



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

CARLOS EDUARDO RIBEIRO DE MOURA

**NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO PARA
INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL E LAVRATURA DE
TERMO CIRCUNSTANCIADO**

**SOUSA - PB
2005**

CARLOS EDUARDO RIBEIRO DE MOURA

**NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO PARA
INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL E LAVRATURA DE
TERMO CIRCUNSTANCIADO**

**Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da
Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.**

Orientadora: Prof^a. Esp. Alba Tânia Abrantes Casimiro.

**SOUSA - PB
2005**



M929n Moura, Carlos Eduardo Ribeiro de.
Necessidade de representação do ofendido para instauração de inquérito policial e lavratura de termo circunstanciado. / Carlos Eduardo Ribeiro de Moura. - Sousa - PB: [s.n], 2005.

46 f.

Orientadora: Profª. Esp. Alba Tania Abrantes Casimiro.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Inquérito policial. 2. Termo circunstanciado. 3. Ação pública condicionada. 4. Representação do ofendido. 5. Polícia judiciária. 6. Persecução penal. I. Casimiro, Alba Tania Abrantes. II. Título.

CDU: 343.123.12(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

CARLOS EDUARDO RIBEIRO DE MOURA

NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO PARA
INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL E LAVRATURA DE TERMO
CIRCUNSTANCIADO

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Alba Tânia Abrantes Casimiro (orientadora)

Prof^ª. Msc. Maria Marques Moreira Vieira

Prof^ª. Monízia Pereira Nóbrega

Aos profissionais da 1ª e 2ª Delegacias Distritais e da Delegacia Especializada da Mulher, de Sousa – PB, indistintamente, onde tenho adquirido conhecimentos práticos e experiência de vida que jamais esquecerei e espero sempre poder compartilhar com ditos profissionais.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, aos meus pais, Socorro e Emídio, pela vida que me deram e carinho que me dão, e ao meu irmão, Edcarlos.

À “Branca”, minha tia-professora, com quem, literalmente, dei os primeiros passos em direção a uma escola, quando morava na Zona Rural de São José da Lagoa Tapada – PB.

A todos os meus parentes e amigos, sem exceção.

A todos os servidores, sem exceção, da Escola Estadual de Ensino Fundamental Genésio Araújo e da Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio Antonio Gregório de Lacerda, ambas no município de São José da Lagoa Tapada – PB, onde cursei, respectivamente, o ensino fundamental e médio.

Ao serviço de assistência estudantil da UFCG, Campus de Sousa, sem o qual seria difícil ter chegado ao final desse curso.

Às funcionárias da Biblioteca Setorial de Sousa, que lhe emprestaram o saber durante seis anos.

A todos os meus colegas de Faculdade, especialmente aos meus amigos da Residência Universitária Masculina, “ao lado de João Pequeno”, com os quais compartilhei bons e maus momentos.

À Eliane, que sempre esteve ao meu lado e tem acompanhado meu esforço durante todo o curso.

À professora Alba Tânia Abrantes Casimiro, pela orientação e compreensão dispensadas.

RESUMO

A investigação criminal, como fase pré-processual da persecução penal e de atribuição da Polícia Judiciária, materializa-se por meio do inquérito policial e do termo circunstanciado. Esses dois procedimentos possuem normas e formas próprias, daí porque se criou uma divergência doutrinária quanto à instauração do respectivo procedimento, nos crimes de ação penal pública condicionada à representação do ofendido. Dessa forma, o objetivo consistiu em demonstrar a necessidade de representação do ofendido para a instauração de inquérito policial e lavratura do termo circunstanciado. Para tanto, procedeu-se a uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método de interpretação sistemática das leis. Com a pesquisa, obtiveram-se os seguintes resultados: para se instaurar inquérito ou lavrar termo circunstanciado, nos crimes de ação pública condicionada, deve haver representação do ofendido; instaurando-se inquérito ou lavrando-se o termo sem essa representação, haverá constrangimento ilegal, autorizando mandado de segurança, para a vítima, e *habeas corpus*, para o autor do fato; o prazo para a representação é de seis meses, contado do conhecimento da autoria; a representação é um direito subjetivo público, devendo ser respeitado pela autoridade policial; havendo representação na Delegacia, não há óbice à composição civil dos danos, no Juizado Especial, dada a possibilidade de renúncia do ofendido. Conclui-se, assim, que não se pode instaurar o respectivo procedimento policial sem a representação do ofendido.

Palavras-chave: Inquérito policial e termo circunstanciado. Ação pública condicionada. Instauração. Necessidade de representação do ofendido.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 – O ESTADO E A PERSECUÇÃO PENAL	10
1.1 Polícia judiciária	13
1.1.1 investigação criminal.....	13
1.1.2 inquérito policial	15
1.1.3 termo circunstanciado.....	16
1.2 Notícia da infração penal.....	17
1.2.1 classificação.....	18
1.2.2 exame preliminar	19
1.3 Ação penal	20
1.3.1 classificação.....	21
1.3.2 condições.....	23
CAPÍTULO 2 – REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO OU DO SEU REPRESENTANTE LEGAL	25
2.1 Conceito, fundamento e natureza jurídica da representação.....	25
2.2 Forma, legitimidade e destinatário da representação.....	27
2.3 Notícia da infração penal e representação.....	28
2.4 Prazo para o oferecimento da representação	29
2.5 Retratação e renúncia da representação	32
CAPÍTULO 3 – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO NA DELEGACIA	35
3.1 Não-instauração de inquérito policial.....	35
3.2 Não-lavratura do termo circunstanciado.....	37
3.3 Aspectos positivos e negativos da não-instauração do procedimento policial, por falta de representação do ofendido.....	41
3.4 Efeitos da instauração de procedimento policial sem a representação do ofendido.....	42
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	46

INTRODUÇÃO

Neste trabalho será discutida a necessidade de representação do ofendido, nos crimes de ação pública condicionada, para a instauração de inquérito policial e lavratura do termo circunstanciado, procedimento esse previsto para os crimes de menor potencial ofensivo.

A problemática consiste em saber se a autoridade policial poderá instaurar inquérito ou lavrar termo circunstanciado nos crimes de ação pública condicionada, independentemente da representação do ofendido.

Tal questão é por demais importante, tanto no campo prático, quanto no aspecto teórico. Neste, tem-se discutido se a representação do ofendido, no caso de termo circunstanciado, tem ou não o mesmo regramento normativo previsto para o inquérito policial.

No aspecto prático, o trabalho abre a discussão sobre a celeridade e economia processuais, no caso de não-instauração do respectivo procedimento policial, por falta de representação do ofendido.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é demonstrar a necessidade de representação do ofendido ou do seu representante legal para a instauração de inquérito policial e lavratura do termo circunstanciado quando se tratar de crime de ação penal pública condicionada.

Por sua vez, constituem objetivos específicos identificar a natureza jurídica e o fundamento legal da representação do ofendido; comentar os aspectos positivos e negativos da não-instauração do procedimento policial, por falta de representação do ofendido; discorrer sobre os efeitos da instauração do procedimento policial, quando não houver a representação do ofendido.

Para tanto, utilizou-se inicialmente da pesquisa bibliográfica, com consultas a obras doutrinárias e jurisprudências, além de consulta a artigos jurídicos disponíveis na rede mundial de computadores – a *internet*. No material coletado, aplicou-se os métodos analítico-sintético, comparativo e exegético-jurídico visando entender a *ratione legis* da representação do ofendido.

O trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, tem-se uma breve revisão da literatura jurídica, no tocante aos conceitos empregados nos

capítulos seguintes do texto. Neste capítulo, serão abordados breves aspectos sobre a persecução penal estatal, os órgãos responsáveis por tal atividade (Polícia Judiciária e Ministério Público), bem como os instrumentos e procedimentos inerentes a tais órgãos (inquérito, termo circunstanciado e ação penal).

No capítulo segundo, aborda-se o instituto processual da representação do ofendido, com enfoque para o seu conceito, fundamento e natureza jurídica, forma, legitimidade e destinatário. É traçado ainda um paralelo entre a notícia da infração penal e a representação, mostrando seus pontos distintivos. Nesse capítulo, é também abordado o prazo para a representação, e alguns aspectos sobre renúncia e retratação da representação.

No último capítulo, abre-se a discussão sobre as particularidades da ausência de representação do ofendido, na Delegacia, hipótese em que se analisa a possibilidade de não-instauração do inquérito e de não-lavratura do termo circunstanciado. Há também alguns comentários sobre os aspectos positivos e negativos dessa não-instauração de inquérito e não-lavratura de termo circunstanciado.

Ainda nesse capítulo, enfoca-se os efeitos jurídicos da instauração do procedimento policial, sem a representação do ofendido, e sua repercussão para a autoridade policial, para o ofendido e para o autor do crime.

CAPÍTULO 1 O ESTADO E A PERSECUÇÃO PENAL

A partir do momento em que passou a conviver em sociedade, o homem criou diversas normas e convenções, impondo punição aos transgressores, visando um nível razoável de normalidade para tal convivência.

A noção de criminalidade e crime é, pois, fruto de convenções humanas. Pode-se dizer que o crime e a criminalidade nasceram com o ser humano, com sua organização social.

No entanto, desde os primórdios tem-se buscado uma medida para a conduta humana desviante das regras estabelecidas, com o fim de punir os infratores. Para tanto, definiu-se quais condutas seriam consideradas crimes e como seriam punidos os infratores.

Uma das primeiras formas de represálias que se tem notícia foi a vingança privada, em que as leis e os costumes então vigentes autorizavam a vítima ou seus familiares a punirem o delinqüente na mesma proporção do seu ato. Prevalencia a máxima do “olho por olho, dente por dente”, ainda vigente em pleno Século XXI em muitos Estados não-ocidentais.

O Estado moderno, entretanto, passou por diversas transformações conceituais, chegando-se a organização política contemporânea em que não mais se admite a vingança privada ou a justiça com as próprias mãos.

No Estado moderno predomina a denominada fase “vingança pública” ou justiça pública, em que somente o Estado tem o direito de punir (*ius puniendi*), consistente no direito material ou substantivo, previsto no Código Penal e leis especiais correlatas.

No ordenamento jurídico brasileiro configura crime fazer justiça pelas próprias mãos, embora a pretensão seja legítima. São os tipos penais dos arts. 345 e 346, do Código Penal.

O Estado moderno, detentor soberano do *ius puniendi*, para fazer valer esse direito, avocou para si o *ius perseguendi* ou direito de ação, consistente no direito formal ou adjetivo, previsto no Código de Processo Penal e leis especiais correlatas.

A atuação do Estado na punição dos infratores de suas normas, no entanto, não ocorre de forma arbitrária e indiscriminada, sendo consagrado na Constituição Federal de 1988 os princípios basilares de tal atuação, destacando-se os princípios da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) e do devido processo legal. É o que reza o art. 5º, XXXIX e LIV, da Constituição Federal de 1988.

A simples prática de uma infração penal não autoriza, portanto, a punição. É o processo, pois, o instrumento de que se vale o Estado para saber qual a pena a ser aplicada, a dosimetria da pena e até mesmo a absolvição do acusado, se for o caso.

Para tanto, o Estado vale-se de órgãos (Ministério Público e Polícia Judiciária, como regra), criados com a finalidade de dar impulso á persecução penal.

Ismar Estulano Garcia (2004, p. 4) afirma que a persecução penal divide-se em duas partes: investigação e ação. No seu dizer, a investigação constitui a primeira fase, destinada a colher dados da ocorrência delituosa, sendo exercida pela Polícia Judiciária. A segunda fase, a ação, a cargo do Ministério Público, tem por objetivo pedir ao Estado-juiz a instauração de Processo e a punição do infrator.

Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 126), o Estado é dotado de poderes políticos ou Poderes de Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) e poderes

administrativos (secundários, da administração pública), destacando-se dentre estes o poder de polícia administrativa.

Ainda segundo Meirelles (2002, p.127), "Poder de Polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado".

Mais adiante, distinguindo a polícia administrativa da polícia judiciária e da polícia de manutenção da ordem, afirma que a primeira incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente.

Desse modo, a instituição *polícia* não se confunde com o poder inerente à administração do Estado (poder de polícia). Essa distinção também é abordada pelo constitucionalista José Afonso da Silva (2003, p. 754) ao afirmar que a polícia se distingue em administrativa e de segurança, e que esta compreende a polícia ostensiva e a polícia judiciária. Declinando os traços distintivos entre as duas polícias, José Afonso da Silva (op. cit) assim assevera:

A polícia administrativa tem 'por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais' (liberdade e propriedade). A polícia de segurança que, em sentido estrito, é a polícia ostensiva tem por objetivo a preservação da ordem pública e, pois, 'as medidas preventivas que em sua prudência julga necessárias para evitar o dano ou o perigo para as pessoas'.

Dada a impossibilidade de evitar o crime, surge a necessidade da existência de um sistema que apure os fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes. Para o funcionamento de tal sistema foi criada, então, a polícia judiciária.

1.1 Polícia judiciária

A Polícia Judiciária é o órgão integrante da segurança pública, responsável pela apuração das infrações penais e identificação de sua autoria, fornecendo subsídios ao Ministério Público, dono da ação penal, pleitear a pretensão punitiva do Estado. “Cabe a ela a consecução do primeiro momento da atividade repressiva do Estado” (CAPEZ, 2004: 67).

A Polícia Judiciária tem como objetivo as atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público, em sua função repressiva das condutas criminosas, por via da ação penal pública. (SILVA, 2003: 754-5).

A Polícia Judiciária brasileira subdivide-se em polícia federal e polícia civil, conforme a natureza do objeto jurídico (bem jurídico) protegido pelo direito penal material, bem como pelo ente federativo (União ou Estados) ao qual a polícia esteja vinculada.

Assim, segundo a própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu art. 144, à Polícia Federal caberá exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, ficando às polícias civis com as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, exceto as militares e as de atribuição da Polícia Federal.

1.1.1 Investigação criminal

No dizer de Garcia (2004, p. 6), a Polícia Judiciária é o órgão auxiliar da Justiça. Tem por finalidade investigar as ocorrências delituosas, fornecendo ao Ministério Público os elementos que permitam a propositura da ação penal.

A investigação criminal, portanto, é o objeto de trabalho da Polícia Judiciária. É atividade destinada a preparar a ação penal. Preocupa-se com o esclarecimento do fato delituoso e a descoberta da autoria, visando fornecer ao Ministério Público os dados necessários para formular a denúncia.

Segundo a melhor doutrina, a investigação pode ser classificada quanto aos órgãos que a executam e quanto ao objeto. Quanto aos órgãos, pode a investigação ser administrativa, legislativa e judiciária. A investigação administrativa, por sua vez, subdivide-se em administrativa propriamente dita e policial, conforme seja desenvolvida pela Polícia Judiciária ou outras autoridades administrativas (Garcia, *idibem*).

Quanto ao objeto, a investigação pode ser criminológica e criminalística. Investigação criminalística é a realizada pela Polícia Judiciária, tendo resultado prático, qual seja, a apuração de fato criminoso e identificação de sua autoria. Por sua vez, a investigação criminológica fica a cargo dos estudiosos, tendo resultado teórico, consubstanciando-se na ciência denominada criminologia.

A investigação criminal, portanto, é atribuição da Polícia Judiciária. O resultado da investigação é materializado, em regra, no procedimento policial denominado *inquérito policial*.

Com a aprovação da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099, de 26.09.1995), instituindo para as infrações de menor potencial ofensivo o procedimento denominado *Termo Circunstanciado*, a investigação policial nesse procedimento praticamente inexistente, dada a natureza simplicista do termo circunstanciado.

Isso não quer dizer, entretanto, que não haja necessidade de diligências e investigação nos crimes de menor potencial ofensivo.

1.1.2 Inquérito policial

Paulo Rangel (2005, p. 72-73) define inquérito policial como sendo “um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o espoco de apurar a autoria e materialidade [...] de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.”

Dessa definição, deduz-se que o inquérito policial não se resume a só ato, mas a vários atos (ato inicial – portaria ou auto de prisão em flagrante –, levantamentos periciais, diligências investigatórias etc), visando a identificação da autoria e a materialidade de determinado crime.

De acordo com os ensinamentos da doutrina e jurisprudência, inquérito policial é um procedimento administrativo, cujo objetivo é a apuração de um fato tido como criminoso e a identificação de sua autoria. Tal procedimento é realizado pela Polícia Judiciária.

Trata-se de um procedimento de caráter inquisitório e discricionário, porém não arbitrário, em que não há observância do princípio do contraditório e da ampla defesa, dado que o inquérito policial não se confunde com o processo criminal. Dessa forma, o indiciado é apenas objeto de investigação e não sujeito de direitos. Inquérito policial constitui de peças informativas, pelas quais o Ministério Público se baseia para o oferecimento ou não da denúncia.

Como peça de informação, o inquérito policial é dispensável, se o Ministério Público já tiver elementos suficientes para o oferecimento da denúncia. O Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 27, a faculdade de qualquer pessoa do povo provocar a iniciativa do Ministério Públicos, fornecendo-lhes as informações necessárias para o oferecimento da denúncia.

Mais adiante, no art. 39, §5º, o Código de Processo Penal, dispondo sobre a dispensabilidade do inquérito policial, estatui que o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias.

1.1.3 Termo circunstanciado

Termo Circunstanciado (TC) ou Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) é o meio pelo qual é documentada a prisão ou a notícia de uma infração penal de menor potencial ofensivo, assim definida pela Lei 9.099/95, ampliada pela Lei 10.259/2001, como sendo àquela cuja pena seja de até 02 (dois) anos ou multa. Termo Circunstanciado é, pois, a documentação da ocorrência da infração penal de menor potencial ofensivo.

O Termo Circunstanciado, segundo a Lei dos Juizados Especiais Criminais, deverá ser lavrado pela autoridade policial, tão logo tome conhecimento da infração penal, remetendo-o, juntamente com a vítima e o autor do fato, quando possível, ao Juizado Especial Criminal, para as providências legais.

O Termo Circunstanciado veio substituir o Inquérito Policial, porém tem a mesma natureza deste, pois se trata de documento meramente informativo, constituindo a peça inicial do procedimento sumaríssimo previsto na Lei 9.099/95. Quanto a essa natureza, Mirabete (1998, p. 62) assim se manifesta:

[...] o termo circunstanciado, com os elementos que o acompanhar... constitui a própria *informatio delicti*, ou seja, o instrumento necessário destinado a fornecer os elementos para que o titular da ação penal (o Ministério Público na ação penal pública e o ofendido na ação penal privada) possa exercer o seu direito.

Conforme Ismar Estulano Garcia (2004, p. 252), no TC deverá existir campo para os registros da notícia da infração penal, qualificação da vítima e do autor do fato, histórico ou descrição do fato, rol de testemunhas com qualificação, exames requisitados, informações complementares (como relação de documentos que seguem anexa ao TC), compromisso de comparecimento ao Juizado Especial Criminal, pelo autor do fato, assinaturas do noticiante e do escrivão que lavrou o termo, além do despacho de remessa da autoridade policial.

Como se vê, o termo circunstanciado é bastante simples, não exigindo o mesmo formalismo do inquérito policial, sendo a peça inicial do procedimento previsto para os crimes de menor potencial ofensivo. Não se confunde com o denominado "Boletim de Ocorrência" da Polícia Militar, uma vez que este constitui apenas uma forma de *notitia criminis*.

1.2 Notícia da infração penal

Notícia da infração penal, notícia do crime ou *notitia criminis*, como os próprios termos sugerem, constitui qualquer informação que chega ao conhecimento da Polícia, comunicando a ocorrência de infração penal. Com base nesse conhecimento a autoridade policial dá início as investigações.

Ismar Estulano Garcia (2004, p. 30), entretanto, afirma que não há necessidade de que o fato seja tipicamente uma infração, bastando que possua aparências anormais, de maneira a exigir maiores esclarecimentos. Como exemplo, aponta o suicídio que, embora não seja crime, sua comunicação deve ser recebida como notificação da infração penal, realizando-se as diligências necessárias com o fim de esclarecer se realmente ocorreu suicídio e não homicídio, ou se houve induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Ou seja, nem todo fato que chega ao conhecimento da autoridade policial constitui notícia da infração penal, apenas os que tenham aparências anormais.

1.2.1 Classificação

A doutrina aponta diversas classificações da infração penal. Fernando Capez (2004, p. 76) apresenta uma classificação tripartida, distinguindo as seguintes espécies:

- a) *Notitia criminis* de cognição direta ou imediata: também chamada de *notitia criminis* espontânea ou inqualificada, ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento direto do fato infrigente da norma por meio de suas atividades rotineiras, de jornais, da investigação feita pela própria polícia judiciária, por comunicação feita pela polícia preventiva ostensiva, pela descoberta ocasional do corpo do delito, por meio da denúncia anônima etc.
- b) *Notitia criminis* de cognição indireta ou mediata: também chamada de *notitia criminis* provocada ou qualificada, ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento por meio de algum ato jurídico de comunicação formal do delito, como, por exemplo, [...] a representação do ofendido.
- c) *Notitia criminis* de cognição coercitiva: ocorre no caso de prisão em flagrante, em que a notícia do crime se dá com a apresentação do autor (cf. CPP, art. 302 e incisos). É modo de instauração comum a qualquer espécie de infração, seja de ação pública condicionada ou incondicionada, seja de ação penal reservada à iniciativa privada. [...].

Outros doutrinadores apresentam nomenclatura distinta para essa classificação da notícia da infração penal. Ismar Estulano Garcia (2004, p. 32) distingue a *notitia criminis* em postulatória, não-postulatória e coercitiva.

Segundo Garcia (*op. cit.*), será postulatória a notícia da infração penal quando se pedir a instauração de Inquérito Policial, podendo ser por escrito (requerimento, nos crimes de ação pública incondicionada e ação privada; representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, nos crimes de ação

pública condicionada), ou verbal (ocorrência registrada em livro ou boletim, ou representação verbal tomada por termo).

A notícia será não-postulatória quando apenas comunica, sem pedir nenhuma providência, podendo ser tal comunicação tanto por escrito quanto verbal. Por fim, tem-se a notícia coercitiva da infração penal na hipótese de prisão em flagrante delito, em que a Autoridade Policial será obrigada a instaurar o procedimento.

Quanto a essa última espécie, Fernando Capez (*idibem*, p. 77) observa que “Tratando-se de crime de ação pública condicionada, ou de iniciativa privada, o auto de prisão em flagrante somente poderá ser lavrado se forem observados os requisitos dos §§4º e 5º do art. 5º do Código de Processo Penal”, ou seja, quando houver representação ou requerimento do ofendido, respectivamente.

Dessa maneira, poderá haver fusão entre a notícia coercitiva e a não-postulatória, caso em que a autoridade policial deverá observar a manifestação de vontade do ofendido.

1.2.2 Exame preliminar

Exame preliminar da infração penal, conforme Garcia (2004, p. 33), consiste na apreciação da ocorrência, do requerimento, da representação, da requisição etc., para se conhecer as providências cabíveis e necessárias ao caso concreto.

O exame preliminar é um poder regrado conferido à autoridade policial, para análise da tipicidade ou não de um fato, se configura ou não infração penal e, nesse caso, qual o procedimento a ser adotado.

Desse exame, podem resultar várias soluções: deferimento, determinando a instauração de Inquérito; determinação de sindicâncias preliminares; intimação do

noticiante para suprir omissões; indeferimento por atipicidade do fato; indeferimento por falta de interesse para agir (extinção da punibilidade); indeferimento por suspeição, incompetência, ilegitimidade para agir, coisa julgada etc.

No caso de notícia de crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, no exame preliminar deve-se verificar a existência de manifestação da representação, pois sem tal condição de procedibilidade, conforme art. 5º, §4º, do CPP, não será possível a instauração do inquérito policial e, por analogia, a lavratura do termo circunstanciado.

1.3 Ação penal

Após afirmar que a persecução penal, consistente no direito de pedir ao Estado-juiz a punição do infrator de uma norma legal, desdobra-se em duas fases, a saber, a investigação, a cargo da Polícia Judiciária, e a ação, exercida pelo Ministério Público, Ismar Estulano Garcia (2004, p. 20), define a ação penal como o direito de pedir ao Estado-juiz que processe e aplique a pena correspondente à infração descrita na norma penal.

A ação penal, portanto, não se confunde com a pretensão punitiva, pois consiste, segundo orientação da melhor doutrina, num direito de punir, mas, no direito de pedir. Daí porque, são características da ação penal, segundo o magistério de Fernando Capez (2004, p. 100), ser um direito autônomo, abstrato, subjetivo e público. E autônomo, porque não se confunde com o direito material que se pretende tutelar; abstrato, porque independe do resultado final do processo; subjetivo, porque o seu titular, o Ministério Público, pode exigir do Estado-juiz a prestação jurisdicional; e, finalmente, é um direito público, uma vez que a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública.

Romeu de Almeida Salles Júnior (1992, p. 147-148), traz uma definição mais pragmática de ação, afirmando que esta é o meio pelo qual se movimenta a máquina judiciária, pois “é por meio da ação penal que o Estado-Administração leva ao conhecimento do Estado-Juiz a prática do ato violador, movimentando o aparelho necessário para a respectiva apuração e punição”.

Por esse aspecto, tem-se que a ação penal acarreta custos para o Estado. A partir da remessa dos autos de inquérito policial ou do termo circunstanciado ao Poder Judiciário, havendo prova da materialidade de determinado crime e identificação da autoria, preenchidas suas condições gerais e específicas, o Ministério Público proporá a conseqüente ação penal, dando início a uma série de atos solenes que movimentarão toda a estrutura judiciária.

Essa é uma das razões para se entender que, não havendo representação do ofendido, desnecessária e dispendiosa é a instauração de inquérito policial e a lavratura de termo circunstanciado, conforme adiante será demonstrado.

1.3.1 Classificação

Analisando a doutrina, depreende-se que há vários critérios para a classificação da ação penal. Entretanto, a classificação mais trabalhada pela doutrina tem sido a relativa ao sujeito ativo da ação, ou seja, aquele que a promove.

Os doutrinadores dividem a ação penal em duas espécies: a ação pública, consistindo a regra geral, cujo sujeito ativo é Ministério Público, o dono da ação; e a ação privada, exceção à regra, tendo como titular o particular, ao qual o Estado, levando em consideração critérios de política criminal, lhe atribui o direito de pedir a punição, já que o poder-dever de punir continua com o Estado-juiz.

Essa divisão da ação penal, conforme disposição legal e ensinamento doutrinário, comporta subdivisões. Assim, tem-se que a ação penal pública subdivide-se em incondicionada ou plena e condicionada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, nos casos que especifica. A ação privada, por sua vez, pode ser exclusiva e subsidiária da pública.

A ação penal será pública incondicionada quando não estiver vinculada a qualquer condição para ser exercida pelo representante do Ministério Público. Esta é a regra geral, estando prevista nos artigos 100, do CP, e 24, do CPP. Nesse caso, a persecução penal desenvolvida pelo Estado é iniciada por ato da autoridade pública, mesmo sem provocação. Assim, tanto a instauração do respectivo procedimento policial na Delegacia, quanto à propositura da ação penal, por meio da denúncia, pelo Ministério Público, não depende da autorização da vítima.

Na ação pública condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, a iniciativa do Ministério Público depende de manifestação da vontade do ofendido ou de seu representante legal, ou do Ministro da Justiça, para se oferecer a denúncia. Nessa espécie de ação, entende-se que para se instaurar o respectivo procedimento policial (inquérito ou termo circunstanciado), nos crimes de ação pública condicionada, dever haver o instituto da representação ou requisição.

Como se disse acima, a ação privada pode ser de duas espécies. Será exclusiva, quando a lei declarar que a iniciativa caberá ao ofendido ou ao seu representante legal, e subsidiária da pública, quando o órgão do Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal (CF, art. 5º, LIX; CP, art. 100, §3º e CPP, art. 29).

A ação privada materializa-se por meio da queixa ou queixa-crime. Esta, no entanto, não se confunde com a queixa prestada na Delegacia, que tem natureza de

simples notícia da infração penal. Para que o Inquérito Policial seja instaurado, portanto, o ofendido deverá requerer tal instauração e, só após, com base no Inquérito, oferecer queixa, requerendo a instauração do processo criminal. Esse entendimento encontra-se em Garcia (2004, p. 24).

1.3.2 Condições

A doutrina dominante tem dividido as condições da ação penal em duas espécies, a saber, as condições gerais e tradicionais da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação para agir) e condições específicas de procedibilidade. Tais condições representam requisitos para o exercício do direito de ação por seu titular (Ministério Público, nas ações públicas, ou o ofendido, na ação privada).

A possibilidade jurídica do pedido diz respeito à admissibilidade do pedido no direito objetivo. Conforme Garcia (2004, p. 21) “Só estará satisfeita esta condição se a conduta descrita for prevista como ilícito penal, devendo ser rejeitada a denúncia ou queixa ‘quando o fato narrado evidentemente não constituir crime’ (art. 43, I, do CPP)”.

Fernando Capez (2004, p. 103) define bem o interesse de agir ao afirmar que este desdobra-se no trinômio necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido, e adequação à causa, do procedimento e do provimento, de forma a possibilitar a atuação da vontade concreta da lei segundo os parâmetros do devido processo legal.

Segundo tal doutrina, a necessidade é inerente ao processo penal, tendo em vista a impossibilidade de se impor pena sem o devido processo penal. A utilidade traduz-se na eficácia da atividade jurisdicional para satisfazer o interesse do

autor. Por sua vez, a adequação reside no processo penal condenatório e no pedido de aplicação de sanção penal.

A última condição da ação, a legitimação para agir, consiste na legitimidade *ad causam*, ou seja, a legitimidade para ocupar tanto o pólo ativo da relação jurídica processual, quanto o pólo passivo.

Além dessas condições, em matéria de direito processual penal a doutrina tem acrescentado as chamadas condições específicas de procedibilidade, que também condicionam o exercício da ação penal e, conforme entendimento doutrinário, o início da própria persecução penal.

As condições específicas de procedibilidade podem ser resumidas em: a) representação do ofendido e requisição do Ministro da Justiça; b) entrada do agente no território nacional; c) autorização do Legislativo para a instauração de processo contra Presidente e Governadores, por crimes comuns; d) trânsito em julgado da sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento, no crime de induzimento a erro essencial ou ocultamento do impedimento (cf. GRINOVER *et al.*, 2001: 65).

A partir deste ponto, enfocaremos a representação do ofendido ou do seu representante legal para o início da persecução penal, nos crimes de ação penal pública condicionada, especialmente para a instauração do respectivo procedimento policial (inquérito e termo circunstanciado).

CAPÍTULO 2 REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO OU DO SEU REPRESENTANTE LEGAL

Como se viu, a representação do ofendido ou do seu representante legal é uma condição específica de procedibilidade da ação penal, nos crimes de ação pública condicionada. Sem tal condição o Ministério Público não poderá ajuizar a ação penal pública e, se assim proceder, o processo será considerado nulo, nos termos do art. 564, III, do CPP, ensejando ainda pedido de *habeas corpus*, nos termos do art. 648, I, também do CPP.

Tal entendimento está consagrado na doutrina. Porém, no tocante ao início da persecução penal, qual seja a instauração de inquérito policial ou lavratura do termo circunstanciado, divergem as opiniões doutrinárias.

Para uns, no caso de inquérito policial ou ocorrência de termo circunstanciado, em crime de ação penal pública condicionada, sem a representação do ofendido ou do seu representante legal, a autoridade policial não poderá instaurar o procedimento. A maioria, no entanto, tem entendido que, sem a representação, não se pode instaurar inquérito, porém no caso de termo circunstanciado, este deverá ser lavrado pela autoridade policial, independentemente de representação do ofendido.

2.1 Conceito, fundamento e natureza jurídica da representação

Os doutrinadores têm concordado que a representação do ofendido, como condição de procedibilidade para a ação penal pública condicionada, é um pedido-autorização que a vítima formula, na maioria das vezes, perante a autoridade policial, ou perante o Juiz ou ao órgão do Ministério Público. É, portanto, uma

manifestação de vontade do ofendido no sentido de ver instaurada a persecução penal estatal (inquérito policial ou termo circunstanciado e conseqüente ação penal), para a punição do infrator. Segundo Capez (2004, p. 109-110) “É um obstáculo ao legítimo exercício da ação penal, cuja remoção fica ao exclusivo critério do ofendido, ou de que legalmente o represente (...)”

Para Mirabete (2001, p. 96), a representação é uma espécie de *notitia criminis postulatória*, ou seja, um pedido-autorização em que o interessado manifesta o desejo de que seja proposta a ação penal pública e, portanto, como medida preliminar, o inquérito policial. Semelhante entendimento encontra-se em Nucci (2004, p. 81), para quem a representação “trata-se da *delatio criminis* postulatória, em que a vítima comunica um crime e requer providência do Estado para punir o seu responsável”.

Paulo Rangel (2005, p. 281) afirma que “a natureza jurídica da representação é de uma condição específica de procedibilidade, sem a qual o Ministério Público não poderá agir, porém se o fizer, caberá *habeas corpus*, por ausência de justa causa”.

Com maestria, José Antonio Paganella Boschi (1997, p. 128) assim conceitua e traz o fundamento do instituto da representação do ofendido:

“Essa condição de procedibilidade, no sistema do Código, é direito subjetivo público do ofendido de concordar ou não com a instauração do inquérito e do processo. Fundamenta-se na lesividade pessoal e restrita a certos crimes e, ainda, na necessidade de defesa da intimidade e da honra do ofendido, que poderiam sofrer maiores danos em razão das audiências e da natural publicidade do processo.” (com grifos nossos).

O fundamento, portanto, para esse direito subjetivo público outorgado ao ofendido encontra respaldo no que a doutrina tem chamado de *strepitus iudicii*, ou

escândalo provocado pela divulgação do processo criminal. Ainda nas palavras de Boschi (1997, p. 128-9), “a repercussão do fato face ao caráter publicístico da ação e do processo penais, poderá ser mais prejudicial à vítima do crime do que a persecução penal de seu autor”.

2.2 Forma, legitimidade e destinatário da representação

A representação, como manifestação da vontade da vítima, não tem forma solene, sendo unânime o entendimento doutrinário e jurisprudencial moderno de que basta apenas que tal manifestação seja inequívoca e se comprove de alguma modo nos autos.

Assim, é válida tanto a representação escrita quanto a verbal, exigindo a lei (art. 39, §§ 1º e 3º, do CPP), que quando a representação perante o juiz, o delegado de polícia ou o promotor for oferecida oralmente ou não contiver assinatura autenticada do ofendido ou do seu representante legal, será reduzida a termo pelo juiz, com a indispensável presença do Ministério Público, ou pela autoridade policial.

Como direito subjetivo que o é, tem legitimidade para oferecer representação o ofendido, se maior de 18 anos de idade, ou seu representante legal, podendo ser procurador com poderes especiais (art. 39, *caput*, do CPP); no caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por sentença judicial, o direito de representação passará ao cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente ou irmão (art. 24, §1º, do CPP, *c/c* art. 226, §3º, da CF/88); se o ofendido for incapaz (por razões de idade ou de enfermidade mental), o juiz, de ofício a requerimento do Ministério Público, nomeará um curador especial para analisar a conveniência de oferecer a representação.

Ressalta Fernando Capez (2004, p. 114) que no caso de vítima menor, “admite-se que qualquer pessoa que detenha a guarda de fato do ofendido ou de quem ela dependa economicamente” poderá oferecer a representação.

Por fim, o art. 37, do CPP, atribui legitimidade às pessoas jurídicas para o oferecimento de representação, desde que o façam por meio da pessoa indicada no respectivo contrato ou estatuto social, ou, no silêncio destes, pelos seus diretores ou sócios-gerentes.

Quanto ao destinatário, o Código de Processo Penal, em seu art. 39, *caput* e §§, dispõe que a representação poderá ser oferecida ao juiz, ao órgão Ministério Público ou à autoridade policial. Quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para instauração de inquérito. Tal procedimento não terá efeito se a representação, acompanhada dos elementos indispensáveis à ação penal, for oferecida diretamente ao órgão do Ministério Público, caso em que oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

2.3 Notícia da infração penal e representação

Como se viu, a doutrina classifica a *notitia criminis* em três espécies, a saber, postulatória, não-postulatória e coercitiva.

Na primeira espécie, diz-se ser postulatória a notícia crime quando se pedir providências legais (instauração de inquérito ou lavratura do termo circunstanciado). Nesse caso, tem-se que a representação do ofendido se confunde com a notícia crime, devendo a autoridade policial instaurar o procedimento e o Ministério Público oferecer denúncia.

Por sua vez, tratando-se de notícia crime não-postulatória, ou seja, quando apenas se comunica o fato, sem pedir nenhuma providência, antes de se iniciar

qualquer procedimento, deve-se aguardar a representação do ofendido, dado que houve apenas um comunicado e não um pedido de providências.

Quanto à notícia coercitiva da infração penal, entende Ismar Estulano Garcia (2004, p. 32), que esta ocorre apenas na hipótese de prisão em flagrante. Entretanto, em seu tratando de crime de ação penal pública condicionada, mesmo havendo prisão em flagrante, se não houver a representação do ofendido, a *notitia criminis* deve ser entendida como não-postulatória, devendo o conduzido ser posto em liberdade. A autoridade policial, como precaução, só assim deverá proceder se o ofendido manifestar, por escrito ou mediante termo de declarações, a sua vontade de não representar o infrator.

2.4 Prazo para o oferecimento da representação

Conforme dispõe o art. 38, do CPP, o ofendido ou seu representante legal tem o prazo decadencial de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, para oferecer a representação. Essa é a regra geral, dado que o próprio dispositivo legal citado admite a possibilidade de “disposição em contrário”.

Fernando Capez (2004, p. 111), comentando o dispositivo acima citado, afirma que tal prazo decadencial “não se suspende nem se prorroga, e cuja fluência, iniciada a partir do conhecimento da autoria da infração, é causa extintiva da punibilidade do agente (CP, art. 107, IV)”.

Alguns doutrinadores, comentando a Lei dos Juizados Especiais Criminais, afirmam que o termo inicial do prazo o oferecimento de representação deve ser contado a partir da audiência preliminar, na hipótese de não ter havido composição civil dos danos. Esposa tal pensamento, dentre outros, Fernando da Costa Tourinho Neto (2002, p. 564).

Esse entendimento, no entanto, como observa o próprio Tourinho Neto (2002: 565) não tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência. Com efeito, o art. 75, da Lei nº 9.099/95 não estabelece o termo inicial para o oferecimento de representação, apenas dispõe que, não havendo a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Além disso, o art. 92, da referida lei, manda aplicar, subsidiariamente, as disposições dos Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com as disposições dos Juizados.

Tal entendimento foi consagrado no XVII Encontro Nacional de Coordenadores dos Juizados Especiais do Brasil, ocorrido na cidade de Curitiba – PR¹, entre os dias 25 a 29 de maio de 2005, sendo assim resumido no Enunciado 25:

Enunciado 25 - O início do prazo para o exercício da representação do ofendido começa a contar do dia do conhecimento da autoria do fato, observado o disposto no Código de Processo Penal ou legislação específica. Qualquer manifestação da vítima que denote intenção de representar vale como tal para os fins do art. 88 da Lei 9.099/95.

Desta feita, quando o art. 38, do CPP, abre a possibilidade de exceção à regra geral do prazo de seis meses, contado do conhecimento da autoria, não se está incluindo nas disposições em contrário, como entendem alguns doutrinadores, o termo inicial do prazo a partir da audiência preliminar do Juizado Especial Criminal.

Primeiro, por que a Lei 9.099/95 não dispõe expressamente nesse sentido, a exemplo da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), que prescreve que o prazo para a

¹ Informação *on-line*.

representação, nos crimes de ação pública condicionada por ela regulados é de três meses, contado da data do fato, isto é, da data da publicação ou da transmissão da notícia (art. 41, §1º).

A segunda razão para não se considerar o termo inicial a partir da audiência preliminar do Juizado é que, uma vez que a Lei n. 9.099/95 não tem disposição expressa nesse sentido, seu art. 92, manda aplicar subsidiariamente as disposições dos Código Penal e de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com o procedimento traçado por esta lei.

Outra questão importante relativa ao prazo para a representação verifica-se quando o ofendido é menor de idade ou possuidor de doença mental. Nesse caso, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é que o prazo não fluirá para tal pessoa enquanto não cessar a incapacidade, seja decorrente da idade, seja da enfermidade.

Tal posição foi consagrada na Súmula 594, do STF¹, a qual dispõe que “os direitos de queixa e de representação podem ser exercidos, independentemente, pelo ofendido ou por seu representante legal”.

Fernando Capez (2004, p. 112), comentando tal súmula, entende que, no caso de menor de 18 anos, “continuam a existir dois prazos decadenciais: o do representante legal, que se inicia a partir do respectivo conhecimento da autoria, e o do menor, que só começa a correr no dia em que completa 18 anos”.

Portanto, conforme tal entendimento, o termo inicial para o menor, não será a data do conhecimento da autoria, mas o dia em que atingir a maioridade, desde, é claro, se o representante legal não ofereceu a representação antes da maioridade.

¹ Informação *on-line*.

2.5 Retratação e renúncia da representação

Dispõe a lei (art. 25, do CPP, e art. 102, do CP), que a representação é irretratável após o oferecimento da denúncia.

Isso que dizer que, após o oferecimento da denúncia, qualquer manifestação do ofendido no sentido de revogar a representação não gerará qualquer efeito processual. O Ministério Público estará habilitado ao pleno exercício da ação penal condicionada.

Por outro lado, o ofendido poderá, antes de oferecida a denúncia, retratar-se da representação, ou seja, declarar que não deseja mais a persecução penal do autor da infração. A retratação, logicamente, só pode ser feita pela mesma pessoa que representou. Assim, se houve representação do ofendido, seu representante legal não poderá oferecer retratação, e vice-versa.

A jurisprudência tem admitido a denominada retratação da retratação, ou seja, o oferecimento de representação posterior à retratação. Explica-se. O ofendido, ao tomar conhecimento da autoria do crime, oferece representação, pedido providências. Posteriormente, dentro do prazo legal de seis meses, manifesta a vontade no sentido contrário, ou seja, de não representar, retratando-se, assim, da representação. Por uma ou outra razão, no entanto, resolve representar novamente o autor do fato, pedindo sua punição. Tem-se aí a retratação da retratação, que só terá efeito de oferecida dentro de seis meses, contado do conhecimento da autoria.

Fernando Capez (2004, p. 115) considera um equívoco da jurisprudência autorizar a retratação da retratação, ao que chama de “inconveniente procedimento”.

Segundo seu entender,

“No momento em que se opera a retratação, verifica-se a abdicação da vontade de ver instaurado o inquérito policial ou oferecida a denúncia, com a conseqüente extinção da punibilidade do infrator.

Uma vez extinta, esta nunca mais renascerá, pois o Estado já terá perdido definitivamente o direito de punir o autor do fato.”

Esse entendimento, como ressalta o próprio Fernando Capez, não tem prevalecido na jurisprudência e doutrina dominante, que admitem a retratação da retratação da representação, conforme se viu acima.

A doutrina fala em retratação e renúncia da representação, dando a entender que, embora opere efeitos semelhantes, são institutos distintos. Como se viu, a retratação significa, a grosso modo, uma espécie de arrependimento da vítima em ter pedido providências ao Estado, para instauração da persecução penal. Para ter validade, deve ser oferecida no prazo de seis meses, contado do conhecimento da autoria, podendo ser oferecida perante a autoridade policial, Ministério Público ou Juiz.

O instituto da retratação da representação aplica-se aos crimes de ação penal pública condicionada, apurados pelo procedimento comum, que inicia com o inquérito policial e segue os ritos ordinário ou sumário. Assim, a retratação não se confunde com a renúncia da representação, moldada pela Lei n. 9.099/95.

Com efeito, dispõe o parágrafo único do art. 74, dessa lei, que no caso de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de representação. O acordo de que fala a lei é a composição dos danos civis.

Essa possibilidade de renúncia, como bem observa Júlio Fabbrini Mirabete (1998, p. 79), não está contemplada na legislação penal ou processual penal comum, pois “Trata-se de hipótese fundada no princípio de ‘despenalização’ nas infrações penais de menor importância”.

Essa renúncia, segundo entendimento doutrinário consolidado, se dá de forma tácita, operando efeitos quando a composição dos danos civis é homologada pelo juiz. Dessa forma, ao contrário da retratação, não poderá haver renúncia ao direito de representação na Delegacia.

CAPÍTULO 3 AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO NA DELEGACIA

Há divergência doutrinária quando o ofendido ou seu representante legal não oferece representação na Delegacia, quando a autoridade policial, obviamente, for a primeira a tomar conhecimento do fato criminoso.

Segundo alguns doutrinadores, há duas formas de a autoridade policial proceder, conforme se trate de inquérito policial ou de termo circunstanciado. Na primeira hipótese, sem a representação do ofendido, a autoridade policial não poderá instaurar o inquérito. Tratando-se de ocorrência de termo circunstanciado, não havendo representação do ofendido, há o entendimento de que o delegado deve lavrar o termo e encaminhar ao Juizado Especial Criminal, independentemente de manifestação da vítima, no sentido contrário.

Assim, tanto no caso de inquérito policial, quanto na hipótese de termo circunstanciado, a autoridade policial não poderá instaurar o respectivo procedimento sem a representação da vítima, pedindo a adoção de providências legais.

Para Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 81), a conveniência de instauração da ação penal, legitimando o Ministério Público a agir, pertence ao ofendido, sendo natural que também a investigação policial somente possa ter início com a provocação do interessado.

3.1 Não-instauração de inquérito policial

É pacífico o entendimento de que, no caso de crime de ação penal pública condicionada, não havendo representação da vítima ou seu representante legal, a

autoridade policial não poderá instaurar o respectivo inquérito. Esse entendimento de há muito está consagra no próprio Código de Processo Penal (art. 5º, §4º), na doutrina e na jurisprudência, encontrando amparo no chamado *strepitus iudicii*.

Para a doutrina, a instauração ou não do inquérito policial, nos crimes de ação pública condicionada á representação, é um direito subjetivo público do ofendido ou do seu representante legal, a quem cabe deliberar sobre a conveniência da persecução penal, em vista ao seu interesse particular de não se expor durante o processo.

Os doutrinadores são unânimes nesse sentido. Para Fernando Capez (2004, p. 108), “sem a representação da vítima, nem sequer poderá ser instaurado inquérito policial”. Ismar Estulano Garcia (2004, p. 23), coadunando com esse pensamento, afirma que “a representação é para promover a persecução penal (Inquérito e denúncia)”.

No mesmo sentido, José Antonio Paganella Boschi (1997, p. 129), para o qual autoridade não poderá abrir a investigação, nos crimes de ação pública condicionada, sem prévia autorização do ofendido. “Aludida manifestação, embora necessária tanto para instauração da ação penal, quanto do próprio inquérito policial (art. 5º, §4º, CPP), não que obedecer a qualquer regramento formal” (Oliveira, 2004, p. 111-112).

No mesmo sentido, explica Paulo Rangel (2005, p. 281) que “quando a lei (Código Penal, art. 147, parágrafo único) diz *somente se procede mediante representação*, não pode, sem representação, haver instauração de inquérito policial (cf. art. 5º, §4º, do CPP) (...)”. Por analogia, entende-se que também para a lavratura do termo circunstanciado deve haver a representação do ofendido.

Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 81) lembra que “a instauração de um inquérito, especialmente quando há indiciamento, significa um constrangimento ao indivíduo, motivo pelo qual deve ser precedido de representação”.

3.2 Não-lavratura do termo circunstanciado

Tratando-se do procedimento de termo circunstanciado, a maioria dos doutrinadores tem entendido que, mesmo na hipótese de não haver representação do ofendido, a autoridade policial deverá lavrar o termo e encaminhar ao Poder Judiciário, independentemente de manifestação de vontade da vítima.

Os argumentos favoráveis a lavratura do termo circunstanciado, mesmo sem a representação do ofendido ou do seu representante legal, são variados. Porém, conforme se verá, a partir de uma interpretação sistemática do direito processual penal, tais argumentos são facilmente refutados.

O primeiro argumento para a lavratura do termo circunstanciado, mesmo sem a representação do ofendido, é a necessidade de controle da atividade policial pelo Ministério Público e juiz. Para Boschi (1997, p. 130), “O envio do termo circunstanciado e das partes ao Juizado é obrigatório ainda que a vítima manifeste, desde logo, o propósito de não representar, visto que o controle da atividade policial é realizado pelo Ministério Público e pelo Magistrado”.

Tal argumento não pode justificar a desconsideração da vontade da vítima, no sentido de representar e não se encaminhar o termo circunstanciado ao Juizado. Se o ofendido tem o prazo legal de seis meses para representar (art. 38, do CPP), e pode endereçar a representação à autoridade policial, ao juiz e ao promotor (art. 39, do CPP), o controle da atividade policial não será prejudicado. Sendo a representação endereçada ao juiz ou ao promotor, estes, se for o caso, requisitarão

a instauração do procedimento policial, mantendo, assim, o controle da atividade policial.

O segundo argumento colhido na doutrina é o de que, quando da elaboração do termo circunstanciado, não se indaga a natureza da ação. Tal análise somente será feita na audiência preliminar (cf. GARCIA, 2004:262). Segundo ainda esse autor, “A autoridade policial não pode inutilizar nem arquivar o termo. Assim, o mais correto será tomar por termo a retratação, ou renúncia, anexar ao TC e remeter ao Juizado”.

Quanto a tal observação, o que deve ser considerado, nos crimes de ação pública condicionada, é o interesse do ofendido na persecução penal. Se a vítima não oferece representação, certamente quer evitar o *strepitus iudicii*, ou o constrangimento causado pelo processo, e até mesmo a perda de tempo em comparecer nas audiências. Essa vontade deve ser considerada e respeitada pela autoridade policial.

Argumenta-se ainda que a representação oferecida na Delegacia, impediria a composição dos danos. Tourinho Neto (2002, p. 563) afirma que “se feita a representação na Polícia, legitimado já se acharia o Ministério Público para oferecer denúncia.”

Com efeito, a necessidade de representação do ofendido, na Delegacia, é para se instaurar o respectivo procedimento policial (inquérito ou termo circunstanciado) e remeter à Justiça. A representação não obriga o Ministério Público a oferecer denúncia. Conforme Capez (2004, p. 115), o Ministério Público deve analisar se é ou não caso de propor a ação penal, podendo concluir pela sua instauração, pelo arquivamento do procedimento policial ou pela baixa dos autos à Delegacia, para novas diligências.

Dessa forma, a representação não impede a composição dos danos civis, uma vez que a própria Lei dos Juizados Especiais Criminais (art. 74, parágrafo único), estabelece que se houver composição civil, verifica-se a renúncia ao direito de representação. Seguindo esse raciocínio, se houver renúncia na audiência preliminar, significa dizer que houve representação na Delegacia.

Outro argumento que se tem usado para justificar a desnecessidade de representação na Delegacia, é trazido por Tourinho Neto (2002, p. 562), para quem o momento próprio para a representação é na audiência preliminar, após a tentativa de composição civil dos danos. Dessa forma, o termo inicial seria a audiência preliminar. Porém, como se viu, o entendimento dominante é o de que o termo inicial conta-se da data do conhecimento da autoria, aplicando-se subsidiariamente á Lei n. 9.099/95, às disposições dos Código Penal e de Processo Penal.

Boschi (1997, p. 49), tratando sobre o princípio da oportunidade na ação pública condicionada, afirma que “A vítima exerce a senhoria da ação. Como consequência disso, dispõe da persecução penal desde a fase pré-processual. Se pode dispor do mais – que é a ação –, é evidente que pode dispor do menos – que o inquérito”, e do muito menos – que é o termo circunstanciado (acrescentou-se).

Interpretando-se sistematicamente o parágrafo único, do art. 69, da Lei n. 9.099/95, com o art. 5º, §4º, do CPP, conclui-se facilmente pela necessidade de representação do ofendido para lavratura do termo circunstanciado.

Tome-se como exemplo o crime de lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*, do CP), em que a vítima não deseja representar, por um ou outro motivo. O parágrafo único, do art. 69, da Lei n. 9.099/95, a *contrario sensu*, diz que se o autor do fato não for encaminhado imediatamente ao juizado e se recusar a assinar o termo de compromisso, será lavrado o auto de prisão em flagrante.

Nesse caso, se for lavrado o flagrante, haverá inquérito. Tratando-se de crime de ação pública condicionada, não havendo representação do ofendido, o inquérito não poderá ser iniciado, nos termos do art. 5º, §4º, do CPP.

Ora, se o inquérito não pode ser iniciado, não haverá flagrante, devendo o autor do fato ser liberado, sob pena de a autoridade policial incidir no crime de abuso de autoridade. Se o autor do fato for liberado, a autoridade policial estará considerando a vontade inicial do ofendido, que era de não representar e, assim, não se lavrar o termo.

Daí se conclui que, nos crimes de ação condicionada, deve haver representação do ofendido também para a lavratura do termo circunstanciado. Esse entendimento vem sendo consagrado pelo STJ, conforme se depreende da ementa do RHC 9350-SP, abaixo transcrito:

CRIMINAL. RHC. LEI 9099/95. LESÃO CORPORAL CULPOSA. PRAZO DECADENCIAL. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA. FORMULAÇÃO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. VALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. I. Somente se não exercido o direito de representação no prazo legal de 06 meses é que ocorre a extinção da punibilidade do agente pela decadência, o que não se verifica se a vítima procura a autoridade policial em menos de 03 meses depois do fato. II. Mesmo sendo desnecessária a instauração de inquérito policial para a apuração de lesões corporais culposas, tal hipótese apenas contraria o espírito da lei, não induzindo nulidade. III. A representação, como condição de procedibilidade, prescinde de rigor formal, bastando a demonstração inequívoca da vontade do ofendido, no sentido de que sejam tomadas providências em relação ao fato e à responsabilização do autor - sendo aceitável tal formulação perante a autoridade policial. IV. Recurso desprovido. STJ, RHC 9350/SP, j. 16 dez. 1998, DJ 28.02.200, pág. 95.

Da jurisprudência acima está claro o entendimento de que também para o caso de termo circunstanciado deve haver representação do ofendido na Delegacia, uma vez que a jurisprudência citada fala em desnecessidade de instauração de inquérito e em validade de representação da vítima perante a autoridade policial.

3.3 Aspectos positivos e negativos da não-instauração do procedimento policial, por falta de representação do ofendido

Na prática, a não-instauração de inquérito policial ou não-lavratura do termo circunstanciado tem pontos positivos e negativos, como toda a atividade humana.

Como aspectos negativos, destacam-se dois principais e que preocupam o corpo social. O primeiro, relaciona-se à interferência na manifestação de vontade da vítima, para não representar, a qual pode sofrer diversas formas de coação durante o prazo decadencial para exercitar o direito, indo desde a ameaça à chamada “divisão da propina”.

O segundo ponto negativo relaciona-se com a *sensação de impunidade* que pode imperar no seio social. Não havendo procedimento policial nem ação penal, a sociedade poderá perder a confiança na Justiça como meio de controle social, partindo para “fazer justiça com as próprias mãos”.

Entretanto, esses pontos negativos passíveis de ocorrerem na prática não são suficientes para desconsiderar a necessidade de representação na Delegacia, para instauração do respectivo procedimento policial. Isso, não só pelo que já se afirmou acima, mas, sobretudo, pelos pontos positivos que tal forma de proceder pode trazer.

A não-instauração de inquérito ou não-lavratura do termo circunstanciado, pela ausência de representação do ofendido, diminuirá a sobrecarga de processos da denominada pequena criminalidade, contribuindo para a celeridade dos processos, redução de custos, desburocratização da Justiça, desafogamento da Defensoria Pública.

Além disso, estará em consonância com o princípio da *intervenção mínima* do direito penal e do direito processual penal, permitindo, assim, maior eficiência,

tanto para a Polícia Judiciária, quanto para o Ministério Público e magistrados, na apuração dos crimes considerados mais graves.

Estará, ainda, em consonância com o princípio da economia processual, um dos objetivos Lei 9.099/95. Para Toledo Neto¹, a não-instauração evitará o uso dos serviços e papéis do Estado para que na audiência seja demonstrado o desinteresse da vítima, já manifestado antes, evitando um sacrifício maior para promotores e juizes com Termos Circunstanciados, que são considerados natimortos.

A autoridade policial, no entanto, como forma de se resguardar e de garantir a lisura do seu trabalho, quando estiver diante de um crime de ação pública condicionada e não houver representação da vítima, deverá colher tal manifestação de vontade em termo de declarações e, num despacho, juntar à notícia crime.

Não se instaurará assim o procedimento policial e, após a dilação do prazo de seis meses, arquivar-se a notícia crime. O arquivamento de notícia crime, nessas condições, não se confunde com o arquivamento de inquérito policial nem do termo circunstanciado, visto que, não havendo a representação do ofendido, tais procedimentos não devem sequer ser iniciados.

3.4 Efeitos da instauração de procedimento policial sem a representação do ofendido

A instauração de inquérito policial ou a lavratura do termo circunstanciado, nos crimes de ação pública condicionada, sem a representação do ofendido, tem como principais efeitos o constrangimento ilegal e a nulidade do processo.

Tem-se o constrangimento ilegal quando há violação da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas, conforme expressa disposição do art. 5º, X, da

¹ Informação *on-line*.

CF/88. Dessa forma, a instauração de procedimento policial, sem a representação do ofendido, poderá gerar constrangimento ilegal para a vítima, que queira se resguardar do *strepitus iudicii*.

Para Boschi (1997, p. 129), “O descumprimento da regra que decorre da própria natureza da ação penal pública condicionada autoriza a impetração de mandado de segurança pela vítima ou de *habeas corpus* pelo autor do fato (...)”. Acrescente-se que, além dessas conseqüências, a vítima poderá pleitear indenização, ao Estado, pelo dano moral eventualmente sofrido com o processo (art. 5º, X, parte final, da CF/88).

Outro efeito, decorrente da instauração de procedimento policial, sem a representação do ofendido, é a nulidade do processo. Tal efeito está expresso no próprio Código de Processo Penal (art. 564, III), dispondo que ocorrerá nulidade no caso de falta de representação do ofendido.

Assim, quando faltar uma só que seja das condições da ação ou de procedibilidade, diz-se que o autor é carecedor da ação e o processo será nulo *ab initio* (GRINOVER *et ali*, 2001: 69).

CONCLUSÃO

O que se pretendia demonstrar era a necessidade de representação do ofendido ou do seu representante legal para a instauração de inquérito policial e a lavratura do termo circunstanciado, nos crimes de ação penal pública condicionada. Tal objetivo foi atingido, uma vez que se refutou todos os argumentos no sentido contrário, especialmente àqueles relativos ao termo circunstanciado, peça inicial do procedimento dos Juizados Especiais Criminais.

Dessa forma, demonstrou-se que deve haver representação do ofendido, na Delegacia, para a instauração de inquérito policial e para a lavratura do termo circunstanciado.

Os objetivos específicos também foram atingidos. Com efeito, nos comentários aos aspectos positivos e negativos da não-instauração do procedimento policial, por falta de representação do ofendido, ressaltou-se o fato de que, mesmo havendo pontos negativos, como a coação, a não-instauração do procedimento policial apresenta aspectos mais positivos, inclusive para a atividade prática, tanto da autoridade policial, quanto do Ministério Público e do magistrado.

Outrossim, identificou-se a natureza jurídica e o fundamento legal do instituto da representação do ofendido, como sendo direito subjetivo público da vítima, encontrando justificativa no denominado *strepitus iudicii*, ou escândalo causado pelo caráter público do processo, violando, assim, o patrimônio moral do ofendido.

Além disso, discorrendo sobre os efeitos jurídicos da instauração de inquérito e lavratura de termo circunstanciado, apontaram-se as consequências legais, nas quais a autoridade policial e o próprio Estado podem incorrer. Viu-se que,

nessa hipótese, o início do procedimento policial, sem o consentimento da vítima, nos crimes de ação pública condicionada, dará ensejo a mandado de segurança, pela vítima, e *habeas corpus*, pelo autor do fato. Para o Estado, a consequência é de cunho cível, já que, havendo a instauração, sem a representação, há constrangimento ilegal, passível de indenização.

Dessa forma, espera-se que os resultados obtidos na pesquisa possam servir para o aperfeiçoamento da atividade da Polícia Judiciária e do Ministério Público, responsáveis pela persecução penal, bem como para a celeridade e economia processuais, princípios fundamentais para se alcançar rápida solução dos conflitos, visando à paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento; princípios da ação; condições da ação; classificação da ação; pressupostos processuais*. – 2. ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2004.

GARCIA, Ismar Estulano. *Procedimento policial: inquérito e termo circunstanciado*. – 10. ed. rev. e amp. – Goiânia: AB Editora, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995* – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. – 27. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Bulre Filho. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até dezembro de 2000*. – 8. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação*. – 3. ed. rev. e atual. até novembro de 1997. – São Paulo: Atlas, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentando*. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. – 3. ed. rev., atual. e ampl.; 2. tir. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TOLEDO NETO, Geraldo do Amaral. *O termo de representação para fins de TCO pode ser feito perante a autoridade policial*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3480>>. Acesso em: 29 nov. 2005.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; **FIGUEIRA JÚNIOR**, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001.* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal.* – 10. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a EC 45/05 e Lei de Falência nº 11.101/05 – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito policial e ação penal.* – 6. ed. rev., ampl. e atual. pela Lei 7.209, de 11-07-1984 e pela Constituição Federal de 1988. – São Paulo: Saraiva, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso ordinário em hábeas corpus.* RHC 9350/SP, j. 16.12.1998, DJ 28.02.2000, pág. 95. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br> > acesso em: 24 nov. 2005.

XVII ENCONTRO NACIONAL DE COORDENADORES DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO BRASIL. – Curitiba, 2005. Disponível em < http://www.tj.rs.gov.br/institu/je/enunciados_atualizados_XVII_Encontro.doc. > acesso em 24 nov. 2005.