

A Impossibilidade, Inviabilidade e Desaconselhabilidade da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo em Crimes de Ação Penal Privada

Calixto Oliveira Souza*

Introdução

Trata-se aqui de um estudo a respeito da impossibilidade legal da propositura de transação penal e de suspensão condicional do processo em ação penal privada, analisando-se o que preveem a Lei 9.099/95 e a Constituição Federal, além da inviabilidade e da desaconselhabilidade das medidas, sem olvidar as abalizadas opiniões de doutrinadores e magistrados, através do estudo da doutrina e da jurisprudência. O trabalho está de acordo com o tema do XIX Congresso Nacional do Ministério Público, “Amazônia, Direitos Humanos e Sustentabilidade”, ao enfrentar intrigante questão envolvendo o delicado momento, pré-processual ou pré-instrução, em que pode ou não ser proposta a transação penal e a suspensão condicional do processo para os autores de crimes de ação penal privada. A matéria é polêmica e encontra opiniões às vezes apaixonadas de juristas contrários e a favor, o que motivou o presente trabalho, em busca de uma conclusão que possa contribuir para que a Justiça seja corretamente aplicada.

1. Parte legítima para a propositura da transação penal e da suspensão condicional

A transação penal e a suspensão condicional do processo, instituídas no Brasil em 1.995, somente podem ser propostas pelo Ministério Público, através de seu órgão de execução, de acordo com a Lei 9.099/95, em seus artigos 76 e 89. Segundo o *caput* do art. 76, não ocorrendo os impedimentos previstos no § 2º do mesmo dispositivo legal, a transação penal deve ser oferecida pelo Ministério Público, havendo representação ou sendo pública a ação penal, não sendo caso de arquivamento; a suspensão condicional, por seu

* Promotor de Justiça

turno, de acordo com o art. 89, deverá também ser proposta pelo “Ministério Público, ao oferecer a denúncia”, dentro das condições ali exigidas.

A Lei é clara e objetiva ao não contemplar a possibilidade de proposta de transação penal ou de suspensão condicional oferecida pela vítima, nos casos de ação penal privada. Há autores, porém, que gostariam que a lei dissesse também o que não permite, sob pena de concluir-se que há uma omissão não deliberada do legislador – ou uma verdadeira falha – e que pode também a vítima, na ação penal privada, apresentar a proposta, ou ser esta feita pelo Ministério Público ou até mesmo pelo juiz.

O desejo desses autores, todavia, esbarra na necessidade de interpretar-se a Lei de acordo com o vernáculo e com os princípios penais e processuais penais brasileiros.

No caso em foco, não se pode retirar do legislador o poder de restringir, sob o argumento de que foi esquecida a ação penal privada. Não é defensável que a Lei contenha tamanha falha.

A seguir-se o raciocínio, encontrar-se-ão inúmeros casos de “omissão”. É só procurar. O inciso III do § 2º do art. 76 da Lei 9.099/95, por exemplo, enumera cinco das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal para tornar inadmissível a transação penal. Não é crível que algum doutrinador se arriscaria a acrescentar a culpabilidade, as consequências do crime ou o comportamento da vítima, que não foram incluídas, a esse rol.

As possibilidades são infinitas, tanto no direito penal quanto no cível.

1.2. Sobre a redação dos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95

Uma simples leitura dos *caputs* dos artigos 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais não deixa dúvida quanto à intenção do legislador de restringir as propostas de transação penal e de suspensão condicional ao Ministério Público, além de limitá-las aos casos de ação penal pública, condicionada ou não.

Alguns autores, porém, como adiantado acima, consideram a possibilidade de ter havido equívoco do legislador, que poderia ter deixado de incluir a queixa-crime de forma não intencional. O raciocínio tem um verniz de sustentabilidade, principalmente se observarmos que o legislador se esqueceu, no art. 76, de incluir a contravenção penal entre os fatos mercedores da proposta. A Lei só menciona crimes, embora ninguém em sã consciência negue a possibilidade de transação aos autores de contravenções.

Ocorre que são situações diferentes. Ademais, um pouco antes, no parágrafo único do artigo 74, que trata da composição dos danos civis, a Lei se ocupa dos casos de ação penal privada, ao mencioná-los juntamente com os de ação pública condicionada, para determinar que “o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou de representação”.

Como se vê, o legislador estava atento à existência da ação penal privada, que não ignorou.

2. A solução encontrada pela Lei para possibilitar o acordo em ação privada

Os artigos 72 a 74 tratam da composição dos danos civis, cabível nos casos de ação privada e pública condicionada ou incondicionada, sendo esta última mencionada implicitamente.

Sabe-se que existe a possibilidade da composição sempre que há uma vítima definida, diante da redação do parágrafo único do art. 74, que considera a aceitação da reparação do dano pela vítima verdadeira renúncia ao direito de queixa ou representação, estando também claro que tratando-se de ação penal pública incondicionada pode ocorrer o acordo, que “terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente”, nos dizeres do art. 74 da Lei em comento, embora a composição, neste caso, não impeça o início da ação penal. O autor do fato, nesse caso, poderá evitar um processo civil de conhecimento e ainda candidatar-se às benesses do art. 16 do Código Penal (arrependimento posterior).

Volvendo-se os olhos para a ação privada, verifica-se que a composição dos danos civis, ao contrário do que ocorre na ação pública incondicionada, “acarreta a renúncia ao direito de queixa” (art. 74, parágrafo único). Trata-se de um imenso incentivo ao autor do fato para facilitar o acordo, o que beneficia também a vítima.

O acordo, não há dúvida, é interessante para ambas as partes. Para o autor do fato porque o livra de defender-se em duas ações: uma penal e uma civil; para a vítima, porque a desobriga de sustentar duas ações: uma ação penal, através de queixa-crime, que demanda despesas, tempo, desgaste emocional e a possibilidade de sucumbência; e uma ação civil, com os mesmos ônus de uma ação penal.

Ressalte-se ainda que não havendo a transação penal ou a suspensão condicional, a possibilidade de acordo entre querelante e querelado permanece até o final do processo, o que é benéfico para a vítima e em alguns casos até mesmo para o autor do fato, que tem a oportunidade de encerrar uma demanda cível ou de até mesmo impedir seu início, além de ver extinta a ação penal sem ostentar em seu prontuário uma transação penal ou uma suspensão condicional.

2.1. A inviabilidade da transação penal quando não há composição civil dos danos

Alguns autores defendem a propositura de transação penal após a apresentação da queixa-crime (ou até mesmo antes), nos casos em que não se obtém a composição civil dos danos.

A proposta de transação penal, porém, que é independente da composição dos danos, poderá ficar muito abaixo desta, caso apresentada em valores pecuniários, criando-se uma situação degradante para a vítima e ensejadora de deboche para o autor do fato.

A hipótese alternativa, de propor-se ao autor o mesmo que a vítima propôs na fase anterior, pode criar uma situação injusta; caso o valor não seja destinado ao ofendido, far-se-á com que o autor se desfaça de parte de seu patrimônio, mas mantendo-se a vítima sem sua almejada indenização, a ser perseguida no juízo cível, com todos os ônus já mencionados acima. Ademais, daria ao autor do fato a oportunidade de agir por mero capricho, ao aceitar o pagamento de determinada quantia, mas privando a vítima de sua indenização. Essa opção a ser feita pelo autor, registre-se, não lhe seria vantajosa, pois a possibilidade de ter que fazer outro pagamento, desta vez à vítima, após ação civil, permaneceria, além de representar a perda do direito ao benefício da transação penal pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 76, § 4º, da Lei 9.099/95).

2.2. Ainda sobre a questão da legitimidade

Outro empecilho que surge quando se pretende estender a transação penal e a suspensão condicional aos crimes de ação penal privada diz respeito ao responsável pela elaboração e apresentação da proposta. A maioria dos autores sustenta que a transação penal e a suspensão condicional somente podem ser oferecidas pelo Ministério Público. A solução encontrada por alguns tribunais e doutrinadores foi a manutenção dessa legitimidade, mas podendo a proposta ser apresentada somente com autorização da vítima. O STJ já decidiu nesse sentido (6.ª T., no RHC n. 8.123/AP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.4.1999, DJ de 21.6.1999, p. 202). A única explicação para a existência dessa figura jurídica reside na possibilidade de a vítima considerar suficiente que o autor do fato passe a ostentar em sua ficha criminal uma transação penal, benefício do qual não poderá se valer nos próximos cinco anos, ou o mero histórico de um processo suspenso e extinto, no qual não houve julgamento. Ocorre que para chegar a esse ponto o procedimento terá ultrapassado a fase da composição dos danos civis, em que não se logrou sucesso. Sobre a transação, a hipótese de a vítima deixar de aceitar determinado valor e em seguida concordar que o Ministério Público faça a proposta de transação penal, muitas vezes bem mais baixa (se de prestação pecuniária), pois trata-se agora de pena criminal, é remota.

Poder-se-ia argumentar que o valor almejado pela vítima pode ser alto e não ser aceito pelo réu, podendo aquela preferir permitir a transação penal e, em seguida, buscar seu direito no cível. A experiência mostra, ao contrário, que a vítima (em casos de ação privada, sempre patrocinada por advogado) prefere buscar a condenação criminal, o que lhe permite deixar de discutir o mérito em posterior ação civil (art. 63 do CPP), podendo esta, se já proposta, ser até mesmo suspensa até o resultado da ação penal (art. 64, parágrafo único, do CPP).

Note-se ainda que impor à vítima a obrigação de propor a transação penal ou a suspensão condicional, após ter ela trazido o autor do fato às barras do Juizado Especial, chega a ser cruel. A situação é diferente daquela em que a vítima oferece representação ou não; oferecida a representação, o Promotor de Justiça, que dispõe da ação penal e dela

se encarrega, é quem decide se oferece a transação penal ou a suspensão condicional, exercendo seu poder-dever.

A solução encontrada por Fernando da Costa Tourinho Neto é radical: após expor que a questão é controvertida e mencionar autores contrários à transação penal em ação penal privada (Demercian, Assaf Maluf e Agapito Machado), aos quais podem ser acrescentados Damásio E. de Jesus, Lucas Pimentel de Oliveira, Marino Pazzaglini Filho, Fátima Andrighi, Sidnei Beneti, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e outros, além de súmulas editadas em vários encontros de membros do Ministério Público, conclui: “entendo que, nessa hipótese, preenchidos os requisitos que possibilitem a transação, o juiz fará a proposta se o querelante e o querelado não a fizerem” (Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, RT, 6 ed., São Paulo: 2009, pág. 604). O autor propõe simplesmente que seja subtraída da vítima a ação penal, dela desistindo o juiz em seu lugar, o que inegavelmente configura nova agressão àquela que dirigiu-se ao Poder Judiciário em busca de uma reparação legal pela primeira agressão sofrida.

Há quem argumente que poder-se-ia dar à vítima o poder de decidir se propõe ou não a transação ou a suspensão, pois poderia haver casos raros em que a vítima assim desejasse. Ocorre que ao ser dado à vítima tal poder estaria sendo negado a todas as outras o direito de prosseguir com o processo, pois nesse momento surgiria para o réu o direito subjetivo à proposta, como ocorreu na ação pública, ao ser transformado o poder do Ministério Público em “poder-dever”.

2.3. Não há fase procedimental adequada à transação penal em ação privada

À vítima é dado por lei o poder de expressar sua vontade nos crimes de ação penal pública condicionada. Ela o faz a qualquer momento, se quiser, dentro do prazo legal, sempre, claro, antes da apresentação de proposta de transação penal, pois nos casos em que a vítima não representa o Promotor de Justiça não está autorizado a propor a transação. Havendo representação, há dois momentos em que o Promotor de Justiça pode apresentar a proposta: antes do início da ação penal, na fase prevista no art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, ou no início da audiência de instrução e julgamento, antes do oferecimento de defesa prévia e do recebimento da denúncia, na hipótese prevista pelo artigo 79.

Quanto à ação penal privada, é sabido que esta é iniciada pela queixa. Não havendo a composição dos danos civis, a vítima deve decidir se inicia o processo ou não. A Lei lembrou-se desse fato e até permite que a queixa-crime seja apresentada oralmente (art. 77, § 3º), obviamente através de advogado. Até então o Ministério Público não tem conhecimento da intenção da vítima. A ação não foi ainda iniciada. Não é juridicamente permitido que o Promotor de Justiça apresente proposta de transação penal, em razão de não ser parte, de não existir autorização da vítima, que não pode fazê-lo, ainda que quisesse, por falta de permissivo legal, e por não haver ação penal iniciada.

Na hipótese de ter sido apresentada a queixa-crime, estaremos diante de uma ação penal iniciada pela vítima, que já decidiu assumir despesas com advogado e que patrocinará uma ação na qual o Ministério Público intervém apenas como *custos legis*, não tendo este o poder de dispor da ação em troca de um acordo com o autor do fato. A seguir-se a solução encontrada por alguns autores, que sugerem que o ofendido seja convidado a autorizar a propositura de transação penal pelo Ministério Público, a vítima terá tomado a difícil iniciativa de processar o autor, efetuado gastos, e se verá de repente sendo instada a ceder sua legitimidade processual a outrem, em uma criação jurídica esdrúxula e totalmente divorciada do ordenamento legal brasileiro.

Ademais, ao Promotor de Justiça, na ação penal pública, é dada a possibilidade de encerrar o processo, com obtenção de julgamento, antes que este se inicie (exatamente porque, se não for o caso de arquivamento, não há uma terceira opção: ou é oferecida a transação penal ou a denúncia), o que é impossível para a vítima, pois somente nasce para o mundo jurídico e para o Poder Judiciário o procedimento pelo crime de ação privada com o oferecimento da queixa-crime. Admitir o contrário seria permitir que uma vítima que nem pretende processar o autor se visse de repente sendo convidada a propor transação penal em vez de um processo que não existiria. O réu, nesse caso, seria prejudicado. Por outro lado, se proposta a queixa-crime, não há mais que se falar em transação penal, pelas razões expostas em outros pontos do presente estudo.

2.4. Argumentos favoráveis e contrários à suspensão

Damásio E. de Jesus é enfático: na ação penal privada “não há suspensão condicional do processo, uma vez que já prevê meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc.”. E segue citando decisões nesse sentido do TACrimSP e do TJMG, este último em decisão que teve como relator o Des. Alves de Andrade, embora mencione também decisões contrárias a seu entendimento (Lei dos Juizados Criminais Anotada, 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 133).

Um dos argumentos contrários vem de Ada Pellegrini, Gomes Filho, Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, na obra *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*, p. 267-268, citados por Fernando da Costa Tourinho Neto e Joel Dias Figueira Júnior, segundo os quais aqueles “entendiam diferente, mas mudaram de posicionamento, argumentando que ‘se o querelante pode o mais, que é perdoar, é evidente que também pode o menos (optar pela solução alternativa do litígio)’” (Juizados Estaduais Cíveis e Criminais, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, págs. 751 e 752).

O sedutor argumento traz, porém, uma armadilha. Note-se que no caso do Ministério Público o que era poder, nos dizeres da Lei, converteu-se em dever, ou poder-dever, por força dos intérpretes mais influentes. O mesmo ocorreria inevitavelmente com a suspensão condicional se o querelante dispusesse do poder de oferecê-la. Como a Lei, sabiamente, não previu esse poder, pelas razões expostas ao longo de todo o presente trabalho,

fica a vítima poupada do constrangimento de ver-se instada pelo Juiz ou pelo Promotor de Justiça (*custos legis*) a oferecer a suspensão, medida que não atende aos seus anseios, além de não se ver obrigada a fazê-lo, como o Promotor de Justiça, quando o querelado reúne as condições previstas no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais.

Ada Grinover, citada por Sandro Lobato, traz argumentos em que demonstra preocupação somente com o réu e com o interesse público, em detrimento da vítima;

Consideram-se ainda (e esse argumento é de fundamental relevância) os interesses públicos gerais presentes no instituto da suspensão, que transcendem em muito os interesses pessoais dos envolvidos no litígio. Dentre aqueles destacam-se: ressocialização do infrator pela via alternativa da suspensão, reparação de danos sem necessidade de processo civil de execução, desburocratização da justiça, aplicação do Direito Penal e da pena de prisão como *ultima ratio* etc. Inviabilizada a suspensão na ação penal privada, nada disso será alcançado. Nem tampouco a meta político-criminal que o legislador quis imprimir para a chamada criminalidade de menor ou médio potencial ofensivo. Se até mesmo em relação aos crimes de ação penal pública, que envolve interesses públicos indiscutíveis, estes cedem para a incidência da suspensão do processo, com muito maior razão deve ser admitida em relação aos crimes de ação penal privada, onde predominam interesses privados. Pela própria natureza, estes *a fortiori* não contam com a primazia diante dos interesses públicos” (Questões criminais controvertidas na Lei 9.099/95).

Quanto ao interesse público, não há dúvida de que prevalece em muitos casos, mas tratando-se de ação penal, a de iniciativa privada é de muito maior interesse para a vítima, que por ela é responsável por lei, assume os ônus desta, e tem interesse direto em seu resultado, ao contrário da ação pública, que visa a defender o interesse da sociedade em geral.

Por outro lado, a reparação dos danos, se não for obtida na fase de composição dos danos civis, para evitar o início do processo, certamente não o será como apenas mais uma condição da suspensão, o que seria um contrassenso.

3. A constitucionalidade da vedação da transação e da suspensão

Abordou-se acima a legalidade da vedação da transação penal e da suspensão condicional do processo na ação penal privada. Falta verificar a constitucionalidade.

A transação penal, lembre-se, foi instituída no Brasil através da Lei 9.099/95, em harmonia com a Constituição Federal, que permite, em seu artigo 98, inciso I, a transação penal “nas hipóteses previstas em lei”. Vejamos a íntegra do dispositivo constitucional:

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

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

Como se vê, a Constituição da República não exige que a transação penal e a suspensão condicional se apliquem a todos os tipos penais nem a todos os autores. Ela deixa a tarefa de distinguir para a Lei. E a distinção feita pela Lei não ofende os princípios constitucionais. Apenas trata de forma diferente fatos diferentes e que têm ação penal especial.

Esse é o entendimento de Paulo Rangel, que a respeito do tema assim se manifesta, de forma esplêndida:

A Constituição Federal, ao permitir que os Juizados Especiais Criminais realizassem a transação penal e adotassem os procedimentos oral e sumaríssimo, deixou o legislador ordinário à vontade para estabelecer o devido processo legal e este é o descrito no art. 76. Foi a própria Constituição Federal que estabeleceu o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV) e foi a própria Constituição Federal (art. 98, I) que permitiu que o legislador ordinário estabelecesse como seria a transação. É a Constituição Federal excepcionando ela mesma (Direito Processual Penal, Lumen Juris Editora, 17 ed., Rio de Janeiro: 2010, pág. 289).

Doutrina e jurisprudência não são unânimes, mas há orientações no sentido da inconstitucionalidade, ao argumento de que todos os autores do fato merecem as medidas despenalizadoras, tenham eles cometido infrações de ação penal pública ou privada, em razão de uma misteriosa analogia entre os tratamentos a serem dados aos autores.

A analogia, no caso em foco, deve ser afastada de plano, pois esta, em Direito, somente se aplica aos casos em que a lei é omissa. Não é o caso.

Resta uma possível necessidade de igualdade de tratamento. O argumento cai por terra, contudo, quando se compara tudo que envolve os crimes de ação penal privada e os de ação pública. Ora, a própria ação penal é diferente. Os crimes de ação privada são tão especiais que o Promotor de Justiça não é parte legítima para a ação penal. E ninguém, na atualidade, tem a ousadia de afirmar que é inconstitucional a diferença de tratamento aos diferentes autores.

Não se pode pretender igualar o que é diferente. O autor de exercício arbitrário das próprias razões, por exemplo, comete um crime especial. Fosse comum o crime, a ação penal poderia ser pública, condicionada ou não.

Fernando da Costa Tourinho Neto arrola os crimes de ação penal privada que podem ser julgados pelos Juizados Especiais Criminais:

Os crimes contra a honra (calúnia, CP, art. 138; difamação, CP, art. 139; injúria, CP, artigo 140); os de alteração de limites, usurpação de águas e esbulho possessório (CP, art. 161, § 1º, I e II), quando não houver emprego de violência e se tratar de propriedade particular – v. § 3º. Os de dano (CP, art. 163, caput, c/c o art. 167); o de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (CP, art. 164 c/c o art. 167); o de fraude à execução (CP, art. 179); os de violação de direito autoral (CP, art. 184 c/c o art. 186, I); os de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento (CP, art. 236 c/c o seu parágrafo único); o de exercício arbitrário das próprias razões, desde que não haja violência (CP, art. 345 c/c seu parágrafo único); os crimes previstos nos artigos 183 a 190 e 192 a 195 c/c o art. 199 da Lei 9.279, de 1996, que regula os direitos e obrigações relativos a propriedade industrial (Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais, RT, 6 ed., São Paulo: 2009, pág. 441).

Nota-se que são crimes especiais, de maior interesse da vítima que do Estado. Alguns autores alegam que a vítima, nesses casos, age como auxiliar da Justiça e, na condição de titular da ação penal, tem o dever de colaborar com a Justiça, chegando ao ponto de ter que sacrificar a ação penal e concordar com a transação penal ou com a suspensão condicional. Ocorre que a Justiça é que tem o dever de dar uma resposta às vítimas e à sociedade; a esta, englobando as vítimas, quando se tratar de crimes que envolvem o interesse social, como nos casos de furto, tráfico de entorpecentes ou homicídio, por exemplo; àquelas, quando se tratar de crimes em que a própria vítima se encarrega da ação penal, por interesse próprio, seja em defesa da honra, da propriedade ou de outro bem que lhe seja caro e tenha sido lesado ou esteja em vias de sê-lo.

A respeito da ação penal privada, vejamos as sábias palavras de Paulo Rangel:

O ofendido (ou seu representante legal) promove a ação penal de iniciativa privada se quiser, se for de seu interesse, se o momento de propor for oportuno ou, se oportuno, houver conveniência nesta propositura.

Assim, diferente da ação penal pública, que é regida pelo princípio da obrigatoriedade, a de iniciativa privada dá a faculdade ao ofendido para verificar se vale a pena o escândalo do processo para a punição do criminoso, ou se é melhor a impunidade em vez da publicidade de um fato que diz mais respeito à vida íntima do ofendido (Direito Processual Penal, Lumen Juris Editora, 17 ed., Rio de Janeiro: 2010, pág. 266).

Ainda sobre a excepcionalidade da ação penal privada, assim se manifesta Fernando Galvão:

A lei determina os casos de ação privada, estabelecendo expressamente quais são as ações penais que deverão ter início por meio de queixa-crime. Nos crimes de iniciativa privada, o legislador reconheceu que a publicização do fato, pela persecução penal, poderia ofender ainda mais os interesses do lesado e, assim, conferiu a este um juízo de oportunidade e conveniência sobre a propositura da ação penal (Direito Penal – Parte Geral -, Del Rey, 2 ed., Belo Horizonte: 2007, pág. 556).

Favoráveis à tese da inconstitucionalidade da vedação, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, em artigo no site www.tjrj.jur.br (A Transação Penal nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada), afirmam que

a admissão da transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo apuradas mediante ação penal de iniciativa privada é, no nosso entendimento, a única tese que se coaduna com os princípios constitucionais da proporcionalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que os autores, além daqueles que compartilham de sua opinião, atropelam todas as razões que conduzem à existência da ação penal privada, olvidando ainda que a vítima, assim como o réu, é pessoa humana e deve ter sua dignidade preservada. Os operadores do direito devem ter em mente também que para a vítima seria extremamente frustrante ver sua ação penal resultando em mais uma transação penal ou em uma suspensão condicional, o que não propicia a execução no juízo cível e, mais grave, contribui para aumentar a dor causada pelo crime, diante da frustração da extinção do processo sem julgamento do mérito, em vez do consolo e dos efeitos sociais causados pela sentença condenatória ou pela composição dos danos civis, que é muito mais considerada pelo autor do fato quando não há a possibilidade da transação penal ou da suspensão condicional.

3.1. Ninguém é escolhido aleatoriamente para ser “autor do fato”

Quando os doutrinadores defendem que se estendam a todos os autores alguns direitos destinados aos casos previstos em lei, fica-se com a impressão de que os autores talvez sejam vítimas de um “sistema”, “da “sociedade” ou de outra entidade não definida que dirige os destinos dos seres humanos e por isso merecem tratamento especial, superior ao que é dado à vítima. Ora, o autor do fato somente é processado ou recebe uma proposta de composição civil, transação penal ou suspensão condicional após ter sido apontado como autor de um crime ou contravenção. Ele não é sorteado para ocupar aquele desagradável lugar. Sobre ele pesa uma acusação, já formalizada ou não. Sendo o

indigitado autor do fato merecedor, em razão de suas condições pessoais e do crime ou contravenção do qual é suspeito, receberá ele a proposta despenalizadora; não sendo o caso de transação penal ou suspensão condicional, por suas condições pessoais ou por tratar-se de crime de ação penal privada, restam ao autor do fato a composição dos danos civis ou, em último caso, a defesa processual, na qual ele poderá, com todas as garantias constitucionais, exercer seu sagrado direito de defesa, através do amplo contraditório permitido pelo Direito Brasileiro. Sendo culpado, sofrerá as consequências; se inocente, será absolvido (salvo nos casos em que pode ocorrer erro, como em qualquer processo, inclusive da Justiça Comum, ou outra atividade humana), pois a condenação não se dá, em nosso direito, sem a certeza do fato e da autoria. É o que determinam as leis, em harmonia com a Constituição.

3.2. A vítima necessita do julgamento

Registre-se ainda que além do conforto pessoal dado pela sentença, muito mais importante é o reconhecimento público dado pelo Poder Judiciário de que o querelante foi vítima e não autor, quando se tratar, por exemplo, de ação penal por crime contra a honra. A vítima, em tais casos, necessita da sentença. O que foi dito, escrito ou manifestado por gestos e até agressões físicas pelo réu já é público. Antes da sentença é a única versão que existe. Após a sentença condenatória, no entanto, tem a vítima a oportunidade de demonstrar à sociedade que sua honra foi injustamente agredida.

Pergunte a um indivíduo honesto sobre qual crime o atingiria mais: uma lesão corporal leve ou uma calúnia. É fácil concluir que no caso da lesão ele seria o tempo todo perfeitamente identificado como a vítima, com a simpatia de todos, teria sua história de vida preservada e aguardaria sua consequente recuperação sem sequelas. No caso da calúnia, sua imagem pública poderia nunca mais ser recuperada. A sentença, *in casu*, se não corrige totalmente o mal, pelo menos serve para diminuir-lhe os efeitos. A mídia se encarrega dos exemplos, por todos conhecidos.

Não se está pretendendo aqui fomentar um confronto entre os direitos do réu e da vítima. A análise, no caso em foco, se restringe ao fato de que não cabe ao aplicador do direito estender os efeitos benéficos de um dispositivo legal a casos não contemplados, desde que a diferenciação não seja inconstitucional, sob pena de vermos-nos em um futuro próximo igualando todos os réus e condenados, independentemente do crime, da pena e de suas condições pessoais.

Acrescentam ainda os autores acima citados: “Ora, se a vítima pode fazer o mais (que é renunciar ou oferecer a queixa), certamente pode fazer o menos (que é propor a transação penal)” (Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, em artigo no site www.tjrj.jur.br - A Transação Penal nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada).

Não há, porém, previsão legal nem constitucional para esse poder, o que foi realçado acima e será melhor demonstrado a seguir.

3.3. Algumas comparações

É necessário que se façam comparações para viabilizar um raciocínio mais arejado.

Como amplamente sabido, o furto, por exemplo, de ação penal pública incondicionada, não permite à vítima a opção entre processar ou não. Tendo o poder público tomado conhecimento do fato, não cabe mais à vítima a opção. Se o indivíduo opta por um furto em um hotel para poder se hospedar em outro, ele será processado pelo Ministério Público pelo furto, independentemente da vontade da vítima; se por outro lado ele decide se hospedar no hotel que furtaria e não pagar a conta no dia seguinte, a vítima poderá preferir não oferecer representação (o crime do art. 176 do CP é de ação penal pública condicionada). Como se vê, são casos diferentes, previstos em lei, e com soluções processuais diferentes. Para que não se diga que o prejuízo do furto é maior, frise-se que é possível que o hotel estivesse com sua lotação completa e tenha deixado de hospedar outra pessoa naquele quarto, além das despesas que teve com o hóspede, como café da manhã e demais serviços com roupa de cama etc. E o valor da diária, ali, pode ser maior que o valor da coisa que seria furtada para pagamento a ser feito em outro estabelecimento.

Ninguém, em sã consciência, afirmaria que de acordo com os princípios da analogia, da dignidade da pessoa humana ou aqueles norteadores do processo penal em geral etc. a vítima de furto poderia se manifestar contrariamente ao processo. Salvo equívoco, não há defensores da aplicação da analogia, nesse caso, diante da legislação penal atual, que diferencia os bens jurídicos tutelados.

3.3.1. Mais comparações

Sandro Carvalho Lobato, Promotor de Justiça no Maranhão, no artigo “Questões criminais controvertidas na Lei 9.099/95”, também faz comparações, as quais serão a seguir transcritas e analisadas.

Por outro lado, não admitir transação penal em ação penal privada afronta o princípio da igualdade, isto porque autores de crimes de menor potencial ofensivo seriam tratados de forma desigual somente pelo fato do crime ser de ação pública ou privada.

Para compreender melhor a ofensa ao princípio da igualdade, eis um singelo exemplo: crime de injúria, nos casos de ação penal pública, caberia transação (quando o crime é mais grave, cometido contra autoridade); e quando cometido contra particular, onde a ação penal é privada e o crime menos grave, não poderia.

Outro exemplo: crime de desacato, cuja pena é de até dois anos, admite transação. Já o dano, cuja pena é de um ano, não poderia haver transação. Ou seja, o autor de um crime mais grave (no caso o desacato) pode receber

uma medida despenalizadora, já o autor de um crime menos grave (dano), não. Além da desigualdade, foge à lógica!

O artigo de Sandro Carvalho, sobre várias questões controvertidas, é de excelente qualidade, mas no caso em foco algumas observações em sentido contrário podem ser feitas.

Quanto ao crime de injúria, há uma enorme diferença entre o cometido contra o particular e o funcionário público, “em razão de suas funções” (art. 141, II, do CP). No primeiro caso, a ofensa é pessoal e pode envolver qualquer situação em que a honra subjetiva da vítima é ofendida; no segundo, é necessária uma relação profissional entre a ofensa e a vítima. Não se configura a hipótese do inciso II do art. 141 do CP se a ofensa não for perpetrada em razão das funções da vítima. Neste caso, a ofensa é muito mais ao Estado que à vítima, tanto que aquele assume o ônus de processar o autor, em defesa da ordem, das instituições etc.

O mesmo ocorre com o desacato, em comparação com o dano. O crime de desacato ofende a instituição, muito mais que o indivíduo. O Policial Militar, por exemplo, sabe que os xingamentos (tão comuns) não são dirigidos a ele, mas à Instituição que ele representa. O Policial não se sente pessoalmente atingido. Quanto ao dano cometido contra o patrimônio privado, a ofensa é pessoal. O dano, obviamente doloso, único punível criminalmente, configura uma grave ofensa e até mesmo o prenúncio de agressão pessoal.

4. A troca da agressão moral pela física: um infeliz argumento

As pesquisas sobre o espinhoso tema conduzem aos mais diversos entendimentos, muitos deles respeitáveis, sempre em busca da aplicação da Justiça, mas há outros que, *data venia*, demonstram uma certa falta de compromisso.

O saudoso Juiz Ronaldo Leite Pedrosa faz uma comparação entre crimes que seria até mesmo divertida em uma palestra para leigos, por exemplo, mas que não se sustenta no meio jurídico. Vejamos o raciocínio:

“Imagine-se o pensamento de alguém intencionado em praticar um delito: ‘se eu xingar o meu desafeto, não recebo transação penal; mas, se eu o agredir fisicamente, recebo: então, vamos aos tapas...’” (*Ofendido Pode Propor Transação Penal*, in www.justicavirtual.com.br).

A situação imaginada pelo autor, que continua a merecer nosso respeito pelo seu brilhantismo, não encontra eco no mundo real. A diferença entre xingar e dar tapas é abismal. O xingamento, a difamação ou a calúnia podem ser perpetrados à distância. A agressão física, ao contrário, costuma exigir a presença (há a exceção dos crimes cometidos por mandantes) e pode resultar em reação imediata, com consequências imprevisíveis para o agressor. Os tais tapas podem render ao autor bem mais que uma transação penal...

Acrescente-se que ainda que o autor faça a improvável escolha e seja bem sucedido ao proferir os tapas, estes podem ser considerados crime contra a honra, conforme prevê o art. 140, § 2º, do CP, que impõe ao autor do fato pena maior que a do *caput* do referido artigo.

Frise-se, finalmente, que nos casos reais em que se pode comparar a gravidade dos crimes contra a honra e a daqueles leves contra a pessoa, não há dúvida de que as agressões contra a honra frequentemente doem muito mais e machucam muito mais profundamente, além de trazerem consequências sociais imprevisíveis. Por isso o tratamento legal diferente.

A prática, enfim, demonstra que quem ofende a honra tem objetivo e motivação diferentes dos de quem ofende a integridade física.

O mesmo se pode afirmar em relação aos demais crimes de ação penal privada, acima relacionados, em relação à motivação e às consequências, o que inviabiliza a transação penal e a suspensão condicional do processo, como sabiamente previsto pelo legislador.

Conclusão

A Lei 9.099/95, em harmonia com os princípios que regem a ação penal privada, limita a transação penal e a suspensão condicional do processo às infrações de ação penal pública e pública condicionada, o que não encontra impedimento constitucional, não podendo o benefício ser estendido aos autores de crimes de ação penal privada.

Referências Bibliográficas

- TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais*. 6 ed., São Paulo: RT, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais – Lei 9.099/95*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- JESUS, Damásio Evangelista. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GALVÃO, Fernando. *Direito Penal – Parte Geral*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho e NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *A Transação Penal nos Crimes de Ação Penal de Iniciativa Privada*. www.tjrj.jur.br.
- LOBATO, Sandro Carvalho. *Questões criminais controvertidas na Lei 9.099/95*.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. *Ofendido Pode Propor Transação Penal*. www.justicavirtual.com.br
- JUNQUEIRA, Gustavo Otaviano Diniz e FULLER, Paulo Henrique Aranda. *Legislação Penal Especial – Volume 1*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.