

**RELATOR:** MIN. SYDNEY SANCHES  
**PACIENTE:** JAIRO ALVES DA SILVA  
**IMPETRANTE:** ANA MARIA MAURO  
**COATOR:** TRIBUNAL DE ALCADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**EMENTA:** - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPRESENTAÇÃO PARA A AÇÃO PENAL PÚBLICA (ART. 91 DA LEI Nº 9.099, DE 26.09.1995). APLICABILIDADE AOS CASOS PENDENTES, MESMO COM SENTENÇA CONDENATÓRIA JÁ PROFERIDA E RECORRIDA.

"HABEAS CORPUS".

1. A representação para a ação penal pública, prevista no art. 91 da Lei 9.099, de 26.09.1995, não tem caráter meramente processual, mas, também, de direito material, pois sua falta implica a decadência do direito, ensejando a extinção da punibilidade.

2. Tratando-se, pois, de norma penal mais benigna, deve ser aplicada, pelo menos, a caso ainda pendente, como é o de condenação não transitada em julgado, porque sujeita a recurso tempestivo.

3. Nesse caso, o Tribunal, ao apreciar o recurso, deve converter o julgamento em diligência para determinar a intimação do ofendido, a fim de que este, se assim lhe parecer, ofereça a representação, no prazo de trinta dias, nos termos do mesmo dispositivo (art. 91).

4. Hipótese em que essa providência não foi adotada no acórdão impugnado.

5. "H.C." deferido, para que, anulado o acórdão, se proceda à intimação do ofendido, para tais fins.

6. Decisão unânime: 1ª Turma.

A C Ó R D ã O

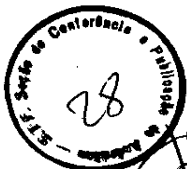
Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de "habeas corpus", nos termos do voto do Relator, que reconsiderou seu voto.

Brasília, 18 de fevereiro de 1997.

MOREIRA ALVES - PRESIDENTE

SYDNEY SANCHES - RELATOR

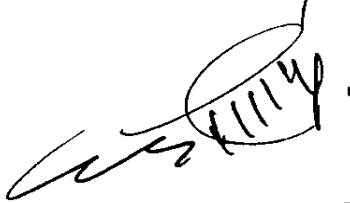
01880010  
03490740  
03341000  
00000130



03/12/96

**HABEAS CORPUS N. 74334-0 RIO DE JANEIRO**

RELATOR: **MINISTRO SYDNEY SANCHES**  
 PACIENTE: **JAIRO ALVES DA SILVA**  
 IMPETRANTE: **ANA MARIA MAURO**  
 COATOR: **TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**


**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):**

1. O ilustre Juiz HUMBERTO DECNOP BATISTA, Vice-Presidente, no exercício da Presidência, do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro, ao prestar as informações de fls. 49/51, esclareceu:

"2- O paciente foi condenado pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Nova Iguaçu, RJ, por infringência ao artigo 129, *caput*, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) meses de detenção, substituída pela restritiva de direitos - prestação de serviço no hospital público municipal - pelo mesmo período;

3- A Egrégia 3ª Câmara, deste Colendo Tribunal, em aresto unânime da lavra do eminente Juiz ERIE SALES DA CUNHA, reduziram a pena aplicada a 03 (três) meses de detenção, na forma do voto do Juiz relator;

4- Foram opostos Embargos de Declaração, indeferidos liminarmente pelo ilustre relator que entendeu não conter o v. acórdão atacado ambigüidade, obscuridade, contradição ou omissão, originando, destarte, Agravo Regimental que, por unanimidade, negou-se provimento;

5- Alegando constrangimento ilegal a que está sendo submetido o ora paciente, pretende a impetrante no presente writ, a concessão da ordem a fim de que seja anulado o v. aresto alvejado, uma vez que a C. 3ª Câmara "deixou de aplicar lei nova mais

01880010  
 03490740  
 03342000  
 00000270

11/11/135

favorável ao agente, que determina intimação do ofendido, no caso de infração ao artigo 129, do Código Penal, para Representação, sob pena de decadência" (sic);

6- O voto condutor do v. acórdão do Agravo Regimental interposto, apresenta, **verbis**:

"Conforme se verifica do disposto no artigo 90, da Lei n°: 9.099/95, o mesmo prescreve, **verbis**:

"As disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada."

Ora, na espécie, a instrução criminal já se encontrava iniciada, mas muito mais - terminada, inclusive com sentença.

Não se admitindo tal disposição legal, e pretendendo fazer sobrepujar-se os artigos 66, 88 e 91, mesmo assim, tais embargos não poderiam ser deferidos, face aos precisos termos do que dispõe o parágrafo 2º, do artigo 620, do C.P.P., onde se lê: "Art. 620: Os embargos de declaração serão deduzidos em requerimento de que constem os pontos em que o acórdão é ambíguo, obscuro, contraditório ou omissos."

Assim, entendo que o acórdão não foi ambíguo, obscuro, contraditório ou omissos, é que foi prolatado o despacho de indeferimento.

Ademais, o disposto no artigo 91, da Lei n°: 9.099/95, fala em PROPOSITURA da ação penal pública, o que faz presumir dentro de uma lógica meridiana, que a ação ainda não foi proposta. E diz que o ofendido será intimado para OFERECÊ-LA. Ora, se o ofendido deve ser intimado para oferecê-la, é claro que a representação ainda não foi oferecida!

Nem se alegue que as disposições da Lei n°: 9.099/95, por serem normas de caráter processual têm aplicação imediata. É claro que sim, mas tem-se que atentar para o disposto no artigo 90. Portanto, a lei nova há de adotar uma linha de atuação em que se respeitem as fases processuais já superadas, como, in casu, o feito já se encontrava, inclusive, julgado!



Supõe-se, assim, que as regras novas só se apliquem às fases subseqüentes, a ela, Lei.

Por tudo isso é que entendo que o despacho que indeferiu liminarmente os embargos deva ser mantido."

7- Estas são as informações que me cumpre prestar a Vossa Excelência, encaminhando, em anexo, cópias pertinentes do processo, ao tempo em que permaneço atento a possíveis posteriores deliberações."

2. O Ministério Público federal, em parecer do douto Subprocurador-Geral da República WAGNER NATAL BATISTA, resumiu a hipótese nestes termos (fls. 68/69):

"Ilustre defensora pública carioca impetra **habeas corpus** contra decisão do Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro que teria improvido agravo regimental em decisão assim ementada:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.


Tendo sido indeferidos liminarmente Embargos de Declaração onde se pretende, através deles, obter a anulação do julgamento em diligência, não pode ser provido. O acórdão embargado negou provimento ao recurso em crime apenado com detenção, deixando de aplicar o artigo 91 da Lei nº 9.099/95, por entender que na espécie tinha aplicado o disposto no art. 90, da referida lei. Recurso a que se nega provimento."

Alega a impetrante que o paciente foi denunciado pela prática de crime de lesões corporais leves ocorrido em 12.06.93, sendo condenado em 18.08.95 pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Nova Iguaçu, RJ, sentença mantida pelo impetrado em 28.03.96, sem atentar ao comando contido no art. 91 da Lei nº 9.099/95 que teria determinado como condição de prosseguimento das ações penais, por crimes de lesões corporais leves, a representação do ofendido, impondo para isso a assinatura de prazo para tanto à vítima, sob pena de decadência."

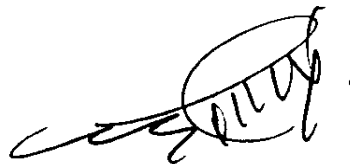
3. A ementa do parecer, pelo indeferimento do pedido (fls. 69/76), assim se expressou a fls. 68:

"HABEAS CORPUS". LESÕES CORPORAIS LEVES. AÇÃO JÁ JULGADA EM 18-08-95. LEI N° 9.099/95 DE 26.09.95. INTIMAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 91, SOB PENA DE DECADÊNCIA."

É o Relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized name followed by a large, circular flourish.

V O T O



O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES - (Relator):

1. É este o teor do parecer do Ministério Público federal, nas partes dedicadas à fundamentação e conclusão (fls. 69/76):

**"NO MÉRITO**

Especificamente o STF já examinou a aplicação da norma do art. 91 da Lei n° 9.099/95, quanto a inquérito, na oportunidade decidindo:

"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, resolvendo questão de ordem, em determinar a suspensão do procedimento penal para que, nos termos do art. 91 da Lei n. 9.099/95, se proceda à intimação de Ronaldo Lázaro Tiradentes, vítima do delito de lesões corporais leves atribuído ao indiciado, para no prazo de 30 dias, querendo, oferecer representação, sob pena de decadência."

Recebeu a decisão de tal questão de ordem a seguinte ementa:

"INQUÉRITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDA PELA LEI N. 9.099/95 (ART. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BENÉFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINÁRIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA.

01880010  
03490740  
03343000  
01400360

- A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público à delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91).

- A Lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada à representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da persecutio criminis in iudicio quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina.

LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS  
DESPENALIZADORAS - NORMAS BENÉFICAS -  
RETROATIVIDADE VIRTUAL.

- Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, têm por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91).

- A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade

dos sujeitos que integram a relação processual penal.

Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo conseqüente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89).

As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINÁRIOS (INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91).

- A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna conseqüentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95.

O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito Penal mínimo, subjacentes à Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com conseqüente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado".



(Inquérito nº 1.055-3-AM, questão de ordem, Plenário, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 24/05/96).

Aparentemente haveria o STF definido seu entendimento a respeito da matéria.

Entretanto vê-se claramente, que a ementa contém questões não decididas, que poderiam, apenas, ser consideradas como motivação do voto do relator. Ora, é pacífico, que não fazem coisa julgada os fundamentos das decisões e sim somente a própria decisão.

Aliás, o CPC, aplicável analogicamente ao processo penal, dispõe que não fazem coisa julgada os motivos ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, I).

Decidiu o Tribunal pela aplicação da norma do art. 91 a inquérito, ou seja: quando inexistente ação penal. Apenas o voto do relator é que, extravasando a discussão, fez verdadeira interpretação da lei, que mais não é possível no regramento legal pátrio.

A matéria não estaria, assim, decidida, ainda, comportando discussão.

Júlio Fabrini Mirabete, argutamente explica:

"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 legal de trinta dias, sob pena de decadência. Essa disposição tem servido aos defensores da tese da aplicação do 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 pelo 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 art., 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 ora como "condição de procedibilidade" (art. 88), ora como "condição de prosseguibilidade" (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 de 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 a Lei 9.099, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com o referido diploma legal". (Revista Brasileira de Ciências Criminais, n° 13, págs. 117/118).

Por ter tal entendimento como jurídico e correto a ele aderimos.

Não socorreria o paciente a regra do art. 88 da lei em comento que evidentemente se refere à iniciativa da ação penal e não sua prosseguibilidade, sendo que a regra do art. 91 é que se destinaria a questões intertemporais.

Pelo exposto o Ministério Público Federal manifesta-se pelo indeferimento da ordem."

2. Acolhendo, integralmente, o parecer do Ministério Público federal, indefiro o pedido de "Habeas Corpus".

A handwritten signature in black ink, appearing to be "P. L. W.", written in a cursive style.

1ª TURMA

EXTRATO DE ATA

**HABEAS CORPUS N. 74334-0**

ORIGEM : RIO DE JANEIRO

**RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES**

PACTE. : JAIRO ALVES DA SILVA

IMPTE. : ANA MARIA MAURO

COATOR : TRIBUNAL DE ALCADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Sydney Sanches indeferindo o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Celso de Mello. 1ª. Turma, 03.12.96.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves.  
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Compareceu à Sessão o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente do Tribunal), a fim de julgar os processos a ele vinculados (RISTF art.148, parágrafo único). Nesta ocasião não participou da Sessão o Senhor Ministro Octavio Gallotti.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino Pereira.

Ricardo Dias Duarte.  
Secretário



18/02/97

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.334-0 RIO DE JANEIROV O T O (VISTA)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A ora impetrante sustenta que o Tribunal apontado como coator - **não obstante em plena vigência a norma inscrita no art. 91 da Lei nº 9.099, de 26/09/95 - ofendeu** o princípio constitucional da retroatividade necessária da lei penal benéfica, pois, sem qualquer razão jurídica idônea, deixou de cumprir a determinação constante desse preceito legal, que assim dispõe: "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".

Entendo, com a vênia do eminente Relator, que assiste razão à impetrante, eis que o Tribunal ora apontado como coator - ao julgar, em 28/03/96, o recurso de apelação interposto pelo paciente (fls. 22/25) - deveria ter ordenado a intimação da vítima para os fins e efeitos a que se refere o art. 91 da Lei nº 9.099/95.

É que, além de esse novo diploma legislativo já se achar em vigor desde 27/11/95 (art. 96), restou comprovado que o ora paciente havia sido processado pela prática do delito de lesões corporais leves, circunstâncias que justificavam a incidência e a

01880010  
03490740  
03343010  
01550400

HC 74.334-0 RJ

aplicação intertemporal da norma de direito transitório inscrita no art. 91 da Lei n° 9.099/95.

**É preciso ter presente**, neste ponto, que a regra legal em questão tem evidente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado, **qualificando-se**, por isso mesmo, como típica norma de direito penal material.

Sabemos que a Lei n° 9.099, de 26/09/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, prescreve, **nas hipóteses de delitos de lesões corporais leves e de lesões culposas**, que a ação penal a eles pertinente "**dependerá de representação**" (art. 88).

Com a superveniência desse **novo** estatuto legal, a **perseguibilidade** das infrações delituosas em questão - até então instaurável mediante ação penal pública **incondicionada** - passou a **subordinar-se** à exigência formal da **representação**.

Isso significa, dentro da perspectiva do diploma legislativo em referência, que os crimes de lesões corporais de **natureza leve** - e os de lesões culposas, **também** - tornaram-se infrações perseguíveis mediante ação penal pública **condicionada** à representação do ofendido.



HC 74.334-0 RJ

Na realidade, cuidando-se dos crimes de lesões corporais **leves** - como aquele que é objeto da **presente** impetração -, a atuação do Estado tornou-se essencialmente vinculada à prévia **delação postulatória** do ofendido ou de seus representantes legais.

A **representação** da vítima - até então **inexigível** para essa modalidade infracional - passou, **no contexto da nova lei**, a constituir "uma **delatio criminis** postulatória: quem a formula, não só dá notícia de um crime, como **pede** também que se instaure a **persecução penal**" (JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. I/344, item n° 189, 2ª ed., 1965, Forense).

Vê-se, desse modo - **considerada a norma inscrita no art. 88 da Lei n° 9.099/95** -, que o ato de delação postulatória tornou-se **indispensável** ao válido ajuizamento da própria ação penal pública e, **também**, à instauração do procedimento de investigação penal.

A representação traduz, em conseqüência, um elemento **subordinante** da atividade de persecução penal desenvolvida pelo Estado. Na realidade, tratando-se de **persecutio criminis** em sua **fase pré-processual**, o respectivo **inquérito** - nos crimes em que a ação pública **depende** de representação - não poderá, **sem esta**, ser iniciado, consoante prescreve o ordenamento positivo (CPP, art. 5º, § 4º) e enfatiza o magistério da doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Processo Penal", p. 86, 4ª ed., 1995, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS,



HC 74.334-0 RJ

"Código de Processo Penal Anotado", p. 7, 10ª ed., 1993, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 84, item n. 15, 1991, Saraiva; ROMEU DE ALMEIDA SALLES JÚNIOR, "Inquérito Policial e Ação Penal", p. 25, item n. 21, 6ª ed., 1992, Saraiva, v.g.).

De outro lado, e com maior razão, o próprio ajuizamento da ação penal, pelo Ministério Público, **condicionar-se-á** à formalização, pelo ofendido, em tempo oportuno, do ato necessário da representação.

Daí a advertência de JOSÉ FREDERICO MARQUES (op. cit., vol. I/345, item 189), **verbis**:

*"A representação condiciona tão-só o direito do Estado-Administração de deduzir em juízo a pretensão punitiva. O Ministério Público não pode acusar, propondo, assim, a ação penal pública, sem que o ofendido formule a representação." (grifei)*

A perseguibilidade do crime de lesões corporais leves, portanto, depende, **agora**, essencialmente, da representação manifestada pelo ofendido, sem o que o Ministério Público poderá ser julgado **carecedor** da ação penal que tenha eventualmente ajuizado ou que venha a propor.

A **imprescindibilidade** dessa representação evidencia-se, com bastante nitidez, em função da própria conseqüência jurídico-penal derivada da **ausência** de sua oportuna manifestação,





HC 74.334-0 RJ

por efeito da regra consubstanciada no art. 91 da Lei n° 9.099/95, que assim dispõe:

"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 30 (trinta) dias, **sob pena de decadência**" (grifei).

Na verdade, as regras consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei n° 9.099/95 qualificam-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material, veiculadoras de uma específica modalidade de **despenalização**, que ocorre - **consoante observa DAMÁSIO E. DE JESUS** (op. cit., p. 87) - "... não somente quando a pena deixa de ser imposta, mas também (...) quando o legislador, como acontece na disposição, de alguma forma procura evitar que a sanção penal seja aplicada" (grifei).

Na realidade, a lei nova que passa a disciplinar, de modo diverso, o exercício da ação penal, **convertendo**, em ação pública **condicionada**, a ação penal pública **incondicionada** - e fazendo **depender** o seu ajuizamento (ou prosseguimento), em consequência, de **representação** (como no caso) -, configura típica hipótese de **lex mitior**, que se reveste, por efeito de disposição constitucional expressa (art. 5°, XL), de **irrecusável** carga de retroatividade virtual.



HC 74.334-0 RJ

É por essa razão que o magistério da doutrina (FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "**Processo Penal**", vol. 1/106-107, n. 6, 11ª ed., 1989, Saraiva; NELSON HUNGRIA, "**Comentários ao Código Penal**", vol. I, tomo I, p. 122/124, item n. 19, 4ª ed., 1958, Forense; DAMÁSIO E. DE JESUS, "**Direito Penal**", vol. 1/77, 1995, Saraiva, v.g.), ao versar essa questão, **acentua** o caráter material e benéfico dos efeitos jurídicos derivados de qualquer norma legal que transforme, em ação pública **condicionada à representação** do ofendido, a ação penal pública incondicionada, **pondo em evidência**, dentro de tal perspectiva, as conseqüências decorrentes da aplicação dessa inquestionável **lex mitior**, que **pode**, até mesmo, **ensejar** a extinção da própria punibilidade do **suposto** autor do fato delituoso, mediante reconhecimento, em seu favor, da consumação da **decadência superveniente**.

Daí a observação feita por DAMÁSIO E. DE JESUS, em comentário à **própria** Lei nº 9.099/95 (op. cit., p. 107), **verbis**:

"... a Lei nova que transforma a ação penal de pública incondicionada em condicionada à representação é de cunho penal material, **retroagindo**. É a nossa posição. Realmente, o **não-exercício do direito de representação** no prazo legal **gera a decadência**, causa extintiva da punibilidade, **matéria de natureza penal**. Por isso, são aplicáveis os arts. 5º, XL, da CF e 2º, parágrafo único, do CP, que determinam a **incidência retroativa incondicional da Lei nova mais benéfica**. Os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa **eram** de ação penal pública incondicionada. Agora, com o advento do art. 88 da Lei n. 9.099/95, são de ação penal pública condicionada. **A Lei nova é mais benéfica**, uma vez que subordina o exercício da pretensão punitiva do Estado à representação do ofendido. Deve, pois,

HC 74.334-0 RJ

retroagir, pouco importando esteja ou não o processo com a instrução criminal iniciada." (grifei)

Torna-se relevante, pois, ter presente, no caso, a circunstância de que a conversão da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada, nos casos de lesões corporais leves ou de lesões culposas, traduz a concretização de um inequívoco programa estatal de despenalização, compatível, ao menos em seus aspectos essenciais, com o novo paradigma de Justiça Criminal que se busca construir no âmbito de nosso ordenamento positivo, notadamente se se considerarem os fundamentos jurídicos, sociais e éticos que dão suporte doutrinário aos postulados do Direito penal mínimo, subjacentes à formulação da Lei n° 9.099/95 (LUIZ FLÁVIO GOMES, "Direito Penal Mínimo: lineamento das suas metas", in Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vol. 1, n. 5, p. 71, 1995, Ministério da Justiça).

Daí a observação constante de autorizado magistério doutrinário (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, LUIZ FLÁVIO GOMES, "Juizados Especiais Criminais", p. 179/181, 1996, RT), **verbis**:

"A transformação da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada **significa despenalização**. Sem retirar o caráter de ilícito do fato, isto é, sem descriminalizar, passa o ordenamento jurídico a dificultar a aplicação da pena de prisão. De duas formas isso é possível: a) transformando-se a ação pública em privada; b) ou transformando-se a ação pública incondicionada em ação condicionada. Sob a inspiração da **mínima intervenção penal**, uma dessas vias



HC 74.334-0 RJ

despenalizadoras (a segunda) acaba de ser acolhida pelo art. 88 da Lei 9.099/95.

A representação, ao lado da requisição do Ministro da Justiça, é condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada. Sendo assim, em relação a todos os delitos capitulados no art. 88 que ocorrerem a partir de 26.11.95, será impossível instaurar inquérito policial sem ela, nos termos do art. 5º, § 4º, do CPP (...).

.....  
Em relação a todos os crimes anteriores à vigência da lei, a regra aplicável é a do art. 91 da Lei 9.099/95. **É uma regra de transição** que diz: 'Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

Que fique bem claro esse ponto: cuidando-se de crime cometido de 26 de novembro de 1995 em diante (o que importa é a data da conduta, não do resultado - CP, art. 4º), subordinado estará à regra do art. 88. **Se o delito, entretanto, foi cometido antes dessa data, a norma que terá incidência é a do art. 91.** Não existe possibilidade de situação intermediária, que seria regida em parte pelo art. 91 e em parte art. 88. De se observar que este último artigo fala em 'hipóteses' (futuras), enquanto o art. 91 fala em 'casos' (passados). Cada qual tem sua disciplina jurídica própria e não se intercomunicam." (grifei)

**É irrecusável**, pois, que "O art. 91 da Lei 9.099/95 regula a decadência. É um preceito de direito material penal. Sua aplicação aos processos em andamento se impõe a partir do momento em que a lei passa a vigorar. Outra interpretação não pode ser dada diante do próprio conteúdo desse artigo, do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal e do inciso XL do art. 5º da Constituição Federal" (RT 726/508 - grifei).

Torna-se irrelevante, de outro lado, que o início de vigência da **lex mitior** somente tenha ocorrido, no caso, quando já



HC 74.334-0 RJ

proferida a sentença penal de primeira instância que condenou o ora paciente. É que essa decisão penal condenatória sofreu recurso de apelação, que veio a ser julgado em momento em que já vigorava a norma penal benéfica, cujas prescrições, no entanto, deixaram de ser cumpridas pelo Tribunal ora apontado como coator.

No caso, o processo penal condenatório não se achava findo. **A existência de condenação meramente recorrível não constituía, na espécie, obstáculo jurídico à aplicação intertemporal da norma em causa e ao eventual reconhecimento da própria decadência geradora da extinção da punibilidade do ora paciente.**

Esse entendimento - já aplicado pelos Tribunais à hipótese de casamento superveniente da vítima com terceiro, **após** a condenação do réu, **pendente** ainda a apreciação do recurso interposto pelo sentenciado (RT 548/355) - foi **também** adotado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, como se evidencia da seguinte passagem constante do voto proferido pelo eminente Ministro THOMPSON FLORES, Relator (RTJ 83/737):

*"É que não reconheço que o fato de já haver decisão condenatória do paciente, transitada em julgado para a acusação, obste o reconhecimento da decadência.*

*É que a ação penal não estava finda ao tempo em que a ofendida contraiu casamento com outrem.*

*Pendia, então, apelação do réu, a qual somente veio a ser julgada em 29.10.1974, f. 18, enquanto o casamento se realizara em 16.6.1973.*

*E, entre esta última data e a primeira decorreram seis meses, prazo suficiente para que se verificasse a decadência, nos termos do verbete sumulado.*



HC 74.334-0 RJ

Neste sentido vem sendo aplicado o enunciado em questão (R.T.J. 55/315; 61/343; 62/304; 66/53) e, mais recentemente, a Egrégia Primeira Turma, ao julgar o HC 53.380, também de Minas Gerais, em 3.6.1975, do qual foi Relator o Eminentíssimo Ministro Rodrigues Alckmin, adotando o parecer da Procuradoria-Geral da República..."

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no ponto, nada mais fez do que refletir, no tema, o magistério de **autorizados doutrinadores**.

BASILEU GARCIA ("Instituições de Direito Penal", vol. I, tomo I/147, 1954, Max Limonad), após ressaltar que o postulado da retroatividade da lei penal benéfica traduz, **desde 1934**, tradição do direito constitucional brasileiro, observa:

"Em face da nova Constituição é sustentável que já não vigora aquela restrição à retroatividade benéfica, consubstanciada na parte inicial do parágrafo único do art. 2º do CP. No conflito entre as leis no tempo é, pois, sempre relevante averiguar qual a lei que se mostra mais favorável. Por ela se inclinará o magistrado."

Essa **mesma** orientação é perfilhada por NÉLSON HUNGRIA ("Comentários ao Código Penal", vol. I, tomo I/110-111, item n. 10, 4ª ed., 1958, Forense), que assinala:

Com o advento da Constituição de 46 (que repetiu, neste particular, preceito da Constituição de 34), foram elevadas à categoria de 'garantias individuais' a irretroatividade **in pejus** e a incondicional retroatividade **in melius**. Segundo penso, deve entender-se, em face do preceito constitucional, cancelada a restrição que fazia o Código: toda vez que



HC 74.334-0 RJ

a lei nova beneficiar, de qualquer modo, o réu, fará marcha atrás, pouco importando a coisa julgada. Voltou-se, assim, ao critério do Código de 90, segundo a interpretação liberal que se lhe dava.

.....  
Nos altares do direito penal, a coisa julgada é santa de prestígio muito relativo. Nem o critério de módica restrição do Código de 40 à retroatividade *in mitius* decorrerá de respeito à *res judicata*, pois esta, evidentemente, não pode servir de tabu imperativo do favor *libertatis*..."

PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n° 1 de 1969", tomo V/248-249, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT), por sua vez, ao acolher esse mesmo magistério, revela-se categórico quanto à integral aplicabilidade do postulado da retroatividade da *lex mitior*, mesmo tratando-se de causas findas:

"Outra questão: permitindo-se a retroatividade excepcional da lei penal, tal princípio de retroatividade *in mitius* atinge as *causae finitae*? Nos Comentários à Constituição de 1934 (II, 217), excluíamos a incidência da lei nova mais doce nos casos de *res iudicata*. Hoje, dizíamos nos Comentários à Constituição de 1946, após maior meditação, verificamos que o texto da Constituição de 1946 não contém, nem no continha o de 1934, nem ainda, o de 1937, simples regra jurídica de aplicação da lei mais doce, mas, e aqui é que está o cerne da questão, há incidência retroativa da lei penal, há verdadeira retroatividade *in mitius*. Ora, desde que a regra jurídica se dirige aos juízes e aos legisladores, não há discutir-se se abrange os casos em que se já proferiu julgamento, ou em que já passou em julgado a decisão. Dificuldades práticas não bastariam para que se obstasse à observância do texto constitucional. Se o princípio da retroatividade exceptiva fosse regra jurídica de aplicação da lei - uma vez que o juiz aplicou a lei que incidiu, a única ou a mais doce posterior ao crime, nenhuma atuação poderia ter a lei nova posterior ao julgamento. Mas o § 16, 2ª parte, contém princípio de incidência retroativa, de modo que a retroatividade se dá por força da Constituição. Não importa saber-se se já houve condenação, ou se já passou em julgado a sentença de



HC 74.334-0 RJ

condenação. **A Constituição não distinguiu. Enquanto não se executou toda a pena, enquanto pode ser beneficiado o condenado, a lei nova incide; e pode, portanto, ser invocada...** (grifei).

No caso, como já precedentemente enfatizado, a vigência da *lex mitior* deu-se quando ainda pendia de apreciação o recurso interposto pelo então sentenciado, ora paciente. Não se registrara, portanto, o trânsito em julgado da condenação penal, **inexistindo**, em consequência, contra o ora paciente, qualquer título penal definitivamente constituído.

Essa particular situação - ausência de trânsito em julgado da decisão penal condenatória - **impunha** ao Tribunal ora apontado como coator que adotasse, **imediatamente**, sem qualquer dificuldade, a providência ordenada pelo art. 91 da Lei nº 9.099/95, **consoante** acentuam, em **irrepreensível** magistério doutrinário **inteiramente** aplicável à espécie, ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTÔNIO SCARANGE FERNANDES E LUIZ FLÁVIO GOMES ("Juizados Especiais Criminais", p. 183-184, 1996, RT):

"A representação, como vimos, é instituto de direito processual (não se nega), mas também de direito penal (porque leva à extinção da punibilidade, pela renúncia ou pela decadência). É de natureza mista. Isso é suficiente para a incidência da regra da retroatividade benéfica constitucional. Logo, todos os processos não encerrados definitivamente (é dizer, sem trânsito em julgado), não importando sua fase (de instrução ou já com sentença ou no tribunal, em grau de recurso), estão sujeitos à aplicação da regra de transição do art. 91: antes da prática de qualquer ato processual novo, deve-se dar oportunidade para a vítima representar ou não." (grifei).





HC 74.334-0 RJ

Assim sendo, tendo presentes as razões expostas, peço vênua para, dissentindo do eminente Relator, deferir o pedido, nos exatos termos em que formulado (fls. 6), vale dizer, para invalidar o julgamento proferido pela Colenda Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro - que apreciou a Apelação Criminal n° 57.649/95 (fls. 22/25) -, ordenando, em consequência, que se cumpra, previamente, a determinação constante da norma transitória inscrita no art. 91 da Lei n° 9.099/95.

É o meu voto.



18/02/97

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS N. 74.334-0

RIO DE JANEIRO

RETIFICAÇÃO DE VOTO



**O SENHOR MINISTRO SYDNEY SANCHES (Relator): -**

Sr. Presidente, quando elaborei meu voto, lido na assentada anterior, pareceu-me que a representação não passava de simples condição de procedibilidade, não prevista à época do oferecimento da denúncia. Achei estranho, a princípio, que, após a sentença condenatória, já em grau de recurso, pudesse o Tribunal competente, para julgá-lo, exigir a intimação da vítima para oferecer representação instituída e exigida por Lei posterior à sentença.

Quê finalidade teria o oferecimento dessa representação, em caso como o presente? Propiciar ao Promotor de Justiça oportunidade para ratificar a denúncia, oferecida antes do advento da Lei, que não a exigia? Ou para oferecer nova denúncia, que acabaria sendo posterior à sentença condenatória?

Não posso negar, porém, agora, após o magnífico voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO, que a representação, prevista na Lei nova, não tem caráter meramente processual, mas, também, de direito material, pois sua falta implica a decadência do direito, ensejando a extinção da punibilidade.

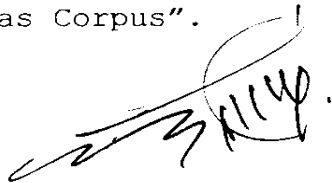
E há precedentes do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, dos quais destaco aqueles que exigiram da vítima, de

01880010  
03490740  
03343020  
01400570

crime contra os costumes, manifestação expressa no sentido do prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal, no prazo de sessenta dias, a contar da celebração do casamento da ofendida com terceiro, sob pena de extinção da punibilidade, nos termos do inciso VIII do art. 107 do Código Penal.

E se se trata de lei material mais benigna, para o réu, já que possibilita, em tese, a extinção da punibilidade, é de ser aplicada, aos menos nos casos de condenação ainda não transitada em julgado, como é o caso de que aqui se trata (art. 2º, parágrafo único do C. Penal).

Valendo-me, pois, agora, dos fundamentos do voto do eminente Ministro CELSO DE MELLO, reconsidero o que havia proferido na assentada anterior, e, por isso, concluo, deferindo o pedido de "Habeas Corpus".



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS N. 74334-0**

ORIGEM : RIO DE JANEIRO

**RELATOR : MIN. SYDNEY SANCHES**

PACTE. : JAIRO ALVES DA SILVA

IMPTE. : ANA MARIA MAURO

COATOR : TRIBUNAL DE ALCADA CRIMINAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**Decisão:** Após o voto do Senhor Ministro Sydney Sanches indeferindo o pedido de **habeas corpus**, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Senhor Ministro Celso de Mello. 1ª. Turma, 03.12.96.

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento a Turma deferiu o pedido de **habeas corpus**, nos termos do voto do Relator que reconsiderou o seu voto. Unânime. 1ª. Turma, 18.02.97.

Presidência do Senhor Ministro Moreira Alves.  
Presentes à Sessão os Senhores Ministros Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello e Ilmar Galvão.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Frauzino  
Pereira.

RICARDO DIAS DUARTE  
Secretário

01880010  
03490740  
03344000  
00000640