

A REPRESENTAÇÃO E A LEI 9.099/95

Julio Fabbrini Mirabete()*

1. INTRODUÇÃO

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e, em seu art. 88, prescreve que dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas, várias questões devem ser estudadas e resolvidas quanto à aplicação dessa norma aos fatos ocorridos anteriormente à vigência da lei, bem como sua repercussão frente a outros dispositivos penais e processuais. Com o sentido de provocar o debate sobre essas questões que nos parece essencial e urgente por já estar em vigor o referido diploma, que altera o panorama penal e processual penal nas hipóteses tão freqüentes desses delitos, pretendemos discorrer sucintamente a respeito do assunto.

2. RETROATIVIDADE DA LEI

Há um consenso no sentido de que a representação, embora basicamente matéria de Direito Processual, é também um instituto de direito material. Decorre essa conclusão do fato de que o não oferecimento da representação no prazo previsto em lei acarreta a decadência do direito de queixa e de representação, causa extintiva da punibilidade. Como a extinção da punibilidade é matéria penal, por excluir a possibilidade do exercício do **jus puniendi** do Estado, deve a sua aplicação no tempo ser regida pelas normas constitucionais e penais relativas ao assunto. Assim, uma nova lei que exija a representação como condição de procedibilidade para a aplicação da lei penal a infrações penais, quando na lei anterior eram objeto de ação penal pública incondicionada, por ser mais benéfica é aplicável aos fatos ocorridos antes de sua vigência. É o que deflui do art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, e art. 2º, parágrafo

(*) Procurador de Justiça, aposentado.

único, do Código Penal, ao preverem, por exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal, a retroatividade da norma mais benigna. É correta, portanto, a conclusão de que o art. 88 da Lei 9.099/95, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência.

3. APLICAÇÃO ÀS AÇÕES EM ANDAMENTO

Com fundamento nessa conclusão, se tem defendido a tese de que o art. 88 da citada lei é aplicável inclusive aos processos em andamento, se no dia de sua vigência não tiver transitado em julgado a sentença. Tratar-se-ia de norma mais benigna, portanto, retroativa em qualquer hipótese (Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo penal*. p. 207; DEMERCIAN, Pedro e MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais*. p. 121; ARAÚJO, Carla Rodrigues de. *Juizados Especiais Criminais*. p. 39; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. p. 80; BITENCOURT, César Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. p. 129). Por isso, a partir do início da vigência da lei, em todos os processos em curso, ou seja, em que não houve trânsito em julgado da sentença, teria se tornado obrigatória a representação, sob pena de se julgar extinta a punibilidade.

Parece-nos, entretanto, que há obstáculos jurídicos à aceitação dessa tese. Em primeiro lugar, se acatada a orientação, não se pode justificar que a representação seja exigida apenas nos processos em que não ocorreu o trânsito em julgado da sentença. A regra constitucional e o dispositivo penal que dão fundamento a essa conclusão não limitam a aplicação da norma mais benigna aos fatos anteriores, impondo-se a retroatividade inclusive aos fatos definitivamente julgados e atingindo todos os efeitos penais de uma sentença condenatória, como prevê o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. É de se ressaltar que, conforme a doutrina, a relação processual instaurada com o recebimento da denúncia persiste após sentença condenatória transitada em julgado, durante a execução da pena, sendo esta nada mais nada menos que a última etapa da ação penal condenatória. Não se esgota o processo com o trânsito em julgado, mas somente com o cumprimento da pena ou sua extinção e depois de produzidos os efeitos penais da condenação. De acordo com o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em consonância com a Constituição Federal, que não prevê nenhuma limitação à retroatividade da lei mais benigna, a lei posterior que *de qualquer modo favorecer o agente*, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado, na lei, nenhuma limitação à aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que estende seus benefícios inclusive a todos os efeitos penais da sentença condenatória, não é possível distinguir entre os casos em que há trânsito em julgado

e aqueles em que ainda não há decisão definitiva. Sendo assim, a adoção da tese implicaria a necessidade de representação inclusive nos processos na fase executória, seja quando o condenado esteja cumprindo a pena, seja porque está submetido ao *sursis* ou ao livramento condicional, seja nas hipóteses em que a condenação esteja provocando efeitos penais (reincidência, inscrição no rol dos culpados etc.) Ora, é intuitivo que tal conclusão levaria ao absurdo, porque jamais se poderia falar em decadência nessas hipóteses. Sendo impossível, juridicamente, distinguir a hipótese em que houve trânsito em julgado da sentença condenatória daquela em que tal ocorreu, por força da retroatividade da lei mais benigna incondicional consagrada nos dispositivos constitucional e ordinário citados, a questão deve ser reexaminada.

Deve-se, assim, conseguir uma solução para conciliar a afirmativa inicial de que a norma do art. 8º da Lei 9.099/95 exige aplicação retroativa com a conclusão de que não se pode julgar extinta a punibilidade pela decadência nas hipóteses mencionadas acima. A solução, segundo entendemos, decorre do alcance da premissa inicial de que a necessidade de representação, sendo de natureza também penal, é exigência da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Como já se afirmou, essa *carga penal* da representação deve-se ao fato de que, quando não oferecida no prazo legal, acarreta a decadência. Devemos lembrar, porém, que segundo a doutrina penal pacífica, conforme a nossa legislação, a decadência é a *perda do direito de ação ou de representação*. Também segundo a lei e a doutrina, como consequência, a decadência do direito de representação somente pode ocorrer antes de iniciada a ação pública a ela condicionada. Significa isto que a *carga penal* dessa *condição de procedibilidade* deixou de existir quando já foi instaurada a ação penal. Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir essa condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação e, portanto, na sua falta como causa extintiva da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente. Da mesma forma, se a denúncia foi oferecida e recebida regularmente, independentemente da representação, porque a lei vigente previa para a hipótese ação penal pública incondicionada, não se pode falar em decadência. O Ministério Público exerceu o seu poder-dever regularmente, como titular da ação penal, não se podendo afastar essa titulariedade, durante o seu processamento, sob o fundamento de que houve decadência do direito de representação por não tê-la oferecido, agora, o ofendido. Por essa razão, é possível concluir que a regra prevista no art. 88 da Lei 9.099/95 é retroativa, aplicando-se aos fatos ocorridos antes do início da vigência da lei, mas não pode alcançar os processos em andamento por ter se extinguido o aspecto penal da representação com a instauração da ação penal na época em que ela não era exigida. Exercido o direito da ação

penal pública pelo Ministério Público quando ainda não era exigida a representação, não há que se falar em *decadência intercorrente*, ou seja, durante o processo penal condenatório. Não é possível sujeitar agora o *prosseguimento da ação penal* à essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve *anteceder* à instauração da ação penal.

4. O PRAZO DO ART. 91 DA LEI 9.099/95

Prevê o art. 91 da lei que, nos casos em que esta lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência. Essa disposição tem servido aos defensores da tese da aplicação art. 88 aos processos em andamento para afirmar que a regra se destina a essas hipóteses. Entretanto, ousamos discordar, **data venia** dos doutos doutrinadores que assim se têm manifestado. Refere-se aquele dispositivo evidentemente aos crimes ocorridos antes da vigência da lei. Mas a sua finalidade é propiciar às vítimas desses delitos oferecer a representação que não era exigida por ocasião do ilícito e da instauração do inquérito. Exige, portanto, a lei que seja o ofendido intimado para ser alertado de que, por não ter sido iniciada ação penal, somente com a formulação da representação pode isto ser feito. Precaução da lei para que não seja a vítima prejudicada pela decadência sem que tivesse conhecimento da necessidade de prover a condição de procedibilidade, exigida pela lei após a instauração do inquérito policial. Assim, em todos os inquéritos policiais em andamento e nos autos em poder do Ministério Público para oferecimento da denúncia deve proceder-se à mencionada intimação, para evitar-se, como registra expressamente o artigo, a *decadência*. E esta só pode ocorrer antes de iniciada a ação penal, não depois de instaurada. Não concordamos, **data venia**, aliás com a opinião de que a lei no art. 91, está se referindo a uma *condição de prosseguibilidade* e não à decadência. A interpretação não pode ser **contra legem**, para se entender que o termo “decadência” deva ser entendido como “condição de precedibilidade” (art. 88), ora como “condição de procedibilidade” (art. 91). A decadência é sempre a perda do direito de ação ou de representação e a ela se refere o art. 91. Já exercido o direito de ação por parte do Ministério Público quando a ação penal não exigia a representação não há que se falar em decadência. Caso a vontade da lei fosse obrigar a iniciativa da vítima para o prosseguimento do processo penal já instaurado, referir-se-ia expressamente a um pedido de *prosseguimento* da ação penal. Na inexistência de disposição expressa em contrário, *decadência* continua a ser a perda do direito de ação ou de representação, já que, nos termos do art. 92 da Lei 9.099/95, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com o referido diploma legal. Suponha-se, porém, que não se faça ou não se consiga fazer a referida

intimação antes de iniciada a ação penal. Nessa hipótese, o prazo de decadência será de seis meses, como determinam os arts. 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal. Como esse prazo não corria antes da lei, por inexistente a regra, o termo inicial é o do início da sua vigência. A partir de 26 de novembro de 1995, portanto, iniciou-se o prazo de decadência de 6 meses para todos os casos de crimes mencionados ocorridos anteriormente. Excetua-se, entretanto, a hipótese de intimação da vítima, em que o prazo é de 30 dias a contar da intimação.

5. DERROGAÇÃO DA SÚMULA 608 DO STF

Com fundamento no art. 101 do Código Penal, que prevê ação pública incondicionada nos ilícitos que tenham como elemento ou circunstância do tipo legal fatos que, por si mesmos constituem crimes em que caiba essa espécie de ação, o STF editou a súmula 608: "No crime de estupro, praticado mediante violência real, ação penal é pública incondicionada". Assim, havendo vias de fato ou lesão corporal na hipótese desse crime (ou atentado violento ao pudor), dispensada era a queixa ou a representação da vítima. Com a nova lei, porém, está derogado o referido enunciado, ao menos no que se refere à hipótese da ocorrência de lesão corporal. Passando, na hipótese da lesão corporal a exigir-se a representação, é inaplicável no caso o artigo do Código citado. Assim, os processos penais em caso de estupro ou atentado violento ao pudor, seja caso de violência, no caso a lesão corporal leve, exige-se a queixa, ou a representação nos casos em que esta é permitida em substituição àquela. Nem se pode alegar que o enunciado valeria por ser o estupro uma espécie de constrangimento ilegal previsto no art. 146 do Código Penal. Esse delito apurado em ação penal pública incondicionada também pode ser praticado por ameaça. Assim, a referida súmula, se fundada nesse dispositivo penal, não se limitaria a referir-se à "violência real", mas incluiria também referência à "ameaça", já que não poderia distinguir uma hipótese da outra. O tipo penal é o mesmo, sempre submetido o seu autor a uma ação penal pública incondicionada, não se podendo efetuar tal distinção.

É de se anotar que, em decorrência do que foi exposto e no item anterior, a conclusão a respeito da revogação da súmula 608 do STF só tem relevância para os casos em que ainda não foi instaurada a ação penal. Exercido o direito de ação pelo Ministério Público antes da vigência da lei não há mais que se falar em decadência.

6. EXTENSÃO DO ART. 88

Outra questão a ser resolvida é a que concerne a extensão do disposto no art. 88 da lei à contravenção de vias de fato (art. 21 da LCP). Sob o argumento de que essa infração, consubstanciada também em

violência, é um **minus** com relação ao crime de lesões corporais, por não causar ofensa à integridade corporal ou à saúde da vítima, já se defende a tese de que a representação deve ser também exigida para a apuração com um fundo lógico e por medida de equidade, essa orientação é, no mínimo, perigosa, pois, além de contrariar o sistema legal brasileiro, que só exige a representação em casos expressos, vedando a analogia, levaria a uma total insegurança na aplicação do dispositivo. Pelo raciocínio adotado para estender a obrigatoriedade da representação à contravenção das vias de fato, o mesmo deveria ocorrer, por exemplo, para o crime de rixa simples (art. 137, **caput**, do CP), ilícito de menor gravidade do que as lesões e que nada mais é do que a prática de violência dos agentes em que não se pode identificar os sujeitos ativos e passivos de crime de lesão corporal ou da contravenção de vias de fato. Também não estaria fora da hipótese a necessidade de se estender a interpretação ao crime menos grave de maus tratos simples (art. 136, **caput**, do CP), que no mais das vezes se configura pela violência abusiva praticado pelo agente contra o ofendido, com fim de correção e disciplina. E por que não estender a interpretação ao crime de perigo para a vida e a saúde de outrem (arts. 132 do CP), da mesma gravidade que a lesão corporal, sem que resultado lesivo ocorra? E se é necessária também a representação para o crime de lesões corporais culposas, porque não ampliar o alcance da norma em discussão para abranger a contravenção de direção perigosa de veículo na via pública, de menor gravidade que uma lesão culposa do delito de trânsito que poderia ter sido provocado pelo motorista? Parece-nos evidente, assim, que a conclusão inicial, quanto à contravenção de vias de fato não deve prevalecer, sob pena de gerar incertezas e perplexidades aos aplicadores do Direito, e, em maior escala, aos envolvidos nos ilícitos mencionados na amostragem, tudo pela aplicação extensiva da norma a casos não previstos expressamente em lei, contrariando o sistema normativo.

7. CONCLUSÃO

São essas algumas das questões que devem ser examinadas pela nossa jurisprudência, cabendo aos magistrados brasileiros as soluções exigidas pelo ordenamento jurídico nacional na aplicação dos novos dispositivos legais de modo a que se preserve o quanto possível o Direito Positivo e se evitem o tumulto processual e a diversidade nos julgamentos que só podem conduzir à insegurança aos destinatários da lei.