

Vias de fato prescinde de representação

Antonio Simini Junior
Promotor de Justiça – SP

Vem sendo esposado por alguns, entendimento de que a contravenção de vias de fato [art. 21, LCP] é de ação penal pública condicionada a representação, tendo em conta que se o legislador a exigiu para delito mais grave [lesões corporais], com maior razão o instituto deveria ser aplicado ao delito menos grave

Data venia, tal entendimento se mostra equivocado à luz de uma interpretação sistemática dos textos das leis

Primeiro, porque a Lei nº 9 099/95 não exige representação para início da persecução penal, em relação à contravenção de vias de fato. Dessa forma, não pode o Poder Judiciário avocar para si função legiferante e criar obstáculos para propositura da ação penal, uma vez que não foi esta a opção do legislador

A título de argumentação, nosso ordenamento jurídico oferece uma dezena de exemplos comprovando que, para algumas infrações mais gravosas, ou se atribui ao ofendido o direito de iniciar a instância penal ou se condicionou a ação a sua prévia anuência

Segundo, porque tal interpretação contraria frontalmente nossa legislação. Diz o artigo 101, § 1º, do Código Penal que: “A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça”

Por seu turno, estabelece o artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal que: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça ou de representação do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo”

Da análise desses dois dispositivos, conclui-se que os casos em que o legislador exige representação, como condição de procedibilidade da ação penal, deverá constar expressamente de lei

Outra não é a lição de Damásio E. de Jesus (“Direito Penal”, 1º volume, Parte Geral, Editora Saraiva, 1991, pág. 576): “Quando o CP, na Parte Especial, após descrever o delito, silenciar a respeito da ação penal, será pública incondicionada () Quando o CP, ou lei extravagante, após definir o delito, se referir a ação penal, então ela não será pública incondicionada, mas pública condicionada ou exclusivamente privada”.

Dessa forma, não existe ação penal pública condicionada a representação por vontade manifesta do julgador.

Este também o entendimento do eminente Juiz Ricardo Dip, proferido em julgamento pioneiro pela Décima Primeira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº 1 082.673/7, da Comarca de Nuporanga, datado de 30 de janeiro de 1998, cuja ementa passo a transcrever: “Ementa: Vias de fato. Sentença que, com invocação analógica do art. 88, Lei nº 9 099, de 1995, julga extinta a punibilidade, em face de decadência por minguada de representação tempestiva. Recurso do Ministério Público. Provimento: o argumento *a maiore ad minus* supõe que os dados fundamentais de congruência não sejam afetados por uma dissemelhança vultosa o bastante a infirmar a similaridade de base. Os argumentos de analogia só podem ser esgrimidos na suposição da lacunaridade legislativa. Se, ao reverso, não há lacuna, mas remissão a uma regra genérica (art. 100, CP), que atua como verdadeiro princípio, deve entender-se que não cabe extensão ou restrição analógica, mas simples declaração do significado regulativo, i.e., na linguagem dos lógicos, considerar a norma sob a óptica de uma especificação do sentido da lei”. Contudo, se o assim fizer o julgador, estará produzindo insegurança na aplicação do direito [cf. RJTACrim 30/228, RJTACrim 37/520, RJTACrim 37/531].

Ademais, o fato de ser o delito de vias de fato menos grave que o de lesão corporal leve, também não dá ensejo a representação. Do contrário, em prevalecendo esse entendimento, deveríamos passar a exigir a representação para outros delitos previstos no Código Penal, *v.g.*, os de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132), maus-tratos (art. 136), rixa (art. 137), constrangimento ilegal (art. 146), todos de menor ou igual gravidade ao de lesões corporais e que, necessariamente no uso de violência à pessoa. Esta também a lição de Júlio Fabbrini Mirabete

Além disso, os bens jurídicos tutelados são distintos. Nas vias de fato o bem jurídico é mais amplo, porquanto protege a incolumidade pessoal, visando prevenir o advento tanto de lesões simples, como de vulnerações mais intensas como, por exemplo, lesões graves, lesões gravíssimas e, com certeza, a morte.

Ora, diante do exposto, fica claro a inviabilidade da representação do ofendido no delito de vias de fato

Por outro lado, impor a necessidade de representação onde não prevista pela norma, é incorrer em flagrante inconstitucionalidade, na medida em que se estaria criando um obstáculo ao exercício, pelo Ministério Público, do *jus perseguendi* assegurado pelo artigo 129, inciso I, da Carta Magna.

Finalmente, “deve-se ter presente que a seleção dos bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal e os critérios a serem utilizados nessa seleção

constituem atribuição do Poder Legislativo, sendo vedado aos intérpretes e aplicadores do direito essa função, privativa daquele poder institucional. Agir diferentemente constituirá violação dos sagrados princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes”. [César Roberto Bitencourt, *in* “Lições de Direito Penal”, Parte Geral, Editora Livraria dos Advogados, 1995, 3ª edição revista ampliada, pág. 40]. Em outras palavras, é o legislador que deve traçar os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e, a partir daí, estabelecer as sanções e os procedimentos adequados