.²²

Modernamente, Aury Lopes Jr., conforme anteriormente referenciado e transcrito na nota, assevera que a transação penal seria uma mitigação a este princípio (da obrigatoriedade), no que o Estado acusação estaria autorizado, por lei, a não oferecer denúncia (deflagrando a ação penal) e substituí-la pela medida alternativa consubstanciada na TP. Para esse e outros autores, a TP seria mitigação à regra e ao princípio da obrigatoriedade. Não pensamos exatamente assim.

Afrânio Silva Jardim dá solução mais adequada para o tema, já que aduz, diferentemente da doutrina clássica, não haver qualquer mitigação ao princípio da obrigatoriedade. Assim é que justifica ser a TP modalidade de exercício da própria ação penal, que assume modalidade informal e diferenciada nos termos da Lei 9.099/95.²³

A nossa posição já fora adiantada no início deste tópico e talvez encontre maior respaldo nas letras de Paulo Rangel, como veremos.

Ao tratarmos da obrigatoriedade estrita da ação penal, é evidente que a opção da transação, em substituição à denúncia, é medida que a mitiga, objetivamente, a obrigatoriedade do oferecimento da própria denúncia (especialmente e como tal é conhecida). Entender que a TP é forma de ação penal, como Afrânio Silva Jardim, é caminho que aproveitaremos, com pequena diferenciação. Esse entendimento, por não ser o que está disposto expressamente na lei, é alvo de críticas (TP não é denúncia; é só o que fazem valer para criticar).

Do que desenvolvemos até aqui, tendemos a sustentar que, modernamente, o princípio da obrigatoriedade da ação penal me parece agora apenas espécie de um todo maior. O Ministério Público age conforme legalidade, não lhe sendo deferida a opção de não perseguir por conveniência, ou oportunidade, ou critério social. A obrigatoriedade é da persecução penal, ou seja, da atuação persecutória, que poderá se manifestar na TP, na suspensão condicional do processo (embora esta venha precedida de denúncia, o processo não prossegue como deveria ordinariamente — artigo 89 da Lei 9.099/95), nas formas de negociação advindas da lei de crime organizado (Lei 12.850/13) ou ainda no acordo de não persecução penal conforme a nova redação do artigo 28 do CPP). Vemos então que o não oferecimento de denúncia ou o não prosseguimento do processo, o que se mescla a acordos de persecução ancorados em lei, vem se expandindo. Daí, pensamos que o princípio da obrigatoriedade é o princípio que rege, acima da ação penal e da denúncia, a própria persecução penal. Nesse liame de ideias, o promotor continua regido pela obrigatoriedade de agir e

²² Paulo Rangel, em contrapartida, disserta no sentido de que o MP deve atuar pautado na razoabilidade, o que não significará vulneração ao princípio da obrigatoriedade ou mesmo qualquer prevaricação, no que o autor elenca ainda vários exemplos, entre eles a questão que envolve a bagatela. (Lopes Jr., op. cit., p. 233.)

²³ Esta posição de Afrânio Silva Jardim é Clássica e é citada por Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly em *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008. p. 67. O entendimento de Afrânio sobre o Tema está em *Princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais*. Boletim do Instituto Brasileiro de ciências criminais. 04(48):04, novembro de 1996.

de perseguir, eis que a persecução penal se rege pela legalidade e obrigatoriedade, não havendo qualquer mitigação nessa parte, senão o agir conforme traça a lei. A denúncia é manifestação da persecução penal, assim como a transação também o é, juntamente com os demais institutos alternativos, que podem, inclusive, suspender o processo. O acordo de não persecução, na verdade, seria verdadeira persecução, prevista em lei, e diferente do que resultaria do oferecimento de denúncia, sendo ele próprio proposta de aplicação imediata da pena.

O MP age de forma vinculada, orientado pela lei, quando manifesta oferecimento de denúncia, da mesma forma que na TP, suspensão do processo, ANPP e atuações que decorram das negociações que se escoram na lei de crime organizado (as famosas delações premiadas). Tudo isso é modalidade de persecução penal e nos parece que a denúncia, dada a amplitude dos institutos criados, é apenas a manifestação de uma das formas.

Do mesmo modo, o arquivamento do procedimento é ato vinculado à lei quando, passadas as etapas de apuração, não há provas de autoria e materialidade do fato criminoso ou, mesmo o fato provado, não se reputa criminoso e carregado da culpabilidade.

De nossa parte, temos que, com pensamento parecido, embora não igual, manifesta Paulo Rangel:

O legislador da Lei nº 9.099/1995, ao estabelecer a transação penal (cf. art. 76), permitiu ao Ministério Público deixar de propor ação penal, mesmo que o fato seja típico, ilícito e culpável, e presentes todas as condições para o regular exercício da ação penal pública. Nesse caso, deve sim, o Ministério Público oferecer proposta de transação penal, desde que ausente qualquer condição negativa do § 2º do art. 76 da mencionada lei.

A expressão poderá do caput do art. 76 não pode autorizar o intérprete a pensar que há uma discricionariedade incondicional para o Ministério Público, ou até mesmo uma faculdade. Não. Já explicamos o significado desta expressão no item 3.11 supra. O legislador quer evitar a propositura de ação penal e instauração de processo judicial com a possibilidade de pena privativa de liberdade. Neste caso, admitiu a transação penal.

Ora, claro nos parece que, neste momento, o princípio da obrigatoriedade é voltado para a proposta de transação penal, mas não para a propositura de ação. Tanto que, no art. 77 da Lei do JECRIM, o legislador deixa claro que, quando “não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral”, demonstrando, neste caso,

que a ação penal se inicia se não houver proposta de transação. Pois, do contrário, havendo transação penal, não haverá denúncia iniciando ação.

Em abono a esta nossa posição, verifica-se que o legislador tratou da transação penal na fase preliminar (cf. arts. 69 e seguintes da Lei do JECRIM) e da ação penal no procedimento sumaríssimo (cf. art. 77 do mesmo diploma legal). Assim, falar em ação penal sem processo judicial não é de boa técnica.²⁴

Paulo Rangel coloca a obrigatoriedade como regra, seja qual for a atitude a ser adotada pelo órgão do MP. As ações são, e continuam vinculadas, seja qual for o tipo de *persecução*, no que Rangel refere expressamente ao caso da transação penal. A única questão que acrescentamos é que a ação penal e sua obrigatoriedade, *stricto sensu*, abrem espaço para outra frente de atuação penal. A persecução, como um todo, é regida pela obrigatoriedade legal, como conclui o professor Paulo Rangel. Portanto, pensamos que, diante das várias alternativas ao oferecimento de denúncia, conforme anteriormente citadas, apenas falar em mitigação da obrigatoriedade nos parece induzir à discricionariedade, o que não é verdade, eis que a persecução permanece estritamente vinculada à lei, mesmo na oferta da transação. O MP não deixa de perseguir, apenas atua na forma legal que, muitas vezes, não utilizará da denúncia como único instrumento.

Em paralelo perfeito, e para finalizar, exatamente ao contrário ocorre com a ação penal privada, sede em que o ofendido possui total juízo de conveniência e oportunidade. Em outras palavras, o ofendido pode ter toda prova da injúria ou calúnia da qual foi vítima e simplesmente preferir esquecer, até por entender que o processo lhe trará mais desgosto. O ofendido pode simplesmente não oferecer queixa-crime, e nada será alocado em substituição, como forma de persecução.

No crime de ação pública condicionada à representação, o ofendido poderá optar por não representar e nada acontecerá; mas, uma vez representado, tal qual na ação pública incondicionada, o MP estará obrigado a atuar de forma persecutória, seja oferecendo denúncia, transação penal, ANPP ou até denúncia com a proposta de suspensão do processo (o que vulneraria, em tese, a irretratabilidade da ação penal e o necessário prosseguimento do feito). A persecução penal, de forma geral, é regida pelo princípio da obrigatoriedade.

O que existe é a obrigatoriedade da persecução penal, que poderá ocorrer com o oferecimento da denúncia ou das formas alternativas a ela, como a TP e o ANPP. Para nós, a TP é espécie de persecução, embora não seja ação penal propriamente dita, “denúncia”. Tal conclusão quase se equipara ao antes referido pelo mestre Afrânio Silva Jardim, o que nos conduziu a esta conclusão final.

²⁴ RANGEL, P. *Direito processual penal*. 30. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023. p. 235.

3. Do oferecimento da transação penal pelo MP nos crimes de ação penal privada — reflexão teórica e prática

Transação penal como pena antecipada e negociada

A transação penal é instituto que tem larga aplicação nos juizados especiais criminais, isso porque, como visto, esse é o juízo competente para processamento e julgamento dos crimes cujas penas não ultrapassam 2 anos de pena corporal, em abstrato.

Nada impede, por outro lado, e não haverá nenhum problema, que tal benefício seja aplicado em uma vara criminal, ou mesmo em uma vara privativa de crimes dolosos contra a vida (Tribunal do Júri).

No primeiro caso, basta pensar em um indivíduo denunciado por furto e lesão corporal perante uma vara criminal comum (crimes conexos), sendo a denúncia rejeitada, em parte, em relação ao furto, sem recurso pelo MP, ou mesmo absolvido o réu, com a sequência do trânsito em julgado, também em relação ao furto. Fosse apenas o caso da lesão corporal leve, o procedimento rumaria inicialmente para o juizado, no qual, sendo primário e preenchidos os demais requisitos, seria oferecido ao autor do crime o benefício de TP. Destarte, nada impede, no caso inicialmente citado, restando apenas o crime de menor potencial em sede de uma vara criminal, ao revés de verter o feito ao juizado especial criminal para oferecimento do benefício, o promotor de justiça oficiante na vara criminal o ofereça (transação penal), aceitando indiciado/denunciado, no que não haverá nenhuma nulidade. Cumprido o benefício, será extinta a punibilidade do agente. Assim o é porque o que se resguarda é a aplicação do sistema da Lei 9.099/95, conforme mandamento constitucional, e a fruição do benefício pelo indiciado, mesmo que no juízo comum e fora da sede dos juizados.

Agora, nesse segundo caso, o réu levado a júri por homicídio e, resultante apenas a lesão leve por desclassificação pelo conselho de sentença, poderá o MP, na assentada de julgamento e ainda aberto o plenário, oferecer a transação penal ao acusado no próprio ato. Mais uma vez, aceita e cumprida a tarefa, dar-se-á azo à extinção da punibilidade do agente. Essa última hipótese é muito comum na prática forense.

Certo que o promotor poderá recusar tal oferta no momento em que ele mesmo apele da decisão dos jurados, situação em que a oferta da transação penal estará no aguardo do julgamento do recurso e do trânsito em julgado da decisão favorável ao réu. Porém, de toda a sorte, é na rotina dos juizados especiais criminais que são aplicadas as transações penais, diariamente.

A transação penal, para nós, conforme a lei expressa, é proposta de aplicação imediata e negociada de pena pelo Estado acusador ao autor do delito que a ela faça jus, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95. O Ministério Público age, como defendemos anteriormente, pelos ditames da legalidade e da obrigatoriedade da

persecução penal. Se o acusado não faz jus ao benefício, este não deve ser oferecido e a ação penal (denúncia como instrumento) deverá ser deflagrada.²⁵

A transação penal, que não é sentença ou condenação (e vale falar o óbvio), será proposta pelo Estado acusação e não poderá implicar qualquer medida de restrição da liberdade (prisão), senão multas ou restrições de direitos.

Da parte do autor do delito, caberá avaliar se aceita ou não a TP ou se persiste em provar a sua inocência, submetendo-se ao processo penal, em contraditório, de forma a obter a sua pretendida absolvição.

Na prática forense, inclusive, é muito comum o argumento de que a transação não corresponde a qualquer condenação ou pena, sendo apenas alternativa ao processo e aos seus riscos negativos. Trata-se de meia-verdade. Ninguém, que contra si é registrado crime de ameaça, por exemplo, ou lesão corporal dolosa (apenas para citar dois dos mais comuns na seara dos juizados), aceitará cumprir os termos da TP oferecida, se contra si não há a possibilidade real de condenação baseada nos fatos que são articulados no procedimento, normalmente o termo circunstanciado. Da mesma forma que o Ministério Público oferecerá tal benefício baseado no que consta contra o autor do delito; ou seja, o caso será de continuidade da persecução penal, com o oferecimento da transação penal porque, ao contrário, não é recomendado o arquivamento. Em linguagem direta: o promotor oferece a TP em substituição à denúncia que seria ordinariamente apresentada porque há provas de autoria e materialidade e não é o caso de arquivamento do inquérito ou do termo circunstanciado. O que se quer dizer é que o membro do MP diligente não oferece transação penal de forma irrestrita e desordenada, de modo que, não a aceitando o autor do fato/delito, a presunção é a de que será, de imediato, oferecida a denúncia.²⁶

A extinção do feito, ou mesmo da punibilidade, pela transação penal, é instrumento de celeridade e economia processual, evita condenação que gere reincidência para o futuro (perda da primariedade), além de outros efeitos de ordem psicológica que o tramitar de um processo criminal possa gerar, mas impede o mesmo benefício em um período de 5 anos.

Trata a TP do aceite de uma pena antecipada, leve, que não de prisão, sem os desgastes econômicos, psicológicos e jurídicos (judiciais) da tramitação do processo. Afasta, por fim, os riscos da condenação criminal e da futura reincidência. Como entender que tal instituto não seria pena e não estaria ligado ao cometimento do fato criminoso? Claro que o indiciado pode ter certeza de sua inocência, discordar

²⁵ No sentido da obrigatoriedade da transação penal (Rangel, 2023, p. 235).

²⁶ Em nossa vida profissional, é este o parâmetro que utilizamos para oficiar nos autos. O oferecimento da transação penal decorre do correlato suporte para o oferecimento de denúncia e, obviamente, porque não é o caso de promover pelo arquivamento dos autos. Não aceita a transação penal, caminho lógico e clássico é o do oferecimento da denúncia. Por outro lado, se porventura o autor do delito rejeitar a transação penal, o anormal e eventual arquivamento do feito poderá ser resultado de melhor reflexão e convencimento da procedência das razões de recusa do indiciado, ou ainda mudança de *opinio*, o que não nos constrange como órgão do Ministério Público. De qualquer forma, tal circunstância deve encerrar absoluta exceção, e não rotina.

da avaliação do promotor e, mesmo assim, preferir aceitar a TP pelo menor custo e risco, o que em nada muda o que é o instituto da transação penal e a resposta que ela é em relação ao delito praticado. A TP é uma atuação do Estado, que se vale do órgão do Ministério Público para tal, em resposta ao delito praticado, nada mais e nada fora disso. Não se trata da imposição de uma condenação pelo Estado-juiz, mas é medida que, mesmo negociada, restringe direitos e cria deveres em referência ao crime praticado.

Portanto, estamos com Paulo Rangel que refere:

A autocomposição, tratando-se do Juizado Especial Criminal, é vista pelo Professor Tourinho Filho como uma forma de solução de um litígio quando estivermos à frente de uma infração penal de menor potencial ofensivo. Assim, para o mestre, a transação penal é “verdadeira autocomposição, uma vez que as partes, elas mesmas, procuram a solução do litígio” (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, p. 274 — grifo nosso). Seria, diz ele, “uma autocomposição extraprocessual”.

Data venia, ousamos divergir.

Na transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), não há uma autocomposição, pois as pessoas (não há partes no sentido técnico) estão ali por intervenção do Estado, que, diante do termo circunstanciado, apresenta, imediatamente, o autor do fato ao Juizado ou exige que a ele compareça. O autor do fato não tem escolha: ou assume o compromisso de comparecer ao Juizado ou, não o fazendo, será autuado em flagrante delito, se for hipótese de flagrante. Isto posto, há a coerção.

Há, sim, uma manifestação de vontade do autor do fato de se submeter a uma “pena” de multa ou restritiva de direito, mas com a promessa de que não haverá ação penal. Assim, na transação, há a intervenção do Estado-juiz, que homologará ou não a proposta aceita pelo autor do fato (cf. § 4º do art. 76 da Lei do JECRIM).

Portanto, não podemos confundir manifestação de vontade do autor do fato de pagar a multa ou sofrer restrição de direito com autocomposição. Esta permitiria ao autor do fato propor solução diferente da que está prevista na lei.²⁷

Como vimos, o autor do delito está na situação de indiciado no termo circunstanciado. O aceite da transação penal ofertada pelo Ministério Público, na

²⁷ RANGEL, P. *Direito processual penal*. 30. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023. p. 228.

sua conta, poderá evitar condenação, a perda de sua primariedade, acompanhada ainda de outras privações mais graves. De outro lado, vale repetir, o promotor de justiça deverá oferecer transação quando tiver prova de autoria e materialidade do fato reputado como criminoso e, não sendo o caso, caminho razoável será promover pelo arquivamento. Sendo o promotor criterioso em sua análise a respeito do fato cometido, inclusive sobre o teor da TP a ser proposta, a experiência mostra que o aceite, por parte do autor do delito, acaba sendo o mais natural dos resultados.

Nucci, em sua festejada obra, vindo ao encontro do que acima referimos, aduz que a transação penal encerra hipótese de ação, no que acaba por gerar o devido processo legal, mormente pelo fato de que há homologação pelo judiciário, que assim é provocado pela ação persecutória do Estado. Tal autor, dessa maneira, parece-nos estar mais próximo da visão de Afrânio Silva Jardim, conforme já deixamos consignado.²⁸

Sem voltar ao tema, reafirmamos que, para nós, a transação é espécie do gênero persecução e está atrelada ao juízo de obrigatoriedade, tal qual a ação penal, embora não seja, de fato, ação penal.

Do querelante como substituto processual

A pretensão aqui é que, defendendo nosso ponto de vista, tópico por tópico, possamos concluir sobre o oferecimento da transação penal, exclusivamente pelo Ministério Público, mesmo nas ações penais de iniciativa privada, o que faremos sem maiores digressões e de forma objetiva.

Sobre a ação penal privada, sua sistemática e legitimidade, já tivemos a oportunidade de pontuar anteriormente. A questão agora será mais específica ainda.

O particular possui legitimidade legal para ação penal privada e, em seu pedido, obrigatoriamente, deve ser claro em postular a condenação, conforme previsto no preceito secundário do tipo penal em que, em tese, está incurso o querelado. Nessa ordem de fatores, é de se atentar que o particular gastará energia — por que não até dinheiro? —, mas não terá nenhuma vantagem patrimonial com a condenação, não

²⁸ Muitas vezes, o que não indica em exato o que defendemos é o que, de outro lado, traz a mesma lógica e fundamento de que precisamos. Não temos qualquer pretensão de “invento da roda”, mas queremos trazer algo que possa soar minimamente particular. Nucci refere a transação penal, na verdade, como uma “espécie de movimento persecutório” e, ainda, admite que ela é pena, conforme aderimos e defendemos. Bom conferir: “Do crime nasce a pretensão punitiva estatal (direito material), mas não o direito de ação (direito processual), que preexiste à prática da infração penal, aliás, como demonstra o direito constitucional (art. 5.º, XXXV, CF). É justamente a pretensão (tender à atuação de um direito) de punir do Estado que fará movimentar a ação penal. Entretanto, não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que o Estado ou a parte ofendida, exercitando o direito de ação, proporcione ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa. *Até mesmo quando a Constituição autoriza a possibilidade de transação, em matéria penal, para as infrações de menor potencial ofensivo, pode-se falar em direito de ação, tendo em vista ser o fato criminoso levado ao conhecimento do Poder Judiciário, necessitando da homologação de eventual proposta de acordo feita pelo Ministério Público ao infrator.* Além disso, há a fiscalização do cumprimento do acordo, representando, também, a movimentação persecutória do Estado. *Em última análise, nos casos encaminhados ao Juizado Especial Criminal, satisfaz o Estado a sua pretensão punitiva, pois o autor de crime ou contravenção termina respondendo pelo que realizou ilicitamente, causando lesão ou ameaça a direito de terceiro.*” (Nucci, 2023, p. 248.)

pede para si nenhum bem da vida, seja material ou imaterial, ou prestação fazer ou não fazer. Ele não postula para si nenhuma prestação, ressarcimento ou declaração que, coercitivamente, possa passar a integrar o seu patrimônio ou lhe trazer alguma vantagem. O pedido é de pena privativa de liberdade, que pode ser convertida em restrição de direitos ou multa, na forma do artigo 44 do CP.

Não se pode confundir tal circunstância com a questão assessória que envolve o ressarcimento da vítima, conforme artigo 387, inciso IV do CPP. A uma, porque não depende a ação penal de tal pedido, cuja doutrina e jurisprudência têm considerado que deve ser expresso; a duas, porque, na prática, tem sido pouco aplicado nas sentenças, sendo questão acidental que acaba não sendo objeto de debate durante a ação penal, sendo a fixação de valor indenizatório meramente inicial que, na realidade, pode não cobrir a totalidade do dano causado pelo agente. A ação penal deve conter apenas o fato criminoso como causa de pedir e o pedido de condenação nas penas previstas no preceito secundário do tipo penal incurso, não havendo dependência ou interdependência com mais nada, inclusive com a referida possibilidade de fixação de indenização. Por fim, a despeito dessa nova previsão legal, a sentença penal condenatória, desde sempre, foi legalmente reconhecida como título executivo, no que apenas dependeria da especificação da extensão do dano para fins de fixação do valor devido com ressarcimento.

Dessa maneira, o que se tem é que a aplicação da pena corporal final pleiteada pelo querelante em nada agregará à esfera de patrimônio dele próprio. Nada se deve ao querelante, mas tão só ao Estado, porque o poder punitivo lhe pertence, exclusivamente, e a repercussão da pena é geral e social, conforme se lê na maioria da doutrina.²⁹ Dessa maneira, ao réu, a pena vale como castigo para que não repita o injusto, e, para a sociedade em geral, serve de exemplo do que se deve evitar.

²⁹ Rogério Greco, com a maestria que lhe é peculiar, bem aponta sobre o tema: “A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão prevenção por intimidação, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir na sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. Segundo Hassemer, com a prevenção por intimidação ‘existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, por meio da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade.’ Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, ‘para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social.’

A prevenção especial, a seu turno, também pode ser concebida em seus dois sentidos. Pela prevenção especial negativa, existe uma neutralização daquele que praticou a infração penal, neutralização que ocorre com sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais, pelo menos na sociedade da qual foi retirado. Quando falamos em neutralização do agente, deve ser frisado que isso somente ocorre quando a ele for aplicada pena privativa de liberdade. Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, ‘a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.’ Denota-se, aqui, o caráter ressocializador da pena, fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopesando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. No escólio de Cezar Roberto Bitencourt, ‘a prevenção especial não busca a

Fácil, então, concluir que o querelante age por seu sentimento pessoal de ofensa e justiça, mas a pena não lhe aproveita, senão apenas psicologicamente. É o querelante, portanto, substituto processual.

Veja o que refere, com maestria, Paulo Rangel, que, pela questão central, colocaremos no corpo do texto:

O Estado entrega ao particular o direito de perseguir em juízo aquilo que lhe é devido (*jus accusationis*), porém o direito de punir (*jus puniendi*) pertence-lhe exclusivamente.

Posto isso, há que se distinguir a ação penal pública de iniciativa pública da ação penal pública de iniciativa privada. A primeira é proposta pelo Ministério Público, por meio da petição inicial penal denominada denúncia. A segunda é proposta pelo ofendido (ou seu representante legal), que se vale da petição inicial penal denominada queixa-crime. Assim, percebe-se que a titularidade da ação é um elemento subjetivo que as distingue, pois, na de iniciativa pública, o legitimado é o Estado-administração (Ministério Público), na de iniciativa privada, é o ofendido (ou quem tiver qualidade para representá-lo).

Portanto, o ofendido na ação penal de iniciativa privada tem a natureza jurídica de um verdadeiro substituto processual, pois está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor, na defesa de direito alheio, qual seja: o interesse que tem o Estado de ver reintegrada a ordem jurídica que foi violada com a prática da infração penal. O ofendido é legitimado extraordinariamente para agir, posto que o legitimado ordinário é o Estado-administração.

Necessário dizer que a substituição processual nada tem a ver com a representação processual, pois, nesse caso, o representante não é parte, mas apenas o representante da parte, que é o representado. O representante age em nome do representado. Defende, em nome alheio, direito alheio.³⁰

Como fundamentado neste tópico, o particular possui legitimidade para ajuizamento da ação penal, mas não possui o domínio da punibilidade, que é monopólio do Estado. Assim, caminhando conforme Rangel, temos que a pena postulada pelo querelante não é direito ou bem que lhe seja deferido ao fim do processo, senão apenas proveito para a sociedade que busca correção e pedagogia

intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais.” (Greco, 2023, p. 525.)

³⁰ Greco, op. cit. p. 245.

e se direciona ao próprio autor do delito. Defende e postula o querelante, portanto, direito punitivo final que, de fato, o titular é o Estado e não ele.

Da transação penal como pena (expressão legal do artigo 76 da lei 9.099/95) e legitimidade do Ministério Público — juízo de proporcionalidade e impessoalidade — legalidade

Conforme viemos costurando até aqui, é de se observar, agora, a questão modal do tema.

Em crimes como a lesão corporal dolosa (129 do CP), crimes de trânsito em que a lesão é culposa (303 do CTB), receptação culposa (180 do CP) e até crimes, como o previsto no artigo 232 do ECA, que concerne ao constrangimento contra criança e adolescente, caberá, em tese, pela pena em abstrato, o oferecimento de transação penal. Não cabe à vítima, ou mesmo à sua família, ofertar transação penal, senão ao Ministério Público, diante da verificação da hipótese criminosa. Simples assim, porque os casos são de crimes de ação pública condicionada ou incondicionada. Caberá, então, ao órgão do Ministério Público negociar a pena antecipada (transação penal) de forma proporcional e atendendo aos ditames do caso concreto. Como vimos anteriormente, a TP é nada mais que castigo que, penitenciando (pena) o autor do delito que a aceita, excluirá a deflagração da ação penal instrumentalizada pela denúncia e todas as suas mazelas e consequências negativas.

Nessa ordem de lógica, se em crimes mais graves é o Ministério Público quem oferece a TP, como entregar ao critério do particular ofendido tal missão, personagem este carregado de parcialidade, pessoalidade e mágoa?

Não se argumente que o MP seria parte nos crimes de ação pública e que isso, por si só, denotaria alguma impropriedade. Isso porque o MP é parte impessoal, como reafirmaremos adiante. Estranho? Não! Ainda quando o MP seja parte e, portanto, mova a ação penal pública, ele não fora o ofendido, não conhece vítima e ofensor e não tem interesse pessoal em deslinde determinado para a causa. É parte *sui generis*, tanto que se aplicam ao membro do MP as mesmas hipóteses de suspeição dos juízes. Para não ser piegas, defenderei aqui, também, algo particular. Vamos deixar o conceito de imparcialidade para os juízes, no que diremos que, ao Ministério Público, minimamente, temos o conceito administrativo da impessoalidade, que deve ser aplicado às instâncias administrativas da persecução.

Pelos motivos citados e por honestidade, transcreveremos a lição magistral de Nucci, na íntegra, que passa pelos pontos que temos analisado.

Embora, atualmente, ainda seja possível atribuir-lhe o caráter de parte imparcial, visto não estar obrigado a pleitear a condenação de quem julga inocente, nem mesmo de propor ação penal contra quem não existam provas suficientes, não deixa de estar vinculado ao polo ativo da demanda, possuindo pretensões contrapostas, na maior parte das vezes, ao interesse da parte contrária, que é o réu,

figurando no polo passivo. Como ensina ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS, o “Ministério Público é o titular do direito de ação nos processos em que a res in judicio deducta versa sobre crimes de ação pública. Cumpre-lhe assim provocar a atividade jurisdicional para que seja apreciada e decidida uma pretensão punitiva devidamente deduzida na acusação que é objeto da denúncia. (...) Fala-se que o Ministério Público deve ser imparcial, órgão do Estado que é, e por isso inconcebível se torna conceituá-lo como parte. Em primeiro lugar, não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não existiria necessidade de um juízo para decidir sobre a acusação: haveria um bis in idem de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório, deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel no processo não é o de defensor do réu, nem do juiz, e sim o de órgão de interesse punitivo do Estado. Em segundo lugar, o que caracteriza o conceito de parte não é a parcialidade ou imparcialidade, e sim a titularidade de direitos próprios em relação ao conteúdo do processo, e a contraposição à função de dirimir o conflito de interesses e julgar.

No entanto, admitindo-se a viabilidade de o Ministério Público, instituição una e indivisível, promover, sozinho, a investigação criminal, não se pode crer na sua imparcialidade. Do mesmo modo em que se questionava a imparcialidade do juiz no procedimento judicialiforme (quando o magistrado baixava portaria para iniciar a ação penal e ele mesmo julgava), atualmente, cabe questionar a imparcialidade do membro do Ministério Público. Quem investiga o crime não tem condições de ingressar com a ação penal, chamando a si a condição de imparcial. Pessoas humanas compõem as instituições e não são semideuses.

Negando, igualmente, a denominação de parte imparcial ao representante do Ministério Público, GUSTAVO BADARÓ esclarece que, não tivesse o Ministério Público um interesse pessoal e antagônico ao do acusado, não teria sentido afirmar que ele tem o ônus da prova, pois este é decorrência do próprio interesse. Parte desinteressada não deveria ter ônus algum. Assim, ontologicamente, é o Ministério Público parte parcial. Sua caracterização como imparcial não tem outra finalidade senão “agregar uma maior credibilidade à tese acusatória — porque a acusação, de forma imparcial e desinteressada, concluiu pela culpa do acusado — em relação à posição defensiva — que postula a absolvição, porque sempre deverá defender o acusado, bradando por sua inocência, ainda que ele seja culpado”.

De fato, está cada vez mais difícil sustentar a imparcialidade do Ministério Público no processo penal.

Ainda que em muitas situações haja a utilização desse discurso no processo, especialmente no Tribunal do Júri, quando as partes se dirigem a juízes leigos, não é irrazoável destacar que, pelas regras processuais penais, o Ministério Público pode, na realidade, pedir não somente a absolvição do réu como outros benefícios que julgue cabíveis, o que, efetivamente, a defesa não pode, em sentido contrário, propor. Vincula-se esta à defesa parcial do réu, ainda que seja culpado — e não há dúvida disso.

Por tal motivo, não se torna, por ora, totalmente inadequada a denominação feita ao membro do Ministério Público como parte imparcial. Nas ações penais privadas, o Ministério Público atua como fiscal da lei, sendo considerado, de qualquer modo, parte, pois continua a encarnar a pretensão punitiva do Estado — lembremos que o monopólio de aplicação da lei penal é sempre estatal e nunca é transferido ao particular. Tanto isso é certo que, procedente a ação penal privada, o órgão principal encarregado de provocar a execução da sanção penal aplicada é o Ministério Público e não o particular. Assim, quando o ofendido promove a ação penal, porque a lei lhe conferiu essa iniciativa, age como substituto processual do Estado, no sentido formal, mas, materialmente, quem acompanha a ação, para zelar pela pretensão punitiva, é o Ministério Público. Na excepcional situação de ação pública movida pelo ofendido — ação penal privada subsidiária da pública —, o querelante atua como substituto processual do Estado, havendo, do mesmo modo, a participação do Ministério Público, único órgão verdadeiramente legitimado a representar o Estado na sua função punitiva.

.....

Finalize-se, lembrando que cabe exceção de impedimento ou suspeição contra membro do Ministério Público, o que não é possível no tocante à defesa, esta, sim, pela sua própria natureza, parte parcial. Exige-se, portanto, uma acusação imparcial, ainda que, processualmente, possa o representante do Ministério Público atuar em nome dos interesses da sociedade. Se o mesmo promotor investigar e promover a ação penal, torna-se viável a alegação de suspeição ou até mesmo de impedimento, por ter interesse no feito (art. 252, IV, CPP).³¹

³¹ NUCCI, G. S. *Curso de direito processual penal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 638.

A mensagem de Nucci, no corpo de nosso texto, é fundamental e merece este destaque. Sabemos que determinar a pura imparcialidade do órgão do Ministério Público é algo que vem sendo combatido, o que sempre vem em conjunto com a possibilidade desse órgão promover a investigação penal, conforme hoje cancelado pelo efeito contrário da rejeição da famigerada PEC 37.³²

Nucci também defende que, se o mesmo promotor que investiga oferecer ação penal, se torna mais viável a alegação de sua suspeição. Para nós, a separação entre o promotor que investiga e oferta ação penal ou mesmo entre o que investiga e oferece ação penal do que funciona na instrução é questão que merecerá maior reflexão doutrinária e legislativa e que não constitui objeto do nosso estudo. De tudo, é de se afirmar que, ao passo dos mecanismos, sempre defenderemos a investigação direta pelo MP.

Pois bem, mesmo em Nucci, e pela questão que envolve a tão debatida investigação direta pelo MP, como visto anteriormente, principalmente no último parágrafo, observa-se, ao fim e ao cabo, que é saliente a preocupação com a imparcialidade do órgão ministerial, mormente quando do exercício de crivo em relação ao caderno investigatório que chega às suas mãos. Mais comum do que a oferta de denúncia, hodiernamente nos inquéritos policiais que não encerraram hipótese de prisão em flagrante, é a ponderação do MP acerca de pontos a serem esclarecidos, com consequente retorno do inquérito à delegacia de polícia para complementação de diligências. Ao final, promove-se o arquivamento ou a denúncia, se nenhuma diligência mais for possível ou necessária.

Assim é que, de tal ponto, não se foge muito na lei, na doutrina e na jurisprudência, no que o próprio CPP prevê, importante a redundância, as hipóteses de suspeição e impedimento do órgão do Ministério Público. Fala-se que a imparcialidade não é a mais adequada hipótese a ser referida sobre o órgão do MP, mas, por um outro motivo, retorna-se a ela sempre. É normal que isso aconteça. A imparcialidade do membro do MP não é a imparcialidade própria do magistrado, pode-se até concordar, mas também é de se firmar que o chão mínimo para o membro do MP é a impessoalidade em seu mais alto grau. Repete-se: o promotor não conhece ofensor e vítima (e nem deve) e também não possui interesse pessoal na condenação do réu. Quem gostaria de ter o seu caso tratado por um membro do Ministério Público inimigo seu, ou mesmo alguém já predeterminado a encontrar provas e obter a correlata condenação, conduzindo a investigação de cunho enviesado e buscando toda sorte de prova e interpretação predatória, ou parcialmente atuando quando do crivo sobre o inquérito policial/flagrante que lhe é submetido (o que é muito pior e sensivelmente decisório)? A resposta só poderá ser negativa. Assim, andou bem o CPP ao prever hipóteses de suspeição e impedimento, em que o membro do Ministério Público deve se afastar ou ser afastado.

³² A proposta de emenda constitucional 37 retirava a possibilidade de investigação direta pelo MP e seus instrumentos internos de investigação, deferindo-os com exclusividade a polícia judiciária. Tal proposta fora expressamente rejeitada pelo legislativo.

Nucci, tal qual Paulo Rangel, também coloca o particular que oferece a queixa-crime na qualidade de substituto processual, o que o afasta mais ainda da punibilidade ao fim aplicada e almejada. Nucci não o faz sem antes determinar que, nestes casos (de ação penal privada), o Ministério Público, por exceção, até poderia ser considerado parte imparcial, por ser fiscal da lei — *custus legis*, embora parte.

O mais interessante é a precisão de Nucci ao determinar, como anteriormente transcrito, que o MP acaba por sempre encarnar, mesmo na ação penal privada, a pretensão punitiva estatal e que o monopólio da aplicação da lei penal é sempre do Estado e não do particular. Nucci, a bem da verdade, não refere expressamente que o particular é que deve oferecer TP, ou que seja o MP, na exclusão do particular, que deve fazê-lo, mas a sua lição em muito nos aproveita.

Assim é que cabe ao particular iniciar a ação penal, ante a sua legitimidade legal, mas jamais, para nós, propor a aplicação de pena antecipada, conforme a transação penal ou o acordo de não persecução.

Seria desarrazoado, ou mesmo imoral, permitir que o particular, ofendido, oferecesse “tarefa — restrição de direitos”, veiculada em TP, ao seu próprio ofensor, o que nos remeteria a práticas medievais. A transação penal é manifestação da punibilidade, que é monopólio estatal e não pertence ou pode ser delegada ao particular, o que se verifica, sem qualquer esforço, na dicção da lei e da estrutura constitucional.

Não é rotina, mas também não é raro, em nossa prática diária afeta ao V Juizado Especial Criminal do RJ-Capital, detectar querelantes que protestam em relação à transação penal oferecida pelo MP, no que não concordam, ainda, com o tipo de benefício ou mesmo expressam que o oferecido pelo MP é diminuto ante a ofensa perpetrada. Mais ainda! Em audiência, pretendem indicar local de frequência pessoal (do ofendido) para prestação de serviços pelo querelante/ofendido, como igrejas etc., mesmo que não objeto de credenciamento do juízo, no intuito claro de ostentar a punição. Em nossa vida profissional, já tivemos a oportunidade de vivenciar caso em que o querelante pretendia que o réu prestasse serviço na igreja em que ele, o ofendido, frequentava.

Frisamos que entregar ao querelante o oferecimento da TP, para além de ilegal, eis que punibilidade não se confunde com iniciativa de ação penal, é totalmente indigno ao réu e ao sistema de justiça conforme a CF.

Ao Ministério Público, tal qual a suspensão do processo e o moderno ANPP, caberá a tarefa de oferta de transação penal na ação penal privada, por tratar o caso com impessoalidade e ser estranho às partes e ao conflito, como órgão de Estado que é. Ainda, e por que não, no caso das ações penais privadas, dotado mesmo de imparcialidade.

Da jurisprudência aplicada ao caso e a doutrina correlata

Como já adiantado outrora, o tema, em específico, não é muito abordado na doutrina e jurisprudência, o que é, vale repetir, inversamente proporcional à sua ocorrência prática no âmbito dos juizados especiais criminais. Nessa seara, observa-

se que o órgão do MP oficiante na ação penal privada, em geral, oferece transação penal em determinada oportunidade da tramitação do procedimento/processo, estando preenchidos os requisitos formais da acusação veiculada na queixa oferecida pelo ofendido.

A par de não haver maior reclame dos ofendidos, que parecem entender o que está ocorrendo em termos de lógica punitiva, também se nota que a representação técnica, por nobres advogados, parece se satisfazer com a punição alternativa alcançada, decorrente da oferta do MP. Isso porque, ao fim, a atuação acusatória privada, por tal, deflagrou o caminho formal adequado e a justa causa probatória que possibilitou e viabilizou a oferta de pena negociada pelo órgão do Ministério Público. Assim é que o patrocínio do ofendido, em geral, na nossa experiência no juizado, parece compreender o constrangimento de o próprio querelante oferecer, qualificar e quantificar a pena ao ofensor.

Com isso, tem-se que a legitimidade de agir do particular, que faz tudo acontecer e que provoca a resposta estatal (*lato sensu*) no processo ou procedimento, ao oferecer queixa, não encontra correlato amparo para que ele mesmo proponha, ao final, a pena negociada, de forma a encurralar o querelado/ofensor, o que seria indigno e pessoal.

O que se observa é que não há muita provocação recursal nesse sentido, razão pela qual a matéria não é muito debatida nos tribunais e até turmas recursais, o que prova a sua pacificação prática no âmbito dos juizados e até varas criminais, ou seja, na prática, o MP oferece a transação penal na ação penal privada sem maior problema.

Assim é que, apoiado em jurisprudência que defere a legitimidade ao ofendido para oferta de TP nas queixas-crime, o grande doutrinador Renato Brasileiro apenas aponta que assim deve ser o funcionamento no âmbito dos juizados criminais, ou seja, se a legitimidade é do ofendido para ajuizamento de queixa, a ele caberá oferecer a transação penal como uma espécie de condição de procedibilidade da ação, “sob pena de verdadeira usurpação de seu direito de queixa”.³³ De acordo com o que defendemos aqui, nada mais equivocado.

Tal autor prolonga a prerrogativa de iniciativa da ação penal para a legitimidade de oferta da transação penal, projetando a legitimidade extraordinária do particular, de forma a alcançar a punibilidade contida na TP, com amparo na jurisprudência.³⁴

A jurisprudência que defere legitimidade para oferta de transação penal ao ofendido não nos parece ter enfrentado o tema pelo seu prisma mais técnico. A questão não é tão simplória assim.

³³ LIMA, R. B. de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 1568-1569.

³⁴ STJ, 5ª Turma, EDcl no HC33.929/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/10/2004, DJ 29/11/2004 p.357; STJ, Corte Especial, APn 566/BA, Rel. Min Hamilton Carvalhido, j.12/11/2009, DJe 26/11/2009; Corte Especial, APn 390/DF, Rel. Min. Felix Fisher, j.06/03/2006, DJ 10/04/2006 p.106. Tais julgados são em pouco número, no que, em breve pesquisa, parecem se esgotar nessas raras citações.

Quem analisaria os requisitos formais e subjetivos para oferecimento de tal benefício? O ofendido? Poderia ele deixar de oferecer o benefício caso o querelado, ainda que primário, respondesse a processo criminal em outro órgão judicante, alegando faltar elementos subjetivos? O mesmo questionamento se indaga em relação à tramitação de outros inquéritos em desfavor do querelado. Sabemos que esses critérios são flutuantes. Outra, caso a oferta da TP contivesse pena indigna ao querelado (financeiramente ou em razão das tarefas), o juiz deverá adequá-la? Estamos aqui nos referindo ao mínimo dos problemas que daí surgirão. Ao fim, estará o juiz ofertando a proposta? Acrescente-se o caso em que o querelante entende simplesmente não oferecer a TP porque se sentiu muito ofendido, considerando a ofensa grave.

Pensamos que tais proposições jurisprudenciais acabam encerrando argumento de autoridade e não nos levam à simples reflexão aqui externada: a de que a legitimidade para o ajuizamento da ação penal em nada se comunica com a punibilidade, monopólio do Estado-juiz que, por exceção, e após o método negociado adotado, a defere ao Ministério Público. O MP, apesar de “agente” da persecução, é estranho ao ofendido e ofensor, não estava no local dos fatos e trabalha com a perspectiva de reconstrução da verdade, inclusive no que tange à prova coletada e à possibilidade real de condenação, o que, por simetria, faz também nos crimes de ação pública em que atua.

Importante ainda lembrar algumas questões principais:

1 – A transação penal, conforme artigo 76 da Lei 9.099/95, não defere ao ofendido qualquer possibilidade de oferta desse benefício.³⁵ Veja-se que, a par de não haver nenhuma exceção no próprio artigo de lei que cria o instituto, na Lei 9.099/95, nenhum outro diploma da legislação nacional permite que o ofendido ofereça pena antecipada e negociada ao ofensor, ou seja, o texto da lei defere ao Ministério Público a sua taxatividade, que redunde em silêncio eloquente, não abrindo margem para outra interpretação de ampliação de legitimado a propor pena. A lei nem sequer refere sobre as ações penais privadas quando trata da TP, embora esteja superado que, na sede daquelas, caiba o oferecimento de tal benefício. A nossa

³⁵ 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

defesa simples, neste trabalho, é a de que ao ofendido não é possível tal manejo.

2 – A lei refere expressamente ser a transação penal o caso de “aplicação imediata de pena”, ficando expresso que a questão é de punibilidade, com a exclusão de qualquer outra interpretação.

3 – O Enunciado 112 do FONAJE, velho conhecido de quem atua junto aos juzizados especiais criminais, a par de reconhecer a possibilidade de oferecimento de transação penal, pelo MP, nas ações penais privadas, não reconheceu tal legitimidade ao ofendido, no que anteviu a obviedade da catástrofe técnica e fática. Assim, de forma a orientar o exercício regular do instituto, assim orientou, *verbis*: “Na ação penal de iniciativa privada, cabem TP e suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro — Palmas/TO).”

O que ocorre no âmbito dos juzizados criminais é exatamente o que prevê o Enunciado 112 do FONAJE. Não obstante, ao pesquisarmos sobre o tema aqui proposto e não encontrarmos quase nada em específico, já no final do nosso desenvolvimento, deparamo-nos com o excelente artigo de Monalisa Costa de Sousa, publicado, em 2006, no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Após tudo o que escrevemos anteriormente, temos a forte perspectiva de que não estamos inovando ou inventando de forma corporativa.

A questão é interessante, no sentido de que a autora enfrentou a controvérsia da forma como a entendemos, o que, em muito, traz alívio por não estarmos sozinhos. Afinal, sempre que procuramos defender algo, tentamos encontrar vozes consonantes, de modo a posicioná-lo entre as correntes de pensamento que serão explicitadas. Interessante é que nos utilizamos dos autores até aqui citados para extrair a conclusão necessária à nossa abordagem, a qual se soma ao argumento de que, na prática forense, é o MP quem oferece a proposta de transação penal nas ações penais privadas. Ainda, a lei (artigo 76 da Lei 9.099/95) não contempla o particular como ator de tal oferta (TP), o que se soma, ao fim, à diferença entre a legitimidade para a deflagração da ação penal e o instituto da punibilidade, reconhecidamente ocupantes de planos distintos. A autora enfrenta tais questões de forma objetiva e direta, com maestria.

Vejamos:

O Ministério Público, lembrando o que foi dito no capítulo sobre a ação penal, é o detentor do *jus puniendi* e do *jus perseguendi*, que o possibilitou ter para si o direito de punir e perseguir a execução da pena com a finalidade de evitar o caos que poderia acontecer se cada indivíduo fosse, ao seu talante, fazer justiça com as próprias mãos. Assim, não há que se ignorar que cabe ao ofendido apenas

o jus perseguendi in judicio, ou seja, o ponta pé inicial da ação que é a propositura da queixa. Após a queixa é que o Parquet poderá propor o benefício da transação penal nas ações privadas, com fundamento nos princípios dos Juizados Especiais, constantes no artigo 2º e 62, bem como na aplicação da analogia *in bonam partem* do artigo 76, vez que esta permite o uso da norma em benefício do ofensor.

Não se nega a possibilidade de contraproposta feita pelo ofensor, conforme já dito, porque acima de tudo o objetivo é que este a aceite e passe a pensar no que pode gerar seus atos, uma vez que a aplicação da transação é de imediato, uma resposta rápida a um ato inconsequente. Evitar o encarceramento e a condenação é, até o presente momento, a melhor forma de resolver lides comuns no dia a dia, e isto é feito através dos procedimentos adotados nos Juizados Especiais.³⁶

Conforme o próprio texto colacionado refere, o STJ e alguns tribunais atrelam a legitimidade para a ação penal à questão que envolve a legitimidade para proposta da TP, que, na verdade, se liga à punibilidade. Assim como a autora alerta sobre pensar diferente e mais técnico do que o TJDF, igualmente podemos referir em relação ao que acontece, na prática, no RJ e seus diversos juizados, sede em que o MP oferta a TP na ação penal privada.

Assim é que a proposta de transação penal é efetivada pelo Ministério Público sem maiores questionamentos ou problemáticas junto às turmas recursais, o que encerra verdadeiro juízo de proporcionalidade constitucional e, ao fim, coerência com as normas de penal e de processo penal em vigor.

Ao fim deste estudo, deparamo-nos com recente julgado do STJ³⁷ que, seguindo o mesmo entendimento que anteriormente tanto criticamos em relação à oferta da TP na ação penal privada, defere ao particular a oferta do ANPP nos crimes, igualmente, de ação privada e, ao Ministério Público, legitimidade meramente supletiva, nos casos em que a negativa do querelante for injustificada, abusiva ou desproporcional.

As razões para a crítica são as mesmas já tecidas anteriormente, sem qualquer acréscimo, apenas com a redobrada atenção sobre o fato de que o ANPP nos parece ainda mais contundente, em termos de instituto, do que a transação penal, motivo pelo qual jamais poderia ser privatizado.

³⁶ SOUZA, M. C. de. *A Legitimidade para propositura da transação penal nas ações de iniciativa privada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais*. Parte V. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 22 jul. 2024.

³⁷ REsp n. 2.083.823/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 18/3/2025.

O artigo 28 do CPP nem sequer prevê tal prerrogativa ao particular, tal como ocorre no artigo 76 da Lei 9.099/95 e, certamente, não foi essa a intenção do legislador. O ANPP é pena negociada e é verdadeira punibilidade em resposta ao delito praticado.

4. Conclusão

O tema é pouco explorado na doutrina prestigiada e na jurisprudência porque é pacificado na prática, pensamos nós. Deferir ao particular a proposta de transação penal é vilipendiar a Constituição e atuar à revelia do próprio sistema penal, a par de retroagir à Idade Média.

A transação penal é pena negociada e sem condenação, proposta por órgão estatal com total impessoalidade/imparcialidade (Ministério Público) e aceita, ou não, por quem é apontado como autor do delito. Tal proposta de transação penal pelo Ministério Público é cabível após o ajuizamento de queixa-crime, pelo particular, que seja viável de forma técnica/probatória e como alternativa ao enfrentamento do processo penal.

O instituto é direito constitucional subjetivo do ofendido, desde que preenchidos os requisitos do artigo 76 da Lei 9.099/95 e que, caso negado, desafie a remessa à chefia institucional do MP para revisão.

Referências bibliográficas

BONAVIDES, P.; MIRANDA, J.; AGRA, W. M. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

CÂMARA, A. F. *O novo processo civil brasileiro*. 8. ed., rev. e atual. Barueri [SP]: Atlas, 2022.

DEMERCIAN, P. H.; MALULY, J. A. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

GILABERTE, B. *Crimes Contra a Pessoa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021. p. 386.

GRECO, L. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, R. *Curso de direito penal: artigos 1º a 120 do código penal*. 25. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023.

GUEIROS SOUZA, A. B.; JAPIASSÚ, C. E. A. *Curso de Direito Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2012.

JARDIM, A. S. *Os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade nos juizados especiais criminais*. Revista do Ministério Público. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Boletim do Instituto Brasileiro de ciências criminais. 04(48):04, novembro de 1996.

JESUS, D. de. *Código Penal anotado*. 23. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 13.142/2015. São Paulo: Saraiva, 2015.

JESUS, D. de. *Direito Penal: parte especial: Crimes contra a Pessoa a crimes contra patrimônio*. 35. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2015.

LIMA, R. B. de. *Legislação criminal especial comentada*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

LIMA, R. B. de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES, JR. A. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

NUCCI, G. de S. *Curso de direito processual penal*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

RANGEL, P. *Direito processual penal*. 30. ed. Barueri [SP]: Atlas, 2023.

SOUZA, M. C. de. *A Legitimidade para propositura da transação penal nas ações de iniciativa privada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais*. Parte V. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br>. Acesso em: 22 jul. 2024.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. 64. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.