

TEMA:

ESTELIONATO: RETROATIVIDADE DA EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA, INSTITUÍDA PELA LEI N.º 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”)

Supremo Tribunal Federal

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional, Penal e Processo Penal. 3. Estelionato. Art. 171, caput, do Código Penal. 4. Não aplicação, no caso, do contido no § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019. 5. Pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral. Art. 102, § 3º, da Constituição Federal, c/c o art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil. 6. Autoria e materialidade. Alegações que dizem respeito à legislação infraconstitucional e ao necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Óbice da Súmula 279/STF. 7. Tema 660, da sistemática da repercussão geral da questão constitucional. 8. Precedentes. 9. Agravo regimental não provido.

(ARE 1230095 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 31-08-2020 PUBLIC 01-09-2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6288**).

Ementa: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 (“PACOTE ANTICRIME”). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPTÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.

3. Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem.

(HC 187341, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6289**).

Nosso comentário: conforme ilustram as ementas reproduzidas acima, ambas as Turmas do STF entendem que a norma prevista pelo §5º do art. 171 do Código Penal não tem aplicação retroativa. Quanto a esse ponto, no julgamento do ARE 1230095, a Segunda Turma acolheu o parecer da PGR que defendia tratar-se de norma de conteúdo processual, cuja aplicabilidade obedeceria à norma do art. 2º do Código de Processo Penal; no entanto, caso se reconhecesse que a norma possui conteúdo misto ou material, a retroatividade deveria obedecer a um referencial, tal como no entendimento (vide HC 76968, Relator Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 01/09/1998) firmado sobre a suspensão condicional do processo, prevista na Lei n.º 9.099/95, cuja incidência retroativa encontra óbice quando já existente a condenação. Vale essa menção porque entendimento muito similar foi defendido pelo Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do HC 610.201/SP pela Terceira Seção do STJ, com a ressalva de que, segundo ele, a retroatividade do §5º do art. 171 do Código Penal poderia ocorrer em qualquer fase do processo, desde que inexistente o trânsito em julgado. Em recentíssimo julgamento, porém, a Segunda Turma parece ter revisto seu entendimento, reconhecendo a possibilidade de que a norma retroaja (fonte: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=468035&ori=1>, acesso em 12/07/21, às 15h21min). No âmbito da Primeira Turma, consagrou-se o entendimento de que é possível a retroatividade desde que não tenha sido oferecida denúncia.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA.

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas

constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.

2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.

4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995.

(HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6290**).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DO NOVO "PACOTE ANTICRIME": CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE ATENDIDA IN CASU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A situação concreta aqui exposta se enquadra a um dos temas do Informativo de Jurisprudência n. 674/STJ, que decidiu a matéria em sentido oposto aos anseios nesta impetração, vejamos: "A Lei n. 13.964/2019, conhecida como 'Pacote Anticrime', alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental;

maior de 70 anos de idade ou incapaz. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.?

III ? No caso concreto, além de a denúncia ter sido recebida antes da entrada em vigor da nova legislação, a manifestação exarada pela vítima na delegacia não deixou dúvidas da sua vontade de ver o réu processado.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 602.601/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 17/12/2020) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6291**).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. RETROATIVIDADE DO ART. 171. § 5º, DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA DO STJ E DA PRIMEIRA TURMA DO STF. ACORDO ENTRE AS PARTES. EFEITOS DIVERSOS DA ABSOLVIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Quinta Turma do STJ firmou jurisprudência no sentido de que a retroatividade da representação da vítima no crime de estelionato não alcança aqueles processos cuja denúncia já foi oferecida. Na hipótese, a denúncia foi oferecida antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime".

2. No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 187.341, da relatoria do E. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, decidiu, por unanimidade de votos, que é inaplicável a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal às hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019.

3. Por fim, o acordo entre as partes (vítima e autora do suposta fato criminoso), realizado antes do recebimento da denúncia resulta, no tocante ao crime de estelionato na sua forma fundamental, na aplicação do art. 16 do Código Penal (arrepentimento posterior), não gerando o efeito de trancar a ação penal ou de absolver o acusado (HC-279.805/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 10/11/2014). Caso a reparação do dano ocorra após o recebimento da denúncia, aplica-se o art. 65 do CP (circunstância atenuante).

4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

(RHC 139.715/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 04/02/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6292**).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RETROATIVIDADE. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO.

CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. WRIT INDEFERIDO.

1. A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos.

2. A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP.

3. Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, §5º, do CP, decorre da própria mens legis, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de procedibilidade, nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia.

4. Não bastassem esses fundamentos, necessário registrar, ainda, prevalecer, tanto neste STJ quanto no STF, o entendimento "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimento das autoridades." (AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

6. Habeas corpus indeferido.

(HC 610.201/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021, DJe 08/04/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6293**).

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VIOLAÇÃO DO ART. 171, § 5º, DO CP. TESE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO FORMAL DA VÍTIMA. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. IRRETROATIVIDADE. ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO. COMPARECIMENTO DA VÍTIMA E DEPOIMENTO EM SEDE POLICIAL. DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO FORMAL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF.

1. A Terceira Seção firmou a orientação de que a exigência de representação da vítima como pré-requisito para a ação penal por estelionato? introduzida pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019)? não pode ser aplicada retroativamente para beneficiar o réu nos processos que já estavam em curso.

2. Ainda que fosse possível acolher a tese defensiva (retroatividade), não falar em ausência de condição de procedibilidade para a ação penal, pois a representação já consta dos autos, extraída do comparecimento da vítima e do seu depoimento em sede policial, circunstância apta a indicar a inequívoca manifestação de vontade de ver apurado o fato delituoso, sendo desnecessária representação formal (Precedentes do STJ e do STF).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1755469/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 10/05/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6294**).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO. PLEITO PELA APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. ALEGADA NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. INSUBSISTENTE. DENÚNCIA APRESENTADA ANTES DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. PRECEDENTES. REPRESENTAÇÃO É ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. PRECEDENTES. VONTADE DAS VÍTIMAS PRESENTE NOS AUTOS. OFENSA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos da Jurisprudência da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a necessidade de representação das Vítimas, no crime de estelionato, trazida ao mundo jurídico com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, não alcança os processos cuja denúncia foi apresentada antes da vigência do citado Diploma legal, tal como ocorre na hipótese dos autos.

2. A representação é ato que dispensa maiores formalidades, sendo suficiente que a vítima ou quem a represente legalmente apresente manifestação para que os fatos sejam devidamente apurados, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

3. É vedada a análise de dispositivos constitucionais em recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento de modo a viabilizar o acesso à instância extraordinária, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1915868/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 14/05/2021) - (destaques nossos - **Cadastro IBCCRIM 6295**).

Nosso comentário: como ilustram as ementas do HC 583.837/SC e do HC 602.601/SP, inicialmente estabeleceu-se uma divergência entre os Colegiados do STJ sobre o tema, com a Sexta Turma favorável à retroatividade da norma prevista pelo §5º do art. 171 do Código Penal, enquanto a Quinta Turma rechaçava esse entendimento. Todavia, a partir do julgamento do HC 610.201/SP, a Terceira Seção do Tribunal pacificou o entendimento sobre a matéria, no sentido de que a exigência de representação da vítima não pode ser aplicada retroativamente. Interessante notar que, nos precedentes que rechaçam a retroatividade da referida norma, um fundamento invocado com recorrência é o instituto do ato jurídico perfeito, além de que, ao admitir essa solução, a exigência de representação estaria sendo transformada em condição de prosseguibilidade e não de procedibilidade. Todavia, como já bem apontava a Sexta Turma ao julgar o HC 583.837/SC, o ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais individuais, consagrados nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal, logo, representam limitações ao poder punitivo, não podendo ser invocadas tais garantias em prejuízo ao cidadão, pois, como apontado no referido precedente, "*Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão*".

Compilação e curadoria científica de:
Anderson Bezerra Lopes e Gessika Christiny Drakoulakis.