

*Lei nº 9.099/95. Aplicação dos
arts. 88 e 91. Exame dos temas*

Tribunal de Alçada Criminal

2ª Câmara

Apelação nº 56.119

Apelante: Edson Alves Lopes

Apelado: Ministério Público

— Lei 9099/95. Estudo das normas contidas nos arts. 88 e 91. Momento da representação. Matéria de direito processual, tornando impertinente a invocação a tal propósito do art. 5º, nº. XL, da Carta Política. Na órbita subconstitucional, o art. 91 da Lei 9099/95 é inaplicável ante a limitação contida no art. 90, que estatui a ultratividade da lei velha. Caso em que a instrução já se iniciara muito antes da vigência da Lei 9099/95, tornando a declaração do ofendido de que não desejava oferecer representação despida de qualquer efeito jurídico. Inocorrência de extinção da punibilidade. No mais, é de ser confirmada a sentença quanto ao mérito, acaso se decida pela não extinção.

PARECER

1. Através da r. sentença de fls. 86/89, foi o apelante condenado como incurso nas sanções do art. 129 do CP à pena de 3 meses de detenção, substituída pelo pagamento de 10 dias-multa no valor unitário mínimo.

Irresignado, manifesta apelação total a fls. 91, com razões a fls. 108/110.

Ao ensejo da baixa dos autos ao Juízo de origem para que se colhesse a resposta, requereu a ilustre Dra. Promotora de Justiça, em face do disposto no art. 91 da Lei 9.099, de 26.09.95, a intimação da vítima para, querendo, oferecer representação (fls. 111 v.).

O ofendido manifestou-se no sentido de não fazê-lo (fls.114), ao que os autos retornaram a este segundo grau.

2. O que está em causa, como questão prévia a ser resolvida, é a aplicação ao caso concreto do art. 88 da Lei nº 9.099/95, que tornou de ação pública condiciona-

da o crime de lesão corporais leves, e do art. 91 do mesmo diploma, que cuidou a tal respeito dos processos em curso.

O tema há de ser analisado a partir da Lei Fundamental.

O art. 5º, XL, da Carta da República estabelece que

“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Percebe-se claramente que a redação do dispositivo autoriza duas interpretações. A primeira pode traduzir-se do seguinte modo: a lei penal, como regra, não retroagirá, mas haverá retroação quando beneficiar o réu. A segunda exegese possível explicita-se assim: a lei penal não retroagirá, a menos que, sendo para beneficiar o réu, a lei ordinária disponha nesse sentido. Segundo a primeira interpretação, a retroação em benefício do réu ocorre sempre; de acordo com a segunda, a retroação benéfica está condicionada a que a estabeleça disposição infraconstitucional.

O critério interpretativo que deve preponderar, a nosso aviso, é o do contexto significativo da lei (cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., pp. 390/395). Cuidando-se de disposição que se insere na solene proclamação de direitos e garantias individuais, afigura-se-nos indubioso haver-se consagrado regra de solução de conflito de leis penais no tempo pela qual ocorrerá sempre retroação em favor do réu de disposição que lhe seja mais benéfica.

Dado que a previsão constitucional influi na questão sob apreciação, há de se investigar seu exato alcance.

Segundo entendimento de uma corrente, as previsões dos arts. 72, 74, p. único, 76, 88 e 89 seriam de natureza mista, ou seja, penais e processuais penais, mas com preponderância do caráter de direito material. A retroatividade das mesmas de modo a alcançar fatos pretéritos decorreria, por força da previsão do art. 5º, XL, da Lei fundamental, de ser a lei nova mais benevolente. Resultaria daí sua aplicação no primeiro grau de jurisdição, qualquer que fosse a fase em que se encontrasse o processo, e mesmo no segundo grau, nos feitos pendentes do julgamento dos recursos, para o que haveriam de ser restituídos à instância de origem. A aplicabilidade não ocorreria, contudo, com pertinência às causas já definitivamente julgadas, em que se houvesse formado a coisa julgada penal. É que, a tal propósito, ter-se-ia de considerar o caráter também processual das disposições em questão, do que emergiria um limite natural à aplicabilidade, impediendo a incidência da lei nova a causas definitivamente decididas.

Sem embargo do elevado nível científico com que deduzida a tese, lamentamos dela discordar.

Como se pôde observar, assentou-se a retroatividade das disposições no critério da preponderância do caráter de direito material das mesmas.

No entanto, o art. 88, incluído entre aqueles que revelariam tal substância,

cogita de hipótese de decadência, sendo certo que dela e da perempção disse Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, 1986, p. 104), com toda sua autoridade, terem

“caráter penal e processual penal, embora o aspecto processual seja mais evidente, pois impedem o processo.

Então a preponderância da essência não levaria ao resultado assinalado, pelo menos na extensão pretendida, pois o raciocínio não se mostraria próprio com relação à disposição do art. 88, que é justamente aquela de que nos estamos ocupando.

Ainda assim se poderia sustentar que as disposições de natureza mista, mesmo que o caráter penal seja menos intenso, estão sujeitas à regra do art. 5º, XL, da Carta Política.

Em face de um tal argumento deve-se indagar a que resultado o acolhimento da tese nos levaria.

A solução proposta revela-se particularmente engenhosa quando se trata de resolver as questões exurgentes dos processos em curso. Ela, contudo, não resiste à análise - e rogamos todas as vênias ao emitir essa afirmativa - uma vez que se haja de aplicá-la às causas em que se formou a coisa julgada. Deveras, a retroatividade da lei *penal* mais benéfica não respeita a *res judicata*. Ter-se-ia de aceitar então que os processos findos em que fossem em tese aplicáveis tais disposições haveriam de ser reabertos. Ora, essa consequência, repelida pela integralidade dos defensores da concepção em análise, é particularmente reveladora de sua insubsistência, pois se percebe aí o absurdo do resultado atingido.

É certo que se afirma que as disposições em tela, de caráter misto, sendo igualmente processuais penais, encontram um limite natural à sua aplicabilidade, que é o de não se ter formado a coisa julgada. O argumento, todavia, não se mostra eficiente. Com efeito, se são penais para fazer incidir a norma do art. 5º, XL, da Constituição da República, por que não o seriam para que os efeitos da sentença trânsita em julgado cedessem diante delas, como previsões mais benéficas? Essa é a pergunta que gostaríamos de ver respondida pelos apóstolos da tese ora em comento.

Uma vez inacolhida a opinião de que nos ocupamos, é momento de apresentar, em seu lugar, outra proposta.

Traga-se, ainda uma vez, o magistério de Heleno Fragoso (*ob. cit.*, pp. 104/105):

“No que tange à *representação*: será indispensável se a ação penal ainda não se iniciou. Após o início da ação penal, será irrelevante a lei nova que a subordina à representação. É a solução que deveria ser dada para os casos de processos referentes a lesões corporais leves ou culposas, que o CP de 1969 fazia depender de representação.”

Como se observa, o eminente e saudoso penalista não pretendeu, precisamente na hipótese de que se cogita, dar aplicação à lei nova mais favorável, se a ação penal já houvesse sido instaurada. Está patente, pois, que não inseria a matéria no âmbito do Direito Penal, pois se o fizesse não poderia deixar de reconhecer a extra-atividade da *lex mitior*.

A lição parece-nos rigorosamente exata. Enquanto a prescrição extingue a punibilidade *diretamente*, a decadência, obstando a instauração do processo, o faz *indiretamente, reflexamente*. A natureza da representação é de condição de procedibilidade; sua disciplina figura no CPP. Particularmente a questão do momento, da oportunidade em que há de ser exercida tem natureza processual. Mesmo quem teimasse em ver a representação como albergada, em linhas gerais, pelo direito material, não poderia negar que o aspecto da ocasião de seu exercício se situaria na seara do processo penal. Ora, o art. 91 da Lei nº 9099/95 estabelece que, nos casos em que a representação passou a ser exigida para a propositura da ação penal, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de 30 dias sob pena de decadência. Está-se a ver, pois, que, cuidado-se de processos em curso, a decadência não impede a instauração do processo, mas obsta seu prosseguimento ou, talvez com mais exatidão, provoca a extinção do processo. Cogita-se no dispositivo em causa do *momento* em que a representação deve ser oferecida, matéria que, como se notou, se insere no âmbito do direito processual, nada tendo a ver com o direito material. Segue-se que a previsão constitucional do art. 5º, XL, se mostra absolutamente ininvocável com relação à questão. O desate que se lhe há de dar desloca-se, assim, para o plano subconstitucional.

O art. 90 da Lei nº 9099/95 reza que as disposições do diploma em tela não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada. Suponhamos, para perfeita compreensão do tema, não existisse, na Lei nº 9099/95, a disposição em causa. A previsão do art. 91 teria de ser aplicada a todos os processos ou, pelo menos, àqueles em que a sentença não houvesse sido prolatada. O art. 90, contudo, estabelece um *limite* ao disposto no art. 91. Gize-se, em parênteses, ser inteiramente desacertada a afirmativa de que o art. 90 é inconstitucional. No máximo, seriam inconstitucionais (se a questão não se resolvesse no âmbito da interpretação) as *aplicações* que se fizessem às normas penais. As aplicações às normas processuais, no entanto, são rigorosamente constitucionais! Ora, se o art. 91 disciplina, como se viu, matéria de processo, a aplicação, a ele, do art. 90 não revela qualquer dissonância com a Lei Fundamental. Retomando o raciocínio interrompido, frisamos que do art. 90 emerge um limite ao previsto no art. 91. Dessarte, se a instrução do processo, no momento do início da vigência da Lei nº 9099/95, não estiver iniciada, o art. 91 tem plena aplicação. Mas se, ao reverso, a instrução já tiver começado, a lei velha, ultrativa, é que há de ser aplicada. Assinale-se que a hipótese do art. 91 não constitui exceção à do art. 90, uma vez que, como comezinho em técnica legislativa, se o fosse, teria sido formulada como parágrafo do último. O art. 91, desse modo, como

disposição de caráter processual, aplica-se imediatamente, desde que não verificada a limitação do art. 90, do qual exsurge a ultratividade da lei velha, em face da qual não cabe cogitar de oferecimento de representação nos casos dos crimes mencionados no art. 88.

Em síntese, a matéria em exame, pertinente ao *momento* em que a representação deve ser oferecida, se situa ao abrigo do direito processual, do que resulta ser impertinente a invocação a tal propósito do art. 5º, XL, da Carta Política. Na órbita subconstitucional, nível em que a questão se põe, o art. 91 da Lei nº 9099/95 é inaplicável ante a limitação contida no art. 90, que estatui a ultratividade da lei velha.

No caso dos autos, já que a instrução se iniciou muito antes de haver começado a vigorar a Lei nº 9099/95, a declaração do ofendido de que não desejava oferecer representação apresenta-se como despida de qualquer efeito.

Pelos fundamentos ora deduzidos, somos por que, acaso apreciada a questão da extinção da punibilidade, seja ela decidida no sentido da não-extinção.

3. No mérito, cuida-se de lesões corporais dolosas produzidas em seqüência a um incidente de trânsito.

A materialidade está provada pelo auto de exame de corpo de delito de fls. 22.

O apelante negou a autoria em juízo; na delegacia se mantivera em silêncio. Não se pode, contudo, razoavelmente duvidar de ser ele o agressor ante o depoimento de fls. 41/42, provindo de ilustre advogada e que trafegava em veículo distinto daqueles conduzidos pelo recorrente e pelo ofendido, embora outros testemunhos acenassem com possibilidades diversas, ante o conflito generalizado que se estabeleceu, e a vítima, em juízo, haja declarado não saber quem a atingiu.

Exata a condenação nos termos postos.

4. A pena foi imposta no mínimo e substituída por sanção pecuniária, dosada também na gradação inferior.

5. Isso posto, opina esta Procuradoria de Justiça por que, preliminarmente, acaso apreciada a questão de extinção da punibilidade, se decida pela não-extinção e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1996.

Ronaldo de Medeiros e Albuquerque
Procurador de Justiça.