

# *A inaplicabilidade da transação penal e da suspensão condicional do processo na ação penal privada*

ALEXANDRE VIANA SCHOTT (\*)

## 1. Introdução

Com o fim de manter a harmonia no meio social, há muito o Estado elabora leis, estabelecendo normas de conduta e disciplinando a relação entre os homens, além de determinar o que pode e o que não pode ser feito.

Entretanto, nem mesmo tais regras de comportamento são suficientes para alcançar o bem-estar social, já que muitos indivíduos deliberadamente as desrespeitam, estabelecendo litígios ou *lides*, que, na lição do mestre CARNELUTTI, ocorre quando “o sujeito de um dos interesses em conflito encontra resistência do sujeito do outro interesse”<sup>1</sup>.

Para a composição destes interesses, sem quebra da almejada paz social, a solução está em atribuir a um terceiro, que seja imparcial, dizer o direito e fazer a Justiça, sendo que, “só o Estado, por meio do Poder Judiciário, é que pode fazer justiça, dando a cada um o que é seu”<sup>2</sup>.

Dentre os bens e interesses tutelados e protegidos pelo Estado, alguns ultrapassam o domínio individual e atingem a toda a coletividade, resultando, nestes casos, na prática de ilícito penal por parte do infrator e da pretensão acusatória que se desvincula da lide entre o autor do fato e a vítima.

Por vezes, a persecução criminal é desenvolvida pelo agente oficial, via ação penal pública; noutras, na lição de SERGIO DEMORO HAMILTON, “demitindo-se da acusação, o Estado, pelo fenômeno da substituição processual, transfere ao particular o direito de acusar, reservando para si, apenas, o direito de punir.”<sup>3</sup>

Portanto, na lição de TOURINHO FILHO<sup>4</sup>, o Processo Penal possui dupla finalidade: uma imediata, qual seja, a de tornar efetivas as normas de Direito Penal, ao aplicar, no caso concreto, as sanções nele estabelecidas e outra mediata, ao restabelecer a tranquilidade na sociedade.

<sup>1</sup> *Apud*, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 5.

<sup>2</sup> *Ob. cit.*, p. 9.

<sup>3</sup> HAMILTON, Sergio Demoro. “A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada”. In *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 21.

<sup>4</sup> *Ob. cit.*, p. 30.

Ocorre, diante da complexidade da vida na sociedade moderna, que a resposta do Estado deve ser eficaz e obtida sem demora, sob pena de transformar pequenos conflitos em danos irreparáveis.

Daí também a necessidade de se aprimorar o processo penal, criando-se novos mecanismos de persecução criminal, que sejam mais ágeis e capazes de efetivamente resolver os conflitos e restabelecer a tão almejada harmonia social.

Dentre estes, encontram-se os Juizados Especiais Criminais, cuja criação tem origem no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, tendo por finalidade o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo a definição de tal conceito transferida para leis de natureza infraconstitucional.

Em razão disto, no cenário legislativo nacional, referente à matéria, encontram-se a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 e a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, cada qual oferecendo um critério para o que seja infração penal de menor potencial ofensivo, ambas, entretanto, privilegiando o critério da pena como delimitador da ofensividade do ilícito penal, sendo, por outro lado, a preferência do legislador pela não aplicação de pena privativa de liberdade e agilização na solução do conflito.

Neste sentido, na busca de mecanismos que efetivassem tais objetivos, a Lei nº 9.099/95 introduziu no ordenamento jurídico penal os institutos da Transação Penal, previsto no seu artigo 76 <sup>5</sup> e o da Suspensão Condicional do Processo, conforme disposto no artigo 89 <sup>6</sup>.

Contudo, tais dispositivos deixaram de prever, ao menos expressamente, a possibilidade de aplicação daqueles institutos quando a ação penal for de iniciativa privada, eis que no primeiro fez-se referência apenas a ação penal pública e no segundo a oferecimento de denúncia, o que vem provocando acirrada polêmica na doutrina e jurisprudência.

## 2. Foco do Problema

Considerando que não há previsão legal expressa que autorize a aplicação da transação penal e da suspensão do processo nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada, importa investigar se a interpretação dos respectivos dispositivos legais deve se dar de maneira restritiva ou extensiva, estendendo, neste caso, a aplicação destes institutos à ação penal que se move mediante queixa.

---

<sup>5</sup> Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Artigo 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.

<sup>6</sup> Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Artigo 89:** Nos Crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, O Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

A polêmica tem razão de ser, especialmente considerando que, seja qual for a modalidade da ação penal ajuizada – pública ou privada – a infração penal não perde a sua natureza, permanecendo de menor potencial ofensivo.

O questionamento inevitável diz respeito à igualdade de tratamento. Não parece razoável adotar tratamento desigual a infrações penais da mesma natureza, e que, em razão disto, o legislador teria demonstrado o interesse do Estado em despenalizar e agilizar o processo.

Assim, impõe-se conhecer, ainda que superficialmente, cada um dos institutos envolvidos, quais sejam, ação penal pública e privada, transação penal e suspensão condicional do processo, para que, cotejados, seja possível decifrar o problema.

### 3. Dos princípios da ação penal

O sistema processual penal está fundado em princípios que devem ser verificados quando da aplicação da norma processual, não podendo a segunda estar em desacordo com os primeiros, eis que sua forma funciona como garantia, devendo o aplicador do direito investigar se há correlação entre norma e princípio, a fim de fazer a adequação quando a norma não cumprir a função de garantir o princípio <sup>7</sup>.

Embora seja comum a confusão entre princípio e garantia, o primeiro condiciona e subordina todo o conteúdo do ordenamento jurídico ao seu mandamento <sup>8</sup>, enquanto o segundo, de acordo com JORGE MIRANDA, referido por PAULO BONAVIDES: “os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas

<sup>7</sup> Neste sentido, afirma GERALDO PRADO: “Em casos especiais, quando a aplicação da lei mostrar-se incapaz de realizar o projeto moderno de autonomia, isto é, quando não tiver aptidão ou tendência para assegurar a emancipação do indivíduo, certamente esta lei estará em conflito com direitos fundamentais cuja efetivação é tarefa primordial do juiz. Decorrerá daí a invalidade da lei e o juiz estará autorizado a não aplicá-la. ... Por isso, a questão do conteúdo da lei é essencial. E ao juiz penal cabe atribuir o necessário significado à norma jurídica, de modo que o objetivo de possibilitar autonomia venha a ser conquistado ou mantido, conforme o caso” In, *Processo Penal e Estado de Direito no Brasil: Considerações sobre a Fidelidade do Juiz à Lei Penal*. Publicado no Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2000/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 161 e 169.

<sup>8</sup> Neste sentido, afirma CRISAFULLI, citado por PAULO BONAVIDES: “Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais) das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente o conteúdo: sejam, pois, efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231.

jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jus racionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.<sup>9</sup>

É neste campo que se devem buscar os subsídios para viabilizar a aplicação ou não da transação penal e da suspensão condicional do processo, quer seja nos princípios gerais do direito processual, quer, especificamente, na ação penal pública ou de iniciativa privada.

Dentre os gerais, sobressai a importância do princípio constitucional da igualdade, quer seja material ou formal, conforme lição de FERNANDA DUARTE LOPES LUCAS DA SILVA.<sup>10</sup>

Relevância também pode ser atribuída ao princípio da disponibilidade e da indisponibilidade da ação penal que, segundo lição de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA e outros, “ tal poder é configurado pela possibilidade de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la de maneira que lhe melhor lhes aprouver e renunciar a ela”<sup>11</sup>.

Assim, quanto à ação penal pública, vige o princípio da indisponibilidade, pelo qual o Ministério Público não pode desistir da ação penal, senão nas hipóteses expressamente previstas em lei, como ocorre na suspensão condicional do processo.

Por outro lado, a ação penal privada é disponível, podendo o querelante não desejar o prosseguimento, sobre o que a transação e a suspensão não produzem qualquer efeito.

Quanto à ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade merece especial reflexão, pois representa, na abalizada lição de AFRANIO SILVA JARDIM: “que o dever de agir somente surge para o Ministério Público quando os pressupostos legais se encontram preenchidos, se encontrem presentes.”<sup>12</sup>

Percebe-se, com facilidade, que, com o advento da transação penal, o dever de agir do Ministério Público sofreu profunda transformação, eis que, quando referente à infração penal de menor potencial ofensivo, não pode mais ajuizar a ação penal, pois tem o dever de oferecer a proposta de transação.

Já quanto à ação penal privada, em face do princípio da oportunidade, jamais se teve o dever de propor a ação penal, o que também não é atingido pela transação penal ou suspensão condicional do processo.

---

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 484.

<sup>10</sup> “ ao final, busca-se estabelecer a extensão do princípio da igualdade na Constituição de 1988, concluindo-se que, além de consagrar a igualdade formal, nosso texto também dá abrigo à igualdade material”. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pág. 31.

<sup>11</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 60.

<sup>12</sup> JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal; estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 160.

Desta forma, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo atenuam, para o Ministério Público, a obrigatoriedade de propor a ação penal e, uma vez ajuizada, a sua indisponibilidade. Veja que a norma processual, ao introduzir tais dispositivos, não ofende os princípios, uma vez que a ação penal permanece obrigatória e indisponível quando presentes os pressupostos legais, como sempre ocorreu.

No entanto, a ação penal privada será atingida frontalmente na hipótese de aplicação daqueles institutos. Com a transação e a suspensão serão estabelecidas restrições próprias aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, ou seja, presentes os pressupostos legais, não haverá como ajuizar ou prosseguir com a ação penal. Assim, desde já, não há como vislumbrar a aplicação de norma processual que, ao invés de assegurar, desfigura o princípio.

Noutro sentido, ainda com maior relevância, está a necessidade em pesquisar se a inaplicabilidade da transação e suspensão do processo atinge o autor do fato de forma mais severa na ação penal privada, do que na pública, gerando tratamento desigual e indesejável, atingindo mesmo o princípio da dignidade<sup>13</sup>.

Contudo, tal desigualdade deve ser objeto de verificação em cada instituto isoladamente, como faremos a seguir, sendo importante registrar que desigualdade sempre houve e continuará existindo na hipótese de aplicação da transação e suspensão do processo na ação penal privada, só que, quase sempre, em desfavor do querelado.

Na verdade, parte do problema pode estar na afronta que a existência mesma da ação penal privada representa ao princípio da institucionalização do conflito<sup>14</sup>. Contudo, tal discussão foge ao âmbito do presente trabalho, devendo ser objeto de estudo posterior.

---

<sup>13</sup> Neste sentido, afirma LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, referindo-se à aplicação da transação penal e da suspensão: "se o ordenamento constitucional assegura o tratamento menos gravoso possível aos indiciados, réus e autores do fato e se a legislação permite, no caso concreto, a transação penal e a suspensão condicional do processo, seu não oferecimento ofende ao subprincípio da proibição de excesso e retira a justa causa para o oferecimento da ação penal". E mais adiante: "Diga-se o mesmo do querelante: se não oferecer a possibilidade de solução menos gravosa possível, carecerá, sua pretensão, de justa causa, autorizadora da rejeição da queixa-crime." CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 3ª Edição.

<sup>14</sup> Conforme conceito de BINDER: "segundo o qual as formas processuais regulam o direito da vítima à reparação de sua ofensa com base em seu direito à tutela judicial efetiva, mas sempre institucionalizado (proibição da auto-defesa)." In BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36.

#### 4. Transação penal

Desde a publicação da Lei nº 9.099/95, a doutrina encontrou na transação penal uma alternativa para despenalizar, mas, além disto, foi vista como norma processual que, conforme CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “representa grande economia e celeridade processuais, *desobrigando*, inclusive, o Estado de elevados custos com sua pesada e burocrática máquina judiciária, *permite* a previsão da indenização da vítima, *libera* as autoridades policiais para o atendimento de casos mais graves e da criminalidade violenta, *etc.*”<sup>15</sup>

Com o advento da transação penal, mesmo preservando o princípio da obrigatoriedade, restou facultado às partes – Ministério Público e imputado – a possibilidade de ajustar, dentre os parâmetros estabelecidos previamente na lei, o deslinde da causa.<sup>16</sup>

Contudo, como afirma TOURINHO FILHO<sup>17</sup>, a proposta de transação pelo Ministério Público não constitui mera faculdade, mas obrigação. Portanto, mesmo com o advento deste novo instituto processual, não há qualquer semelhança no comportamento do *Parquet* frente ao suposto autor do fato e aquele que lhe dispensa a vítima, sendo somente a esta aplicável o princípio da oportunidade.

Dada a importância do tema, a doutrina não se quedou silente, havendo manifestações favoráveis e contrárias à aplicação da transação penal na ação penal de iniciativa privada.

##### 4.1. Posições favoráveis

Uma das primeiras manifestações favoráveis à aplicação da transação penal na ação de iniciativa privada partiu de publicação conjunta de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCE FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES, lembrando que o instituto “se trata de norma prevalentemente penal e mais benéfica”<sup>18</sup>, acrescentando, ainda, que “não se vêem razões válidas

<sup>15</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 3ª. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1997, pp. 102 e 103.

<sup>16</sup> Neste sentido, afirma WEBER BATISTA: “Transação implica cada uma das partes interessadas ceder alguma coisa. No caso, o Ministério Público abre mão do direito de propor a ação e pleitear a condenação do autor do fato a uma pena de prisão. O autor do fato, do direito ao processo, com todas as garantias do devido processo penal.” In BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei nº 9099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.319.

<sup>17</sup> Neste sentido, afirma: “Muito embora o *caput* do art. 76 diga que o Ministério Público “poderá” formular a proposta, evidente que não se trata de mera faculdade. Não vigora entre nós o princípio da oportunidade. Uma vez satisfeitas as condições objetivas e subjetivas para que se faça a transação, aquele *poderá* converte-se em *deverá*, surgindo para o autor do fato um direito a ser necessariamente satisfeito.” In, TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 91 e 92.

<sup>18</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 123.

para obstar-se-lhe a via da transação que, se aceita pelo autuado, será mais benéfica também para este”<sup>19</sup>.

Outro argumento é apresentado por LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, ao afirmar que “é princípio geral de interpretação que quem pode o mais, pode o menos. Ou seja, quem pode deduzir em juízo uma pretensão condenatória pode também transacionar a pretensão, reduzindo o seu alcance, ainda mais consensualmente. Além disso, e mais importante, o querelante pode até perdoar e ocasionar a extinção da punibilidade, conforme autoriza o artigo 51 do Código de Processo Penal.”<sup>20 21</sup>

Ao defender a aplicação da transação na ação penal privada, acrescenta JOSÉ ADEMIR CAMPOS BORGES que “tem o Ministério Público legitimidade para aditar a queixa, acrescentar dados e circunstâncias para influir na caracterização do crime, e até incluir eventuais co-autores no pólo passivo da ação penal privada. Enfim, se tem essa legitimidade ampla, é justificável que, para atender aos objetivos da Lei 9099/95, deva formular proposta de transação penal em se tratando de ação penal privada, sempre que o querelante, por mero capricho ou omissão, deixar de fazê-lo ou tornar, sem motivação legal, inviável a possibilidade de realização da proposta”.<sup>22</sup>

Os nossos tribunais também têm oferecido solução parecida, conforme se verifica no enunciado criminal consolidado, resultante dos Encontros de Juízes de Juizados Especiais Criminais e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que “cabe transação em crimes de ação penal privada”<sup>23</sup>, assim como de decisões emanadas do STJ, tais como no RHC-8480/SP<sup>24</sup>, HC-13337/RJ<sup>25</sup> e HC-17601/SP.<sup>26</sup>

Por fim, já se antecipando a possível objeção de que não se poderia autorizar a vítima a transacionar sobre a aplicação da sanção penal, o que não se coadunaria com os poderes do substituto processual, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES

<sup>19</sup> Ob. cit., p. 122.

<sup>20</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 264.

<sup>21</sup> Na mesma linha de raciocínio de que se pode o mais (leia-se oferecer a queixa), por que não poderia o menos? seguem ADA GRINOVER e outros na ob. cit., p. 122.

<sup>22</sup> BORGES, José Ademir Campos. “Tem o MP legitimidade para propor transação penal em ação penal de iniciativa privada?” Disponível na internet: <http://ibccrim.org.br>, 14.01.2003.

<sup>23</sup> DORJ – Parte III, de 18.01.2002.

<sup>24</sup> “A Lei nº 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizados, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada”. Quinta Turma. Relator Min. Gilson Dipp.

<sup>25</sup> “A Lei 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizados, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada”. Quinta Turma. Relator Min. Felix Fischer.

<sup>26</sup> “Enquanto resposta penal, a transação penal disciplinada no artigo 76 da Lei 9.099/95 não encontra óbice de incidência no artigo 61 do mesmo Diploma, devendo, como de fato deve, aplicar-se aos crimes apurados mediante procedimento especial, e ainda que mediante ação penal exclusivamente privada”. Sexta Turma. Relator Min. Hamilton Carvalhido.

argumentam que “a evolução dos estudos sobre a vítima faz com que por parte de muitos se reconheça o interesse desta não apenas à reparação civil, mas também à punição penal”.<sup>27</sup>

#### 4.2. Posições contrárias

Como o tema não é pacífico, autores de renome também se posicionaram contrários à aplicação da transação penal na ação penal privada. Dentre estes, CÉZAR ROBERTO BITENCOURT interpreta a norma de maneira restritiva para afirmar que “nos termos da lei, não há previsão de transação penal, nas ações penais de exclusiva iniciativa privada”.<sup>28</sup>

Contudo, crítica mais contundente e recente vem de GERALDO PRADO: “Pode-se dizer que mesmo o atual movimento de recuperação de um determinado *status* penal-processual da vítima não tem o significado de atribuir a ela o poder de dizer de que forma (prestação de serviços à comunidade, multa?) e em que medida (por três meses, cem dias-multa?) deve o agente ser responsabilizado penalmente”.<sup>29</sup> “Portanto, a redefinição do espaço da vítima não deve ser confundida com a retomada do caráter privado do processo penal de outras épocas”.<sup>30</sup> “O que está fora do circuito legal-constitucional é permitir que o acusador particular dose a pena que supõe devida ao agente, oferecendo-a em proposta de transação!”<sup>31</sup> E prossegue dizendo que “o ofendido terá disponibilidade da acusação, nunca do direito material, pois não chegou a este ponto a privatização do direito penal brasileiro”.<sup>32</sup> “Naqueles casos em que, por força de alguma circunstância, a ação penal deixa de ser de iniciativa privativa do ofendido e transforma-se em pública, condicionada a representação, o cabimento da transação penal estabelece diferenciação que repugna à consciência. No entanto, não há como contornar esse ponto “obrigando” o ofendido a formular proposta, conferindo a ele o “poder” de determinar a punição do imputado ou, o que é ainda mais incompatível com o sistema, autorizando o Ministério Público a propor a transação nesta hipótese”.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Ob. cit., p. 122.

<sup>28</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais ...*, p. 111.

<sup>29</sup> PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 169.

<sup>30</sup> Ob. cit., p. 169.

<sup>31</sup> Ob. cit., p. 170.

<sup>32</sup> Ob. cit., p. 170.

<sup>33</sup> Ob. cit., pp. 170 e 171.

### 4.3. Conclusões:

Ainda que com efeitos penais, o instituto da transação penal é norma processual dirigida ao Ministério Público, regulamentando a sua atividade em face do princípio da obrigatoriedade e em respeito ao princípio da objetividade<sup>34</sup>.

Diante do princípio da obrigatoriedade, não fosse a regulamentação legal da transação penal, não haveria o *Parquet* como dispor da ação penal. O que não representa qualquer ofensa ou mitigação ao referido princípio, mas, tão somente, impede o seu exercício naqueles casos, como se dá, por exemplo, quando a ação penal for condicionada à representação. Por outro lado, a vítima jamais precisou, e ainda não precisa, de qualquer regra para transacionar, pois, segundo o princípio da oportunidade, é livre para fazê-lo a qualquer tempo.

Portanto, aplicar a transação penal nos casos de ação penal privada representa ingerência desnecessária e perniciosa, obrigando que o acordo se dê nos moldes legais, estabelecendo, desta forma, indevida limitação ao princípio da oportunidade.

Ora, se autor do fato e vítima desejam transacionar, que o façam, como sempre puderam fazer de forma livre.

O que não se pode admitir é que o Estado ponha todo seu aparato burocrático e autoritário à disposição da vítima, servindo a seus interesses pessoais quando coage o imputado a atender a vontade da vítima. Na verdade, como se vê, estender a transação penal às hipóteses de ação penal privada somente piora a situação do autor do fato que, se antes poderia transacionar em igualdade de condições, agora se põe em desvantagem, pois a vítima passaria a contar com as armas do Estado a sua disposição, agindo de maneira vingativa e arbitrária e o que é pior, legítima.

O emendo para evitar a arbitrariedade soa, como no dito popular, “pior do que o soneto”, pois transferir ao Ministério Público a função de transacionar transforma o instituto da ação penal privada em um sistema desarmônico. Evidente que não se pode aceitar o Promotor de Justiça transacionando sobre um direito que não é seu - a propositura da ação penal. Ora, se não há interesse de punir tais condutas, é preciso coragem para descriminalizar.

O que não pode ocorrer é desvirtuar a ação penal privada, não se pode ao mesmo tempo transferir à vítima a titularidade da ação penal e impedir o seu exercício. Pode até acabar com a ação penal privada - o que até se espera para o futuro - mas não se pode esvaziá-la.

A transação tem como finalidade evitar a propositura da ação penal, ou seja, uma “negociação” em que o imputado deixa de se submeter ao constrangimento de responder a uma ação penal, evitando o risco de uma condenação com pena

<sup>34</sup> “Segundo este princípio, as formas processuais são mecanismos de ordem que conduzem o Ministério Público à defesa correta dos interesses a seu cargo,” BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das ...*, p. 36.

maior, além dos efeitos dela decorrentes, em troca de uma sanção “voluntária”. Enquanto isso, o órgão acusador garante a obtenção antecipada da sanção que entende necessária para o caso, sem os ônus e os riscos da necessidade de ter que produzir prova para a obtenção da condenação. No caso da ação privada, o particular não tem esta disponibilidade sobre a sanção, nem o Ministério Público sobre o processo.

Ademais, o abismo existente entre as ações penais pública e privada é gritante, tanto que a composição de danos (art. 72) implica na renúncia ao direito de queixa, enquanto tal benefício não obtém o imputado na ação penal pública incondicionada, e, mesmo assim, nem se cogita estender tal benefício a esta hipótese, pois desta relação processual está alijada a vítima. Assim, o imputado de praticar maus-tratos, ainda que reparado o dano, tem que se submeter à transação penal, enquanto o autor de estupro pode nem mesmo ser investigado, se esta for a vontade da vítima, ainda que não reparado o dano. Nesta hipótese, mesmo diante de tratamentos desiguais, ninguém imagina estender o benefício ao autor de maus-tratos (quando for o desejo da vítima).

Já o inverso não é verdadeiro, argumenta-se que a situação do autor do fato seria pior no caso de uma ofensa oral (num caso de injúria), do se tivesse mesmo agredido a vítima, por não ter o direito à transação penal, o que não é verdade. Sem a transação penal, imputado e vítima estão em condições iguais para ajustar seus interesses, enquanto que, com a transação penal, a vítima terá todo o aparato estatal para coagir e fazer prevalecer a sua vontade de forma arbitrária e vingativa. Além do mais, com acordo sem transação penal, o autor do fato não estará sujeito à sanção penal, nem às restrições do § 2º, 4º e 6º, do artigo 76, da Lei 9.099/95.

Ora, não há como admitir que as seqüelas da transação penal sejam melhores para o autor do fato do que um acordo sem as mesmas.

Como se isto não fosse o bastante, a transação penal sequer implica a composição de danos, que deveria ser o objetivo principal da vítima, conforme se verifica da parte final do § 6º, do artigo 76, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, e se houver composição de danos sequer haverá transação. Se também não alcançará a condenação, resta à vítima, como único interesse na transação, a vingança particular e, repete-se, legitimada pelo Estado.

## 5. Suspensão do processo

Na mesma linha despenalizadora da transação penal, a suspensão condicional do processo tem lugar somente quando já proposta a ação penal e encontra-se assentada na Lei dos Juizados Especiais Criminais pela conveniência de tratar do tema nesta oportunidade, eis que, na verdade, tem abrangência de incidência além das infrações penais de menor potencial ofensivo <sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Neste sentido: BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal* .... Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 364.

Assim, a suspensão condicional do processo está intimamente ligada ao princípio da disponibilidade da ação penal.

Na verdade, quando se tratar de ação penal pública, a suspensão condicional do processo não sugere qualquer modificação ao princípio da indisponibilidade da ação penal, representando, tão somente, vedação ao seu exercício, quando presentes os pressupostos de concessão do benefício.

### 5.1. Posições favoráveis

Quanto à suspensão condicional do processo, na mesma linha já perfilhada por LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, o professor WEBER MARTINS BATISTA argumenta que “não parece possível negar a quem cometeu infração em regra de menor gravidade, com menor repercussão, um direito que se assegura àquele que praticou crime de ação penal pública, de cuja ação o Estado, por isso mesmo, não abre mão.”<sup>36</sup>

Verifica-se, também, tendência do Superior Tribunal de Justiça na aceitação quanto à aplicação da suspensão condicional do processo nas hipóteses de ação penal privada, como constata RHC-12276/RJ<sup>37</sup>, RHC-8480/SP<sup>38</sup> e HC-13337/RJ<sup>39</sup>.

### 5.2. Posições contrárias

Por outro lado, a suspensão também encontra resistência na doutrina, como na lição de GERALDO PRADO: “Como o ordenamento jurídico viabiliza a ação exclusivamente privada, sem vedar as soluções consensuais mais eficazes no plano pessoal ou particular, que dizem respeito ao perdão, impor a suspensão ao querelante que optou por perseguir a solução do conflito é sonegar-lhe a condição de parte da mesma maneira como se daria ao Ministério Público fosse imposta a suspensão sem que tenha concordado com ela”.<sup>40</sup>

Na mesma linha segue CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “... a exemplo do que ocorre nas hipóteses de transação penal, a adoção de princípio da oportunidade, permitindo ao titular da ação penal transigir com o réu, suspendendo a *persecutio criminis*, mediante o cumprimento das condições que a própria lei permite. No entanto, o princípio de oportunidade já existe na ação penal de exclusiva iniciativa privada, onde o titular da ação é o próprio ofendido ou seu representante legal.”<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 363.

<sup>37</sup> “O benefício processual previsto no art. 89, da Lei nº 9.099/95, mediante a aplicação da analogia *in bonam partem*, prevista no art. 3º, do Código de Processo Penal, é cabível também nos casos de crimes de ação penal privada. Precedentes do STJ”. Quinta Turma. Rel. Min. Laurita Vaz.

<sup>38</sup> Já transcrito na nota nº 22.

<sup>39</sup> Já transcrito na nota nº 23.

<sup>40</sup> PRADO, Geraldo. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 351.

<sup>41</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais ...*, p. 127.

Prossegue afirmando que “..., quando o ofendido, *dominus litis*, na ação penal privada, superar todos esses obstáculos e vier a juízo para instaurar a ação penal, não seria legítimo que o estado, nesta hora, viesse a cercar-lhe o direito de levar aos Tribunais a sua súplica, postulando a manifestação jurisdicional para satisfação da lesão ao seu direito legalmente protegido. Aliás, acreditamos que entendimento diverso esbarraria na inconstitucionalidade de excluir “da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV)”.<sup>42</sup>

Aliás, logo após a publicação da lei, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES e LUIZ FLÁVIO GOMES defendiam a impossibilidade de aplicação da suspensão, eis que “a regra não vale para a ação penal privada (exclusivamente privada ou personalíssima) porque nela sempre vigorou o princípio da oportunidade (o querelante pode dispor da ação quando quiser). De outro lado, na ação penal privada, havendo qualquer tipo de acordo entre as partes, dá-se o perdão ou perempção.”<sup>43</sup>

### 5.3. Conclusões:

Como na transação penal, verifica-se que o instituto da suspensão condicional do processo não é compatível com a ação penal de iniciativa privada, sendo mesmo regra dirigida a regulamentar a atuação do Ministério Público em face do princípio da indisponibilidade da ação penal.

Quanto à ação penal privada, sempre vigorou o princípio da disponibilidade, que se dá de forma livre e ilimitada, sendo desnecessária e inoportuna qualquer regra que estabeleça restrição ao seu exercício, especialmente por interpretação ampliativa da norma jurídica, que limita o exercício de direito decorrente do princípio, ao qual a norma deve desempenhar função garantidora.

Assim, quando em conflito, vigora o princípio sobre a regra. Afinal, se ataca o princípio da disponibilidade da ação penal pela vítima, não pode lhe servir como garantia, ao contrário, cumpre o papel de carrasco, servindo a outro princípio.

No que diz respeito ao desequilíbrio de tratamento em relação ao autor do fato, quando a ação for de iniciativa pública ou privada, ressalte-se que a suspensão implica a necessidade de compor danos. Ora, se o imputado tivesse interesse em compor danos, já o teria feito na audiência preliminar, o que implicaria na renúncia ao direito de queixa, sendo mais benéfico para ele, pois estaria livre dos demais encargos da suspensão.

Novamente, assim como já referido quanto à transação, a composição de danos representa profunda discrepância no tratamento concedido ao autor do fato, quando se trata de ação pública ou privada, o que tem pesado reflexo na

<sup>42</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais ...*, p. 127.

<sup>43</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 200.

verificação de se encontrar, ou não, em situação menos favorável diante da transação ou da suspensão do processo.

Portanto, a suspensão condicional do processo não representa situação mais vantajosa para o autor do fato, mas, ao contrário, mais gravosa, eis que, com a composição de danos ou acordo extrajudicial, estaria inviabilizada a queixa, quer seja pela renúncia prevista no art. 74, da Lei nº 9.099/95<sup>44</sup>, quer seja, até mesmo como seu corolário<sup>45</sup>, pelo perdão tácito, conforme disposto no artigo 105, § 1º do Código Penal, obstando o prosseguimento da ação<sup>46</sup>, o que nem a transação, nem a suspensão podem oferecer, pois são modos de atuar limitadores do exercício da ação penal, ou seja, de quem quer exercê-la, portanto incompatíveis com a renúncia e o perdão.

Pode-se argumentar, então, que a situação será mais benéfica quando não houver a possibilidade de o autor do fato reparar o dano.

Importa acrescer que a função da transferência de iniciativa do MP para a vítima na ação penal de iniciativa privada é, de acordo com a lição do sempre atual MAGALHÃES DE NORONHA, o de atender “a ponderosos imperativos individuais que não deixam de ser também da sociedade. Com efeito, há casos em que ou o interesse do ofendido tem proeminência sobre o relativo interesse público, ou a lei não se pode permitir uma atuação que redunde em *aumentar a aflição ao aflito*, não só arrastando seu nome para os tribunais judiciais como para os das *esquinas*, com inegável escândalo a enodoar-lhe mais o nome e produzir lesão sensível à própria moral pública. Em tais hipóteses, o mal da lei seria maior que o mal do crime.”<sup>47</sup>

Pois bem, se é assim, a própria função da ação penal de iniciativa privada deixa de existir, pois, após vencer os obstáculos pessoais e materiais para levar a efeito a ação penal, mesmo sabendo que não será reparado o dano (por impossibilidade do autor do fato), o Estado lhe retira o exercício da ação penal, violando o princípio da disponibilidade.

---

<sup>44</sup> Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Artigo 74: A composição de danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação

<sup>45</sup> Neste sentido, ensina RENÉ ARIEL DOTTI: Se o fato constituir infração penal a ser perseguida mediante ação penal de iniciativa privada, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (Lei nº 9.099/95, art. 74, parág. ún.). Essa regra veio derrogar o parág. ún. do art. 104, *verbis*: “importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime” (destaque como no original). In DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 664.

<sup>46</sup> Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, artigo 105: O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta o prosseguimento da ação. § 1º: Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

<sup>47</sup> NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 28ª ed, 1991, pp. 314 e 315.

Indispensável acrescentar que o cumprimento das condições para a suspensão tem natureza de sanção penal, tanto que somente cabível quando presentes os requisitos para suspensão condicional da pena, sendo a disponibilidade facultada à vítima afeta somente a ação penal, jamais à pena.

## 6. Conclusões finais:

Portanto, uma vez reconhecida a possibilidade de exercício da ação penal pela via da iniciativa privada, é possível concluir que:

- a) a iniciativa da ação penal pela via pública ou privada estabelece, por sua natureza, embora indesejáveis, tratamentos diferenciados à vítima e ao autor do fato;
- b) em face do desequilíbrio de armas entre as partes, a transação penal viola o princípio da isonomia;
- c) quando possível a composição de danos, a transação penal e a suspensão condicional submetem o autor do fato a condições mais severas, não autorizadas por lei;
- d) a aplicação da transação penal e da suspensão condicional do processo na ação penal de iniciativa privada viola os princípios da oportunidade e disponibilidade que lhes são inerentes;
- e) a norma processual cumpre função garantidora, devendo-se interpretar restritivamente os artigos 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, para impedir a aplicação dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo na ação penal de iniciativa privada.

## 7. Bibliografia:

- BATISTA, Weber Martins; FUX, Luiz. *Juizados especiais cíveis e criminais e suspensão condicional do processo penal: a Lei nº 9099/95 e sua doutrina mais recente*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 3ª. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. Advogado, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BORGES, José Ademir Campos. "Tem o MP legitimidade para propor transação penal em ação penal de iniciativa privada?" Disponível na internet: <http://ibccrim.org.br>, 14.01.2003.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org). *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

\_\_\_\_\_. *O processo penal em face da Constituição*. 3ª Edição, no prelo.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et al. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

HAMILTON, Sergio Demoro. "A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada". In *Temas de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal; estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 28ª ed., 1991.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma Análise Crítica da Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal e Estado de Direito no Brasil: Considerações sobre a Fidelidade do Juiz à Lei Penal*. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2000/2002). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

---

(\*) ALEXANDRE VIANA SCHOTT é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito na Universidade Estácio de Sá.

---