
A INEFICÁCIA DA AÇÃO PRIVADA NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO DA PESSOA POBRE

*Jairo José Genova**



RESUMO

Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a Constituição Federal garantem a todas as pessoas, independentemente de sua condição social, econômica, cultural e outras, o direito de acesso ao Poder Judiciário de modo rápido e eficaz, para a defesa e proteção dos bens e interesses tutelados. Entretanto, a pessoa pobre que é vítima de crimes de ação privada, tem encontrado enormes dificuldades para ter assegurado o direito de ação contra os autores desses crimes. Por isso, se faz necessária a mudança da legislação penal e processual penal para que o direito assegurado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, se torne uma realidade. Só assim, com a efetividade dos direitos fundamentais, é que a cidadania será atingida em sua plenitude.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoa pobre; ação penal privada; ineficácia na proteção do bem jurídico.

* Jairo José Gênova é Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípedes Soares da Rocha; Promotor de Justiça em Marília-SP; Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP

A convivência em sociedade só é possível se estiveram assegurados os direitos fundamentais de cada pessoa, razão pela qual os Estados Democráticos de Direito têm procurado dar efetividade a esses direitos através de Convenções, Tratados e das respectivas Constituições. Entre eles está o de amplo acesso ao Poder Judiciário, para a garantia e proteção dos bens jurídicos individuais.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, denominada de **Pacto de San José da Costa Rica**, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1.992, estabelece no artigo 25.1:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso XXXV, estabelece: "...a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Esses textos legais indicam que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação (Nery Junior apud Moraes, 1997, p. 196).

A respeito desse direito fundamental, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. (*Recurso Extraordinário nº 158655-9, 2ª T. rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça da União, Seção I, 02.05.1997, p. 16.567*)

Não obstante as garantias legais, constatamos que no campo penal, em especial nos crimes de ação privada, o direito fundamental da vítima pobre ter acesso ao Judiciário não tem saído do papel.

O Direito Penal tem, por finalidade, a defesa da sociedade por meio

da proteção de bens jurídicos fundamentais como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, etc.. Essa defesa, tarefa exclusiva do Estado, é feita, dentre outros modos, pelo exercício do *jus puniendi* perante o Poder Judiciário. Entretanto, em algumas situações, o Estado delega, ao ofendido, o direito de promover a ação penal, a denominada ação penal privada.

Militando na área criminal há cerca de 15 anos, podemos afirmar que a ação privada tem sido insuficiente à proteção dos bens e interesses das pessoas pobres. Das centenas de procedimentos policiais que noticiam crimes de ação penal privada, apenas alguns se transformam em ação penal.

Pesquisa junto ao Cartório Distribuidor da Comarca de Marília, onde atuamos como Promotor de Justiça, revelou que, no período de 01.01.98 a 31.08.99, foram registrados 293 procedimentos policiais que apuraram crimes contra a honra, mas tão-somente 25 queixas-crime foram ofertadas, ou seja, menos de 10%. Delas, 15 foram patrocinadas por advogados constituídos e, apenas 10, por advogados da assistência judiciária. E, o que é mais curioso, quase todos os procedimentos que tinham pessoas ricas como partes transformaram-se em ação penal, todas subscritas por brilhantes advogados.

Surge, então, a indagação de qual seria a causa desse irrisório número de queixas. A primeira resposta que vem à mente é que as vítimas não tiveram interesse em promover a ação penal, quer em razão da pouca gravidade dos crimes de ação privada, quer porque se conciliou com o autor.

Mas, na verdade, na maioria dos casos, a razão é a pobreza da vítima que a impossibilita de promover a ação penal. A atividade profissional nos autoriza afirmar que, não raras vezes, o pobre é espezinhado pelo empregador, pelo senhorio, pelo vizinho rico, e não dispõe de instituto eficaz à proteção de seu bem. Na maioria das vezes, ele procura a polícia e registra os fatos, querendo a persecução penal, mas essa acaba não se concretizando exatamente em razão da sua hipossuficiência.

Causas da ineficácia (ou pouca utilização) da ação penal privada

Inúmeras são as causas que

impedem a vítima pobre de promover a ação penal privada e, procuraremos, dentro de um conhecimento haurido na atividade profissional, elencar os principais. Em primeiro lugar, a vítima já encontra sérias dificuldades no contato com os órgãos policiais. Quando o crime é de pouca gravidade (sob a ótica do policial, porque para a vítima o fato sempre é significativo), a vítima é mal atendida pois há grande diferença entre os interesses dela e do policial, até porque este tem que estabelecer prioridades. Além disso, muitas vezes, a vítima é vista com desconfiança e suas palavras não merecem crédito.

Mas, feito o boletim de ocorrência, em muitas oportunidades o ofendido é mal orientado. Não raras vezes deparamos com inquiridos policiais que apuram crimes de ação privada, onde a autoridade policial colheu a **representação** da vítima. Nesses casos, a vítima crê que nada mais precisa fazer, o que acarreta a decadência. Já atendemos em nossa Promotoria inúmeras vítimas que indagavam sobre o andamento da **queixa** que fizeram na Delegacia e, ao serem informadas da extinção da punibilidade, manifestaram o seu inconformismo.

Quando a vítima é devidamente orientada a constituir um advogado para promover a ação penal, a pobreza a impossibilita de constituir advogado. É certo que existe a assistência judiciária estatal, mas esta só atua com eficiência nas poucas cidades onde estão instaladas as Defensorias Públicas. Existem, também, os convênios com a OAB, mas também pouco eficazes na maioria das Comarcas brasileiras.

E, quando a vítima consegue um patrono pela assistência, não raras vezes o advogado - máis habituado com a defesa do que com a acusação - não sabe promover a queixa-crime, ora apresentando queixa inepta, ora desacompanhada de procuração com poderes especiais, ora desacompanhada de inquérito policial ou outras peças que dêem sustentação à acusação, o que acarreta o indeferimento da inicial.

Fora tudo isso, é patente a má vontade dos juízes para com as queixas-crimes, que tudo fazem para rejeitá-las. Essa é a realidade que a pessoa pobre, vítima de um crime de ação privada, tem que enfrentar.

Consequências da pouca eficácia da ação penal privada

Diante das dificuldades elencadas, muitos dos bens jurídicos dos pobres, principalmente a honra, acabam não recebendo a proteção eficaz em face da dificuldade de acesso ao Judiciário.

Preocupa-nos, ainda, o fato do legislador penal estar aumentando o número de crimes de ação privada, o que tornará outros bens insuscetíveis de proteção. Isso está em contradição com a tendência moderna do Direito Penal e do Processo Penal em dar uma maior proteção à vítima. Segundo o professor Scarance Fernandes, esse movimento de valorização da vítima levou a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas a aprovar, em 1985, por meio da Resolução 40/34, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder (Resolução 40/34) que, na primeira parte, assegura ao ofendido o "...acesso à justiça e tratamento adequado no âmbito da estrutura judiciária" (1995, p. 21).

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, citando Jesús María Silva Sánchez, diz que são poucos aqueles que não concordam com a necessidade de orientar-se o direito penal para a vítima e sua maior satisfação. O problema não é mais saber se se deve ou não atender os interesses da vítima no direito penal, mas, sim, como fazê-lo (Sanches apud Oliveira, 1999, p. 138).

No Brasil, recentes leis são exemplos marcantes dessa preocupação para com o sujeito passivo do crime: a Lei 9.099/95 (Diário Oficial da União de 27/09/1995) possibilita a conciliação e a composição, a Lei 9.503/97, Código de Trânsito, (Diário Oficial da União de 24/09/1997) prevê a multa reparatória e a Lei 9.714/98 (Diário Oficial da União de 25/11/1998) prevê a pena de prestação pecuniária à vítima.

Nesse contexto, a manutenção da atual legislação, que praticamente alija a vítima pobre do processo penal, afronta a tendência internacional de revalorização da vítima.

A hipossuficiência como causa de transformação da ação privada em pública condicionada à representação

O conhecido debate acerca da necessidade ou não de se manter a

ação privada divide opiniões. Alguns são favoráveis à sua eliminação dos sistemas penais, argumentando que é resquício da vingança privada e fonte de abusos e transações vergonhosas entre ofensores e ofendidos. Outros, como Scarance Fernandes, sustentam que ela deve ser mantida, pois o devido processo legal e as garantias do acusado afastam de plano o argumento de que é resquício da vingança privada. Além disso, a transação entre as partes raramente é vergonhosa e, na maioria das vezes envolve interesses legítimos do ofendido (1995, p. 85-6).

"A manutenção da atual legislação, que praticamente alija a vítima pobre do processo penal, afronta a tendência internacional de revalorização da vítima."

Essa espécie de ação não está prevista em todas as legislações. No México e na França, ela não existe. O Código de Processo Penal Uruguaio, que entrou em vigor em 1º/01/81, aboliu a ação exclusivamente privada. Na Itália, só existe a ação pública condicionada à representação, com permissão para a vítima perdoar o ofensor no curso da ação (Jardim, 1998).

Sem nos aprofundarmos no assunto, cremos que a ação penal privada deva permanecer na nossa legislação mas, pelo que foi dito, **entendemos que a pobreza da vítima deve transformá-la em pública condicionada**. Essa regra não traz nenhuma novidade, pois existe para os crimes sexuais (art. 225, § 1º, I, do Código Penal) e não encontramos razão plausível para não estendê-la aos demais crimes.

Por isso, temos que, se a regra do art. 225, § 1º, I, for deslocada para a Parte Geral do Código Penal, resolverá todos os problemas enfrentados

pelos vítimas pobres, qualquer que seja o crime, pois a ela bastará manifestar o desejo de processar o autor do delito e declarar a pobreza que, então, a titularidade da ação passará ao Ministério Público.

Propomos, portanto, a alteração do artigo 100, § 2º do Código Penal, que passaria a ter a seguinte redação:

A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. **Procede-se, entretanto, mediante ação pública condicionada à representação, se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.**

Possíveis objeções à proposta

Sabemos que a proposta encontrará muitas objeções. As mais prováveis serão:

- a) nos crimes contra a honra é possível a retratação do ofensor durante o processo. Refutamos: primeiro, na ação penal pública não cabe a retratação. Segundo, nos crimes contra a honra de funcionário público a ação é pública condicionada e nunca levantou-se essa objeção;
- b) a vítima pode, no decorrer da instrução, voltar atrás e não querer mais o prosseguimento do processo. Respondemos que, sem a participação da vítima na produção da prova, qualquer ação penal estará fadada ao insucesso. Assim, nos crimes de ação pública condicionada, como ameaça, lesões dolosas leves, lesões culposas, etc. e até nos crimes de ação pública incondicionada, como o roubo, o estelionato e a não colaboração da vítima inviabilizam a ação penal.
- c) a proposta está na contra-mão, pois a preocupação do legislador é aumentar o número de crimes de ação privada. Respondemos que um dos motivos da proposta é exatamente em virtude do aumento dos crimes de ação privada, pois a manutenção do atual sistema elevará o número de bens jurídicos desprotegidos.

O mais importante é criar mecanismos que possibilitem a efetiva participação da vítima no processo penal. Sabemos que a vítima que tem recursos consegue a prestação juris-

dicional penal, mas o mesmo não ocorre com a pessoa pobre.

Conclusão

Concluindo, entendemos que a vítima pobre está desprovida de instrumento eficaz de proteção ao seu bem jurídico. Isso não passou despercebido pelo ilustre professor Scarance Fernandes quando afirma:

...a ação penal privada tem pouca aplicação prática, principalmente em relação às pessoas mais pobres, sem condições de arcar com as despesas do processo e contratar advogado (1995, p. 86).

É certo que o genial Hans Kelsen (1999, p. 235-7) sustenta que norma válida é a que tem um mínimo de eficácia - como a ação privada é eficaz para o rico, é válida - mas, acrescentamos, esse mínimo de eficácia é pouco para garantia dos direitos dos não afortunados.

E se o ordenamento jurídico não dispõe dos meios necessários e eficazes é preciso modificá-lo. Ou, como diz Scarance Fernandes, cujos ensinamentos mais uma vez invoco:

...importante é buscar alternativas que, mantido o direito de a vítima acusar, dotem o sistema de instrumentos capazes de tornar efetivo esse direito para as vítimas pobres, criando-se e organizando eficiente serviço de assistência judiciária ou, na falta, aproveitando-se da estrutura e especializa-



ção do Ministério Público. (1995, p. 87)

Por isso propomos o deslocamento da regra do artigo 225, § 1º, I, para o artigo 100, § 2º, do Código Penal e, com isso, ao invés de ter que sair a procura da assistência judiciária gratuita, tão difícil de ser conseguida, a vítima terá à sua disposição toda a estrutura e especialização do Ministério Público.

Evidentemente, a adoção da proposta ensejará a alteração de outros dispositivos penais e processuais para a devida adaptação como, aliás, foi feito na Itália, mas esse assunto será objeto de outro trabalho. Reconhecemos que a proposta é polêmica, mas a sua apresentação visa exatamente levar o tema à reflexão e à discussão.

Com isso, temos que a pessoa pobre, vítima de um crime de ação privada, terá o efetivo direito de acesso

ao Judiciário para a defesa de seus bens ou interesses jurídicos lesados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo : Saraiva, 2000.
- CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. In: **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo : Malheiros Editores, 1995.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública. Princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1998.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo : Atlas, 1997.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.