

ARTIGOS 25 DO CPP E 102 DO CP, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Marcos Augusto Ramos Peixoto
Juiz de Direito - TJRJ

“É preciso reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução dos conflitos.”
Eugenio Raúl Zaffaroni¹

Dispõem os artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal que “a representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia”.

A representação, como sabemos, é condição específica de procedibilidade em determinadas ações penais de iniciativa pública condicionada, consistente na manifestação da vítima ou de quem legalmente a represente no sentido de deflagrar a persecução penal. Nas palavras de André Nicolitt, “tal exigência decorre do fato de que determinados crimes atingem mais o interesse do ofendido do que o próprio interesse público na repressão, podendo a persecução penal gerar maior dano do que o próprio crime. Portanto, exige-se a representação como pedido-autorização da vítima”.²

A seu turno, a razão de ser daqueles dois dispositivos reside em não atribuir à alegada vítima – naqueles crimes em que a lei respeita sua vontade quanto a prosseguir ou não na persecução – indefinidamente, o poder de dispor sobre a ação penal, o que traria prejuízos ao funcionamento do Ministério Público e à administração da Justiça, com reflexos no princípio da indisponibilidade da ação penal pública, assim como indesejável incerteza no campo jurídico, além de severa angústia ao indiciado.

Na doutrina, poucas são as vozes que questionam a dicção legal, cabendo citar aqui a lição de Juarez Cirino dos Santos ao lembrar-nos que a regra anterior à reforma de 1984 do Código Penal era a limitação da retratação da representação até o **recebimento** da denúncia (não a seu oferecimento), sustentando ser impreciso o limite atual ao não ser possível saber “se significa (a) entrega da denúncia em Cartório, ou (b) apresentação da denúncia ao Juiz, para recebimento ou rejeição”³, a mesma questão sendo encontrada em Delmanto, para quem “a oferta da denúncia não se equipara a sua mera feitura ou subscrição. O oferecimento da denúncia tem de ser entendido como a sua apresentação ao juiz, ato que se prova com o despacho deste, a recebendo ou rejeitando”.⁴

¹ Apud Sica, Leonardo, *Mediação, Processo Penal e Democracia*, in: Prado, Geraldo; Malan, Diogo (Orgs.), *Processo Penal e Democracia*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pág. 289.

² Nicolitt, André, *Manual de Processo Penal*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, pág. 117.

³ Cirino dos Santos, Juarez, *Direito Penal – Parte Geral*, 3ª edição, Curitiba, ICPC/Lumen Juris, 2008, pág. 681.

⁴ Delmanto, Celso, et al., *Código Penal Comentado*, 6ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág. 193.

A jurisprudência pátria por igual caminha no sentido de aplicar os citados ditames legais a mais das vezes sem maiores ressalvas ou críticas, como se vê do seguinte aresto oriundo do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE (CAPUT DO ART. 129 DO CP, C/C O ART. 88 DA LEI Nº 9.099/95). PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, POR MOTIVO DE RETRATAÇÃO DO ATO DE REPRESENTAÇÃO JUNTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 25 DO CPP. ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS IMPETRADO PERANTE TURMA RECURSAL. NORMA REGIMENTAL QUE PERMITE AO MAGISTRADO PROLATOR DO ATO IMPUGNADO INTEGRAR O QUÓRUM DE JULGAMENTO NA TURMA RECURSAL (REGIMENTO INTERNO DAS TURMAS RECURSAIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CAPÍTULO II). INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DO JUIZ NATURAL.

É irretratável a representação da vítima depois de oferecida a denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 25). Não gera a extinção do processo penal a retratação que, somente formalizada após o oferecimento da denúncia, tem como objetivo obstar a continuidade de feito já instaurado...

Omissis...

(HC 85056, Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2005, DJ 25-08-2006 PP-00017 EMENT VOL-02244-03 PP-00451 RTJ VOL-00201-01 PP-00189 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 387-393).

Não diverge o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA OS COSTUMES. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

I - Os arts. 25 do CPP e 102 do CP deixam claro que a retratação só tem relevância jurídica se realizada antes do oferecimento da denúncia. O recebimento desta não é referencial para a verificação da eficácia da retratação. II - Oferecida a proemial acusatória, a ação penal se torna indisponível. Recurso desprovido.

(RHC 10176/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2000, DJ 05/02/2001, p. 115).

Ocorre que, enquanto na maioria dos casos tal opção legislativa representa um verdadeiro indiferente, em determinadas hipóteses aqueles dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal se chocam com princípios constitucionais da maior relevância, os quais, se não são suficientes para ensejar a plena inconstitucionalidade dos citados artigos de lei em caráter abstrato, impõem que, diante de tais princípios e em determinadas condições concretas, seja feita **interpretação conforme a constituição**.

Isto se dá precipuamente (mas não só) nas hipóteses do artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal, acrescido pela Lei 10886/2004, posteriormente alterado pela Lei 11340/2006 – chamada “Lei Maria da Penha” – que afinal dispôs:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Omissis...

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Lembremos que o artigo 88 da Lei 9099/95 já estatuiu, desde antes destas alterações no Código Penal, que “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas”.

Cabe aqui colocar parênteses, pois, de início, como bem sabemos, a doutrina e jurisprudência se digladiaram quanto à natureza da ação penal em crimes envolvendo as circunstâncias do parágrafo 9º, pretendendo alguns (principalmente na órbita do Ministério Público) que teria ela passado a ser pública incondicionada por força do que dispõe o artigo 41 da Lei 11340/2006 o qual, segundo aquele entendimento, teria afastado por completo a aplicabilidade da Lei 9099/95 nestas hipóteses e portanto também de seu artigo 88, pacificando-se entretanto a matéria em sentido diametralmente oposto, isto mesmo após o julgamento conjunto da ADIn 4424 e da ADC 19 pelo Supremo Tribunal Federal, que **se limitou à esfera da Lei Maria da Penha** ao declarar constitucional seu artigo 41 e inconstitucional seu artigo 16 para tornar, **dentro daquele contexto**, a ação penal de iniciativa pública incondicionada, decisão esta com efeitos vinculantes (e com a devida vênua lamentáveis...).

Que fique bem claro portanto: **não estamos aqui no campo da Lei Maria da Penha**. Ainda que se trate de dispositivo alterado por aquele diploma, o artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal trata de violência em contexto doméstico, de coabitação e hospitalidade, ainda que praticada contra homem, portanto em tudo distante do que estatuem o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ratificada pelo Brasil em 1984), o artigo 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (ratificada pelo Brasil em 1995) e os artigos 1º e 5º da Lei 11340/2006, que têm como foco particular a violência doméstica e familiar **contra a mulher**, com todas as suas especificidades vinculadas à **violência de gênero** e ao intuito (admitido – concordemos ou não – por nosso Tribunal Constitucional⁵) de conferir à mulher tutela especial do direito infraconstitucional enquanto “pessoa vulnerável e hipossuficiente” em situações de violência de gênero.

⁵ “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012” (em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=3109529&tipoApp=RTF>, consultado em 20 de setembro de 2012).

Em resumo, caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher como **de gênero** na hipótese do **crime de lesão corporal**, aplica-se o artigo 41 da Lei Maria da Penha, passando a ação penal a ser pública incondicionada, em conformidade com o julgado do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, será pública condicionada à representação, ainda que nas hipóteses do artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal exista vítima do sexo feminino.⁶

Fechados os parênteses, em se tratando – conforme demonstrado – de crimes afetos a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, seria o caso de aplicar às hipóteses do artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal o que estatuem os artigos 102 do mesmo ordenamento e 25 do Código de Processo Penal, i.e., limitando a possibilidade de retratação à **oferta** da denúncia.

Ocorre que em tal contexto o posicionamento doutrinário e jurisprudencial usual envolvendo estes últimos dispositivos legais traz inúmeros percalços e profundas preocupações. Aventemos a seguinte hipótese: A, embriagado, em uma festa familiar, agride B, **seu irmão**, causando-lhe lesão leve; B, irritado e no calor dos fatos, procura a Delegacia Policial onde registra a ocorrência e oferta representação; após a regular (e usualmente demorada) tramitação do respectivo Inquérito Policial, é oferecida pelo Ministério Público denúncia em face de A, a qual, ultrapassados os trâmites iniciais, é recebida pelo Juízo competente; em audiência, entretanto, B esclarece que ainda que sejam verdadeiros os fatos elencados na inicial tudo já está superado no contexto familiar, que os irmãos alcançaram as pazes, e pretende encerrar a ação – trata-se de situação extremamente corriqueira para aqueles que vivenciam o cotidiano de uma Vara Criminal. Pois bem: que fazer?

A resposta para aqueles que adotam o posicionamento usual e endeusam o princípio da indisponibilidade da ação penal pública (ainda que atualmente já por tantas vezes flexibilizado) seria simples e objetiva: “**nada pode ser feito**”, pois **ofertada** a denúncia não está mais nas mãos da alegada vítima dispor da ação penal mediante a retratação de sua anterior representação. Ainda que fosse realizada perante o Juízo competente audiência especial após o oferecimento da denúncia porém antes de seu recebimento, na qual a vítima manifestasse a retratação, o posicionamento seria o mesmo para aqueles que assim entendem. A consequência disto, contudo, seria nada menos que reavivar todo o contexto conflituoso interfamiliar, em contradição frontal, portanto, aos princípios constitucionais da proteção da família e da pacificação social.

Ora, o artigo 88 da Lei 9099/95, acima transcrito, tem como fundamento essencial exatamente o propósito maior de pacificação contido no ideal de “harmonia social” previsto no preâmbulo da Constituição Federal⁷, e na busca da “conciliação” prevista no inciso I do seu artigo 98 (refletido no próprio artigo 2º da referida Lei). Isto porque o direito de representação nas ações penais de iniciativa pública condicionada permite, exatamente, que os envolvidos em delito como aquele do artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal

⁶ “A defesa da tese contrária acaba desembocando no repisar de concepções superadas pela moderna ciência criminal, as quais são marcadas principalmente pela desconsideração da vítima no cenário criminal e pelo mito de um Direito Penal como primeira e única opção para a pacificação dos conflitos e regulação da convivência social” (Cabette, Eduardo Luiz Santos; Couto Júnior, Osmir Pires, *A ação penal nos casos de violência doméstica*, disponível na internet: www.ibccrim.org.br, consultado em 20 de setembro de 2012).

⁷ Ainda que saibamos das limitações atinentes ao preâmbulo constitucional, por “*não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem*” (Moraes, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 23ª edição, São Paulo, Atlas, 2008, pág. 20).

alcancem a autocomposição do litígio, acelerando assim a paz social almejada pelo constituinte originário.

Aliás, poderíamos mesmo dizer que a pacificação social é o escopo primordial da própria prestação jurisdicional e, em última análise, da existência do Poder Judiciário⁸, não cabendo a este, portanto, aplicar ditames legais que se contraponham aos objetivos essenciais não só deste mesmo Poder como, principalmente, da Constituição Federal.

Por outro lado, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, nas palavras do caput do artigo 226 da Carta Maior, sendo certo que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (parágrafo 8º do mesmo dispositivo constitucional). Se assim é, ao Estado compete privilegiar a pacificação da família ao contrário de aplicar normas que tendem exatamente ao oposto, ou seja, à sua desagregação ou desestruturação, inviabilizando a pacificação social ao aplicar mecanismos que, às avessas, incentivam a violência no âmbito das relações familiares (violência esta não necessária ou exclusivamente física, como a que teria ocorrido gerando inicialmente o conflito, mas também psíquica ao impor, com base em vetusto dispositivo legal, no exemplo, que um irmão processe criminalmente outro irmão, ambos apaziguados).

Pois bem, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “...singulariza o documento constitucional a presença de normas que se dizem programáticas. Contêm elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Seu objeto é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação. Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. Por explicitarem fins, sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Por via de consequência, as potencialidades que oferecem são distintas e o intérprete e aplicador da norma tem de ser atento a isso”.⁹

Estes são os princípios, identificados por Robert Alexy como “mandados de otimização”¹⁰, que conferem orientações aos Poderes da República no sentido de que se sirvam dos mesmos elementos norteadores na prática cotidiana dos atos próprios à suas naturezas e funções, vestindo assim a mesma roupagem democrática e republicana, sendo certo que quando determinado ato, ação, omissão, norma exarada pelo poder público afronta estes mandados de otimização, desafia controle de constitucionalidade, que poderá se dar pela via direta ou incidental.

Aqui, entretanto, não estamos diante de uma inconstitucionalidade absoluta, que demande a cabal retirada das normas contidas nos artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal do mundo jurídico, pois, como acima asseveramos, via de regra é indiferente a adoção, pelo legislador infraconstitucional, do **oferecimento** da de-

⁸ “Sem dúvida, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social” (Fernandes, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pág. 164).

⁹ Barroso, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pág. 91.

¹⁰ “Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes” (apud Fernandes, Bernardo Gonçalves, op.cit., pág. 164).

núncia como termo final para a possibilidade de retratação da representação, sendo por isso mesmo em diversas hipóteses tais normas compatíveis com o texto constitucional, cabendo, portanto, serem mantidas em homenagem ao princípio geral da separação dos Poderes e visando a preservação das normas oriundas do Poder Legislativo, que dispõe de representatividade para editá-las.

Contudo, face a delitos que abrangem **violência doméstica** (exceção feita, repita-se, à **violência de gênero** contra a mulher, por força da citada decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu, com efeitos erga omnes, nestas circunstâncias, ser a ação penal de iniciativa pública **incondicionada**), a adoção deste termo ad quem para a representação por um lado inviabiliza a consecução do ideal e princípio constitucional da pacificação social e, por outro, despreza o princípio da proteção da família, não podendo uma regra de natureza procedimental a estes se sobrepor sob pena de subverter o arcabouço jurídico ante a ótica da primazia dos princípios.

“A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico”, diz Alexandre de Moraes, “e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico”.¹¹

É justamente em situações tais que há de ser concretizada a interpretação conforme a constituição, de modo a extrair do texto normativo leitura que o compatibilize com a Constituição Federal, bem como afastar leituras que com esta conflitem.

Nos ensina Luis Roberto Barroso que “à vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziriam a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.¹²

Assim é que, conforme demonstrado, se revela, em um primeiro momento, de todo incompatível com os princípios constitucionais retro citados a eleição da **oferta** da denúncia como termo final para a possibilidade de retratação da representação nas hipóteses de violência doméstica (quando a hipótese fática não tenha como vítima mulher em situação de violência de gênero, como decidiu o STF). Em um segundo momento, como corolário, se impõe a compreensão dos textos normativos já referidos, nestas hipóteses,

¹¹ Moraes, Alexandre de, op.cit., pág. 16.

¹² Barroso, Luis Roberto, op.cit., pág. 140.

nos seguintes termos: a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia, **desde que não se esteja diante de violência doméstica**.

A simples dicção dos artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal, sem tal interpretação conforme a Constituição Federal, colabora para a perpetuação ou quando não para o reavivamento do conflito, impondo, por mera deliberação abstrata do legislador infraconstitucional, a desagregação familiar como **grave** consequência.

Por fim, como se tal não bastasse, não há que se olvidar a redação do já acima citado artigo 16 da Lei Maria da Penha ao dispor que “nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, **antes do recebimento da denúncia** e ouvido o Ministério Público” (grifei). Portanto, ainda que não se entenda conforme aqui se sustenta, temos que se tal dispositivo foi declarado inconstitucional **no contexto de violência de gênero**, tal inconstitucionalidade não abrange a violência doméstica perpetrada, por exemplo, como na hipótese do artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal quando ausente aquela circunstância, pelo que em processos desta natureza se mostra ainda cabível não só a realização da audiência especial preconizada pelo dispositivo como também que, nela, perante o juiz e ouvido o Ministério Público, eventualmente haja a retratação da representação mesmo após a oferta da inicial acusatória.

O entendimento aqui proposto guarda consonância com os princípios constitucionais da pacificação social e da proteção à família, buscando concretizar (leia-se: conferir efetividade) à “otimização” de que fala Alexy na exata medida em que viabiliza ao Judiciário, antes do eventual recebimento da denúncia **já ofertada**, realizar audiência especial de modo a buscar, de um lado, a “efetiva solução do conflito”, referida por Zaffaroni, através de técnicas de mediação e conciliação, de outro respeitar eventual autocomposição alcançada pelos membros de uma mesma família envolvidos em delito de médio potencial ofensivo sujeito a ação penal de iniciativa pública condicionada, e por fim respeitar a livre manifestação de vontade da alegada vítima em não dar prosseguimento à ação criminal condicionada à representação em face de seu ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, privilegiando, enfim, a **intervenção mínima** do Direito Penal nas relações sociais.