

Algumas questões relacionadas com a representação do ofendido na Lei dos Juizados Especiais Criminais

HUGO NIGRO MAZZILLI (*)
Procurador de Justiça - SP

a) Generalidades

A Constituição de 1988 previu, em seu art. 98, I, a criação de juizados especiais com competência para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo.

Com a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (LJECC) -, foram definidas as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial (art. 61). Ao mesmo tempo, foram introduzidas profundas alterações não só no processo penal, como até mesmo em normas de direito material, relacionadas com essas infrações.

Este nosso trabalho dedicará atenção a algumas questões ligadas à análise do art. 88 da Lei nº 9.099/95, segundo o qual, além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, passou a depender de representação do ofendido ou de seu representante legal a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas.

Por certo, há inconvenientes em mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, a ponto de exigir representação do ofendido ou de seu representante legal para iniciar a ação nos crimes de lesões corporais leves dolosas, ou de lesões corporais - como a possibilidade de chantagens sobre o autor do fato, ou a possibilidade de pressões de todo o tipo sobre o ofendido, a gerar impunidade e a contribuindo negativamente para a distribuição dos serviços da Justiça. Apesar disso, parece-nos que no caso foi correta a opção do legislador de 1995, por permitir que, à indole do que já ocorre em outros crimes de ação pública condicionada, nas hipóteses de lesões corporais, haja maior equili-

(*) - Membro eleito do Conselho Superior do Ministério Público no biênio 94/95

brío entre o interesse do indivíduo e o do Estado, ao mitigar-se o *ius puniendi*, pois se trata de infrações que, embora atualmente estivessem a sobrecarregar os serviços forenses, nem sempre estavam a merecer a mesma reprovabilidade de outras infrações mais graves, que hoje têm exigido preocupação da sociedade, do legislador e dos aplicadores da lei.

Seja pela mínima expressão do dano ou pela sua satisfatória reparação promovida pelo autor do fato, ou ainda em decorrência de respeitáveis interesses ligados à privacidade do ofendido, pode não convir não só a este último como à própria coletividade que o aparelho estatal repressivo seja acionado. Sem o apoio do ofendido, muitas ações penais por crimes de lesões corporais dolosas de natureza leve, ou de lesões culposas, já vinham levando diversos anos para serem ultimadas e acabavam chegando ao *non liquet*, ora, teve o legislador de 1995 a adequada percepção de que, mitigando-se o princípio da obrigatoriedade, muitas vezes será possível melhor compor a situação de fato e obter a paz social independentemente da instauração da ação penal.

Com o novo sistema trazido pela LJECC, evita-se que, não raro de forma arbitrária e ilegal, a autoridade policial continue a escolher quais os boletins de ocorrência atinentes a lesões corporais leves dolosas, ou culposas, ou relacionadas com as contravenções de vias de fato, que irão servir de base a inquéritos policiais, e aqueles que irão informalmente e sem qualquer controle para sua gaveta, sem dar margem a investigação alguma; evita-se que o promotor e o juiz forcem a discussão da prova do inquérito ou do processo e invoquem duvidosos critérios de oportunidade e conveniência, seja para arquivar-se um procedimento investigatório seja para chegar-se à improcedência do pedido, quando os princípios da obrigatoriedade e da legalidade importam solução diversa; evita-se o desprestígio da Justiça, quando vítimas e testemunhas procuram em juízo desmentir fatos que sabem ter ocorrido, apenas para beneficiar o acusado, que não lhes parece merecer a punição exigida pela lei penal.

Assim, a nosso ver foi louvável a norma do art. 88 da LJECC, que instituiu a ação pública condicionada para essas hipóteses e ainda submeteu o respectivo prazo decadencial a um lapso ainda menor do que o geral das demais representações condicionadoras de ações penais públicas, ou seja, de trinta dias, em vez de seis meses (cf. art. 91 da LJECC e art. 38 do Código de Processo Penal).

b) O processo das contravenções de vias de fato

Como vimos, o art. 88 da LJECC transformou em ação pública condicionada o processo por lesões corporais leves e lesões corporais culposas.

A nosso ver, a *fortiori*, deve aplicar-se essa norma também ao processo das contravenções de vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções Penais). A razão consiste em evitar-se o ilógismo: sob o aspecto penal, seria o agente tratado mais severamente por agredir a vítima sem lesioná-la, do que se a tivesse lesionado dolosamente em decorrência da mesma agressão.

Percebendo a situação absurda a que esse entendimento levará, posto não comunicando da solução por nós ora defendida, afirmou Damásio E. de Jesus que o art. 88 não se estende à sobredita contravenção penal, o que "não deixa de ser estranho" ("Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada", Saraiva, 1995, 1ª Ed., art. 88).

Mais que estranho, porém, a nosso ver seria incongruente aplicar à hipótese a norma do art. 17 da Lei de Contravenções Penais, segundo a qual são de ação pública todas as contravenções, quando quem comete comportamento penalmente mais grave que as meras vias de fato (um quase-crime), e causa lesões corporais dolosas na vítima (crime doloso), só pode ser processado mediante ação pública condicionada à representação do ofendido ou de seu representante legal.

c) A aplicação retroativa do art. 88 da LJECC

A aplicação da Lei nº 9.099/95 aos processos que estavam pendentes quando de sua entrada em vigor tem ensejado farta discussão doutrinária e jurisprudencial, especialmente no tocante à questão da representação nos crimes de lesões corporais.

A própria LJECC diz não se aplicar aos casos com instrução já iniciada (art. 90).

A questão, porém, não é tão simples, pois, em nosso sistema jurídico, a regra é a irretroatividade das leis penais, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, LX, da Constituição).

A LJECC contém normas tipicamente processuais (competência, intimações, processo e recursos); mas, no seu bojo, há também normas penais (sanções mais brandas, conversão de multa em pena privativa de liberdade, ou a transação e a decadência - arts. 72, 76, § 4º, 85, 89 e 91, v g) e até mesmo normas processuais de direito estrito, por constituírem limitações a direitos individuais (prisão em flagrante e fiança - art. 69, parágrafo único).

As normas que constituam limitações à liberdade individual necessariamente devem retroagir quando benéficas ao acusado, não podendo o legislador ordinário limitar sua incidência a casos futuros.

Com razão assinalou Cezar Roberto Bitencourt que a LJECC, "a pretexto de instituir os Juizados Especiais, disciplina a instituição da suspensão condicional do processo e altera a natureza da ação penal dos crimes de lesões corporais leves e culposas, além, é claro, da transação penal". Acrescentou o jurista gaúcho: "em qualquer caso, em que uma lei dita processual, posterior à prática do crime, determine a diminuição de garantias ou de direitos fundamentais ou implique qualquer forma de restrição da liberdade, como ocorre com a Lei nº 9.099/95, não terá vigência o princípio *tempus regit actum*, aplicando-se, nessas hipóteses, a lei mais benéfica" (Juizados Especiais criminais e alternativas à pena de prisão", págs. 126-7, Livraria do Advogado, ed 1995).

Assim, devem-se aplicar as disposições da LJECC aos casos ocorridos antes da sua vigência em tudo aquilo em que for mais benéfica que a legislação por ela derrogada.

Ora, o art. 88 da LJECC considerou de ação pública condicionada o processo por crime de lesões corporais leves e lesões culposas; segundo o art. 91 da mesma lei, nos casos em que a LJECC passou a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal deverá ser intimado para oferecer representação em trinta dias, sob pena de decadência.

Curioso é que, embora se trate de normas mais benéficas ao réu, longe de declarar sua incidência imediata aos casos acontecidos antes de sua vigência, a própria LJECC ainda tentou impedi-la.

Que fazer, pois, dos milhares de processos criminais em andamento em todo o País, por esse tipo de lesões corporais? E dos processos contravençionais por vias de fato, instaurados antes da vigência da LJECC e pendentes de decisão?

É verdade que, nas infrações penais de ação penal pública condicionada, a representação só é condição de procedibilidade para a propositura da ação, que daí para diante prossegue sem qualquer condição ou manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal. Também é verdade que, pelo princípio do *tempus regit actum*, ao ser ofertada e recebida a denúncia, supõe-se que as condições da ação e pressupostos processuais estavam integralmente adimplidos.

Cabe agora ao intérprete dar cumprimento aos preceitos da Lei Maior, e, no caso, fazer incidir a norma mais benéfica aos casos pendentes.

Quanto aos casos em que ainda não tenha havido denúncia bastará que se faça a intimação prevista na lei; não ofertada a tempo a representação, haverá decadência.

O maior problema está em discutir o que fazer dos processos por lesões corporais leves ou culposas, e dos processos por contravenções penais de vias de fato, que já estavam em andamento quando da vigência da LJECC.

Duas soluções podem ser cogitadas: a) uma, no sentido de que, como ao tempo do recebimento da denúncia, a ação era pública incondicionada, deve-se prosseguir no caso, independentemente de manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal; b) outra, no sentido de que, como a lei superveniente, mais benéfica, alterou pressupostos processuais e exigiu a vontade do ofendido ou de seu representante legal para que a ação penal pudesse ser instaurada, deve-se prosseguir no feito somente se advier esta manifestação, agora necessária.

Sob o aspecto formal, a primeira alternativa poderia parecer mais sedutora, pois que, quando proposta a ação, não se exigia a condição que depois veio a ser imposta pela superveniente LJECC; além disso, o momento para acolher a representação deve ser anterior ao oferecimento da denúncia, até porque depois de oferecida a denúncia, a própria representação, posto necessária, passaria a ser irretroatível, de forma que a disponibilidade da ação penal deixaria de existir, não mais estando o prosseguimento da ação penal condicionado à vontade do ofendido ou de seu representante legal (art. 25 do Cód. de Processo Penal). Dessa forma, pela primeira linha de raciocínio, nada mais restaria fazer senão prosseguir na ação validamente já instaurada.

Sob o aspecto teleológico, porém, a segunda alternativa se nos afigura a mais correta. Quid o legislador que o processo por lesões corporais leves ou culposas somente seja movido quando o ofendido ou seu representante legal o desejarem - e, a fortiori, essa regra deve também alcançar o processo das contravenções penais de vias de fato, como já acima procuramos demonstrar. Por tratar-se de norma mais benéfica, impertioso seja essa regra aplicada desde já, aos processos pendentes, em que pese a dicção em contrário do art. 90 da LJECC (nesse sentido, posto referindo-se somente ao processo pelos crimes do art. 129 do Código Penal, também é a lição de Damásio E. de Jesus, "Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada", Saraiva, 1995, págs. 87 e 107).

d) Conclusão

Desta forma, parece-nos que, nos processos por lesões corporais leves e lesões culposas, ou por contravenções de vias de fato, que estavam em andamento quando da vigência da Lei nº 9.099/95 (LJECC), deve-se intimar o ofendido ou seu representante legal para que ofereçam eventual representação no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.