

## *A renúncia à representação é irretratável, pode ser tácita e implica sempre em extinção de punibilidade*

EDUARDO SLERCA (\*)

A representação é manifestação de vontade tendente a fazer atuar o Estado-Administração junto ao Estado-Juiz na persecução criminal pertinente. É condição de procedibilidade da ação penal pública condicionada (*rectius*: da ação penal *de iniciativa* pública condicionada). Sem a representação, não pode o MP deflagrar a instância penal nem mesmo o Delegado instaurar inquérito policial (§ 4º do artigo 5º do CPP).

Como regra, o ofendido, seu representante legal ou os familiares listados no parágrafo único do artigo 24 do CPP têm um prazo de seis meses a partir da data em que se conheça a autoria, nos termos do artigo 38 daquele mesmo diploma - exceção feita à Lei de Imprensa, onde o prazo para representação é de três meses e começa, impreterivelmente, da data do fato (§ 1º do art. 41 da Lei 5.250/67).

Dentro deste prazo, é de se indagar sobre as hipóteses em que o ofendido (ou quem de direito) tiver, num primeiro momento, renunciado à representação e queira, ao depois, ainda no prazo decadencial, retratar-se da renúncia para que se proceda à persecução criminal. É de se indagar, igualmente, se deve prevalecer a representação quando o representante com ela tem conduta incompatível.

Trata-se, pois, de saber se a renúncia à representação é ou não retratável, bem assim de cogitar da possibilidade de sua versão tácita.

O Estado, sensível às repercussões do *strepitus fori* e a um maior relevo do ofendido, mitigou o princípio da obrigatoriedade que vigora na ação penal de iniciativa pública incondicionada e estabeleceu, em determinadas infrações penais, uma condição específica da ação penal, positivando então o princípio da oportunidade.

Sempre que 'somente se proceder mediante representação', a lei atenta para o juízo de conveniência - não do meliante - mas sim do próprio ofendido. Cumpre porém delimitar o poder e o alcance deste juízo de conveniência do particular, mais especificamente, no que toca à possibilidade (ou não) de retratação da renúncia à representação, bem assim da renúncia tácita à representação.

A doutrina e a jurisprudência consultadas não se posicionam quanto ao problema. Sem embargo, após a análise do tema, chegamos à conclusão da irretratabilidade da renúncia e da possibilidade da renúncia tácita, pelos motivos que expomos a seguir.

A renúncia ao direito de representação é um ato jurídico que, como qualquer outro, acarreta conseqüências - *in casu*, conseqüência extintiva do direito de representação. Não há porquê negar-se-lhe validade como ato jurídico que é.

Trata-se a toda evidência, de um direito disponível pela sua própria natureza. Aliás, justamente porque disponível o direito de representação, mitigado ficou o princípio da obrigatoriedade, abrindo-se espaço para o princípio da oportunidade (ou discricionariedade, como querem alguns) quando a ação for de iniciativa pública incondicionada.

Note-se bem que, malgrado disponível e discricionário o direito à representação, indisponível é ação penal respectiva, vez que de iniciativa pública e não privada. Vale dizer, uma vez aberta a porta da persecução penal como a representação, o MP tem o poder-dever de propor a ação respectiva, quando pertinente (pode ter havido representação e o MP requerer o arquivamento por motivo vário).

A renúncia, pois, quando ato jurídico existente, válido e eficaz, deve ser respeitada e projetar os efeitos que lhe são próprios.

Obviamente, tenha havido qualquer vício de vontade, *v.g.*, o ato de renúncia será anulável, como de resto qualquer ato jurídico.

A lei somente traz exceção à retratação da representação, jamais à retratação da renúncia à representação.

A retratação da representação legitima-se por evitar a via extrema do direito penal, servindo de estímulo à pacificação e ao desenvolvimento das relações humanas. Já a retratação da renúncia, além de não encontrar amparo na lei, contraria o sistema jurídico. Sim, porque se houve renúncia foi em função de uma situação consolidada e de uma avaliação conformada dos fatos. Não tem cabida, pois, reservar ao ofendido a possibilidade de, no futuro, em razão de outra conjuntura qualquer, utilizar-se da representação antes renunciada.

A retratação de uma declaração de vontade é, pois, algo excepcional - e sendo excepcional, demanda expressa previsão legal. Não fosse excepcional a retratação, inúteis seriam as palavras do artigo 25 do CPP, ao permitir a retratação da representação até o oferecimento da denúncia - e a lei não contém palavras inúteis.

Despiciendo seria dizer que, admitindo-se a retratação como regra, o artigo 25 apenas lhe fixaria um limite temporal. Sendo a ação de iniciativa pública (malgrado condicionada), uma vez deflagrada a instância penal, a vontade do particular não mais importa, ressurgindo em sua inteireza o princípio da indisponibilidade. Assim, inútil seria o artigo 25 se tivesse por fim explicitar esse limite temporal para a retratação da renúncia, o que já deflui do regramento da ação penal de iniciativa pública condicionada. A importância do mencionado dispositivo, portanto, vem justamente da exceção aberta à retratabilidade da representação - e somente dela.

Ou seja: a retratação da representação somente é possível graças ao artigo 25 do CPP.

Inexistindo previsão legal para a retratação da renúncia à representação, deve-

se-a tomar por vedada. Aliás, bem andou a lei prevendo excepcionalmente apenas a retratação da representação, silenciando quanto à retratação da renúncia; esta contraria o equilíbrio social, enquanto aquela estimula o retorno ao equilíbrio social sem interferência estatal.

Os autores em geral, quando cuidam da retratação da representação, avisam: impossível será a retratação da retratação, ainda que dentro do prazo decadencial [Não passa despercebida a minoritária colocação de **Mirabete** (*Processo Penal*, 3ª edição, Atlas, 1994, SP, p. 114), que em duas linhas conclui pela retratabilidade da retratação, aludindo a dois acórdãos neste sentido].

Na hipótese sob estudo, a renúncia à representação equivale à retratação da representação já oferecida. Assim, pelo mesmo fundamento por que é impossível retratar-se desta, há de ser impossível retratar-se daquela.

O mestre **Tourinho**, ao insurgir-se contra a retratação da retratação, invoca sua equiparação à renúncia, sem contudo desenvolver esta. De toda forma, mui significativa é a passagem que se extrai de seu clássico *Processo Penal*:

“A retratação, na hipótese, assemelha-se a tudo e por tudo, à renúncia, e, assim, devem os autos ser arquivados...” (vol. I, 14ª edição, Saraiva, 1993, SP, p. 203).

Com efeito, a máquina estatal não pode parar em função da possibilidade de variação de ânimo do ofendido. Presente a renúncia, mister o arquivamento, ainda que o prazo decadencial esteja em seu início.

Sabe a absurdo deixar os autos aguardando em cartório uma eventual retratação de renúncia ao direito de representar. A oportunidade legal de representação foi concedida e a faculdade respectiva exercida, ainda que em sentido negativo.

Não estivesse certo o ofendido sobre a conveniência da representação ou de sua renúncia, deveria silenciar e manifestar-se apenas mais à frente do prazo que a lei lhe confere, ou simplesmente deixá-lo escoar *in albis*. Ainda que precipitada ou impensada, a renúncia do direito de representação, como ato jurídico que é, surte efeitos. O particular pode não praticar o ato ‘renúncia’, mas, uma vez o tendo praticado, não pode afastar seus efeitos.

Neste passo, lembre-se que o parágrafo único do artigo 43 do CPP nada diz com o tema, cuidando aliás da hipótese precisamente inversa, i.e., quando o MP, sem estar satisfeita a condição de procebilidade, oferece denúncia que vem a ser (corretamente) rejeitada.

Tal dispositivo, que pressupõe a ausência de manifestação da vontade autorizadora da *persecutio criminis in iudicio*, não pode ser invocado para regular a situação em que há manifestação de vontade contrária a qualquer atividade ulterior de persecução.

Ademais, o parágrafo único do artigo 43 cuida da *rejeição de denúncia*, seguindo a solução também constante do CPC quanto à extinção do processo sem julgamento do mérito.

Se o MP, porém, promoveu o arquivamento de um inquérito ou um termo circunstanciado por dele constar renúncia ao 'direito de representação, e o ofendido quisesse ao depois retratar-se, representando ainda dentro do prazo legal, o caso seria de desarquivamento puro e simples, que regula-se pelo artigo 18 do CPP. E retratação não é prova nova.

Nem se imagine que, preenchida a condição, nos termos do parágrafo único do artigo 43, possível seria o desarquivamento, o que contraria a letra e o espírito da lei.

O arquivamento "por falta de base à denúncia" abrange todas as hipóteses, salvante a do arquivamento resultante de rejeição de denúncia nos específicos termos do parágrafo único do artigo 43.

Logo, a renúncia ao direito de representação, que acarreta falta de base para a denúncia, regula-se pelo artigo 18 e a retratação de tal renúncia - se possível fosse - não se inseriria na exceção legal que permite o desarquivamento, que é a de prova nova conforme delineamento da parte daquele dispositivo.

Como o parágrafo único do artigo 43 é claro ao cuidar do desarquivamento dos autos mandados a arquivo por rejeição de denúncia, impossível a aplicação analógica aos casos em que os autos são mandados a arquivo não por aquele motivo, mas sim por requerimento ministerial neste sentido.

A analogia, como método de integração do direito, só tem cabida diante da lacuna, da situação não regulada. E a situação a que nos referimos tem regulação no artigo 18, não havendo portanto lacuna a ser suprida.

Não passa despercebido, outrossim, que a aplicação analógica aventada dar-se-ia *in malam partem*, haja vista o profundo e seriíssimo reflexo na punibilidade que fora extinta com o arquivamento apoiado na renúncia ao direito de representação.

Pertinente aqui é uma analogia (aí sim) com o instituto da preclusão, embora saibamos ser este um fenômeno processual - e a representação, bem como a sua renúncia são fenômenos pré-processuais.

A doutrina aponta três espécies de preclusão: a temporal, a consuntiva ou consumativa e a lógica. Assim o esgotamento de uma oportunidade legal se pode dar pelo decurso do tempo sem o seu aproveitamento (preclusão temporal), pelo seu aproveitamento seja de que modo for, a qualquer tempo do prazo (preclusão consuntiva) ou pela prática de atos que sejam incompatíveis com o ato que posteriormente se quer praticar (preclusão lógica).

A renúncia ao direito de representação ocupa duas espécies de preclusão. Ocupa a consuntiva na medida que foi desta forma, renunciando ao direito, que o particular manifestou-se, usando a faculdade legal. Ocupa também a preclusão lógica na medida em que a renúncia ao direito de representação é inconciliável com posterior representação.

Nesta visão preclusiva lógica, encontra guarida a renúncia tácita ao direito de representar pela prática de atos incompatíveis com a representação, genericamente

falando, conforme explicitaremos mais adiante.

A renúncia, insista-se, é um ato jurídico e, quando imaculado de vício de existência, validade ou eficácia, segundo as normas gerais de direito civil, produz conseqüências inafastáveis. Firmando-se como regular manifestação de vontade, sua primeira conseqüência será de impedir futura representação pelo fato objeto da renúncia.

Igualmente pertinente é a analogia com a ação penal de iniciativa privada, onde a renúncia ao direito de queixa pode ser expressa ou tácita - e todos a sabem irretratável. Ora, por que seria então retratável a renúncia ao direito de representação? Ou, por outra, por que seria necessária expressa renúncia, não se admitindo renúncia tácita à representação?

Não importa neste momento a publicidade de iniciativa da ação penal quando em jogo a representação. Está-se a analisar a manifestação de vontade consistente em querer ou não a persecução - e para ambas, iniciativas privada e pública condicionada, vigora o princípio da discricionariedade neste particular.

É por acaso de se aceitar a representação daquele que se diz ameaçado pelo vizinho, quando é notório que este tem sido e continua sendo comensal à mesa daquele, que o convida pelo só prazer da companhia?

O ofendido não pode dar mostrar de amizade intensa e plena, com absoluta ausência de rancor de um lado, demandando a persecução criminal de outro.

Enfim, é a própria Lei 9.099/95 que traz grave reforço à exposição que ora desenvolvemos.

De um lado, esta lei esclarece que a composição dos danos civis implica em renúncia ao direito de representar. Em bom português, está-se trocando tal direito por pecúnia, no mais das vezes. E isto somente é possível porque disponível é o direito de representação, podendo o ofendido aliás fazer dele o que bem entender, inclusive renunciar mesmo sem indenização.

De outro lado, a lei é clara em distinguir o silêncio do ofendido da renúncia à representação: nas infrações de menor potencial ofensivo em que caiba representação, pode o ofendido se resguardar para manifestação em audiência preliminar ou até depois, desde que dentro do prazo. Assim, a lei evita que o ofendido tome apressadamente uma decisão irreversível, qual seja, a de renunciar ao direito de representação.

Julgasse a lei retratável a renúncia, despiciendo seria este cuidado todo em não impor uma manifestação de vontade quando da lavratura do termo circunstanciado ou sequer quando da audiência preliminar.

Neste passo, cumpre registrar que a Lei 9.099/95 excepciona o CPP no que toca ao início da fase pré-processual em crimes de iniciativa pública condicionada. Sim, porque o inquérito policial, em casos que tais, somente se pode iniciar em havendo já representação - o que não ocorre com o termo circunstanciado, que será lavrado e

enviado a juízo mesmo no silêncio do ofendido. Também neste silêncio deverá ser designada audiência preliminar.

Somente para oferecimento da denúncia será necessária a representação, conclusão indisputável uma vez que a própria lei é expressa em conferir oportunidade ao ofendido para representar em audiência preliminar ou mesmo depois, dentro do prazo normal de decadência, para os crimes cometidos após a vigência da lei (artigo 75 e seu parágrafo único da Lei 9.099/95).

Se a representação fosse pressuposto da lavratura do termo circunstanciado ou da audiência preliminar, a lei não preveria a possibilidade de seu oferecimento posteriormente à tentativa de composição civil. Vale dizer, até esta etapa da audiência preliminar (tentativa de composição civil), o procedimento seguirá por impulso oficial, com ou sem representação.

Obviamente, diversa é a situação se o ofendido, em vez de silenciar, expressa-se contrariamente à representação. Aí deverá haver arquivamento, pois não se admite a atividade estatal contra a vontade explícita do particular em se tratando de iniciativa pública condicionada.

Exemplo disto podemos ter quando o motorista envolve-se em acidente de trânsito e lesiona sua namorada, que vinha no banco do carona. Esta, prontamente, comparece em delegacia e assevera, da maneira mais absoluta, que não quer representar, não quer intromissão estatal, não quer coisa alguma. Verdadeiro constrangimento ilegal seria designar audiência preliminar se do termo circunstanciado constar tal renúncia.

Aproveitando o exemplo, e voltando ao tema central da irretratabilidade da renúncia ao direito de representar, imagine-se que esta namorada assim agiu no dia do acidente. Dois meses depois, tendo sido trocada por outra, resolve ela retratar-se da renúncia para então representar e de alguma maneira vingar-se de seu amor frustrado. É de se admitir a retratação de sua renúncia à representação?

A elucubração não é pura abstração. Muita vez, senão o mais das vezes, a retratação da renúncia dar-se-á por razões estranhas ao fato originário, como descontentamento por uma conduta posterior qualquer.

Certo é que, se o ofendido de ameaça renuncia ao direito de representação por ter recobrado a amizade com quem lhe ameaçou e vem a ser posterior e novamente ameaçado, pertinente é uma representação por esta última ofensa e impertinente é revigorar aquela ofensa a cujo direito de representação se renunciara.

Conseqüência das linhas acima é a natureza de causa extralegal de extinção da punibilidade que ostenta a renúncia ao direito de representar.

Se irretratável, se motivo suficiente para arquivamento nos termos do artigo 18 do CPP, sem possibilidade de desarquivamento, a renúncia ao direito de representação, a exemplo do que ocorre com a renúncia ao direito de queixa ou o perdão nos crimes de ação penal de iniciativa privada extingue a punibilidade dos crimes a que se refere.

Embora discorrendo sobre a retratação da representação, o mestre TOURINHO revela partilhar do entendimento acima ao asseverar que “a retratação da representação não deixa de ser uma causa extintiva do *ius puniendi*, equivalente que é à renúncia” (*opus* citada, p. 324 ).

Por isto mesmo, deve o Promotor agir com cautela ao receber um Inquérito ou um Termo Circunstanciado onde conste renúncia ao direito de representação. À menor suspeita de vício de vontade no ato de renúncia, erro ou coação, p. ex., deve-se notificar o ofendido para ratificar o ato - em Delegacia, diretamente no gabinete do Promotor, em Cartório ou, sendo crime do Juizado Especial, designando-se audiência preliminar.

A cautela evita seja uma declaração de vontade viciada o móvel de uma arquivamento que extingue a punibilidade de um crime.

Resumindo, então temos que:

1. a renúncia ao direito de representar é irretroatável; uma vez expressada ou inferida da prática de atos incompatíveis com a representação, vedada está a persecução criminal;

2. a renúncia ao disponível e discricionário direito de representar, como ato jurídico que é, só deve ser expressada em caso da certeza de não se querer a persecução criminal, já que, uma vez expressada, produz os efeitos que lhe são próprios independentemente da vontade superveniente do renunciante;

3. é de se admitir também a renúncia tácita ao direito de representação, quando houver prática de atos incompatíveis com a vontade de representar ou com a representação já oferecida, desde que neste último caso antes do oferecimento da denúncia;

4. a renúncia ao direito de representar é uma causa extralegal de extinção da punibilidade, sendo o arquivamento com base nela promovido insuscetível de desarquivamento, sendo de se aplicar o artigo 18 ( e não o parágrafo único do artigo 43) do CPP;

5. havendo renúncia regular ao direito de representação deve-se promover o arquivamento incontinenti, nada tendo os autos que aguardar em Cartório o escoamento integral do prazo decadencial.

---

(\*) Eduardo Slerca é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.