



Bunning Mendes: O estelionato na Lei Anticrime

A Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) traz, entre as poucas alterações realizadas na parte especial do Código Penal, a modificação na ação penal do crime de estelionato (artigo 171, § 5º, do CP), que passa a exigir representação do ofendido e, portanto, torna-se ação penal pública condicionada a representação, ressalvados os casos em que a vítima for a administração pública; criança ou adolescente; pessoa com deficiência; ou maior de 70 anos de idade ou incapaz.



Há muito a se discutir sobre o tema, por exemplo no âmbito

do Direito Intertemporal, já que a Lei 13.964/2019 não trouxe uma norma de transição e, em se tratando de norma processual com conteúdo material, pois afeta a esfera da punibilidade do indivíduo, sua aplicação deve(ria) ser retroativa (artigo 5º, XL, da CF, e artigo 2º do CP), mas isso seria tarefa para um outro artigo, pois nem todos aceitaram facilmente essa posição [\[1\]](#).

Mas, neste primeiro momento, o mais urgente é uma reflexão de ordem político-criminológica, num sentido que a criminologia crítica [\[2\]](#) já havia nos advertido, acerca da seletividade da norma penal, afinal, segundo Baratta, "a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos" [\[3\]](#).

Nesse contexto alertado, chama a atenção que entre o rol de crimes contra o patrimônio, sobretudo aqueles praticados sem violência e grave ameaça, o legislador tenha optado justamente e apenas pelo delito de estelionato para condicionar a representação do ofendido à deflagração da ação penal.

Acertadamente, Gustavo Livio percebeu essa incoerência seletiva e abriu nossos olhos ao dizer que " *oderia o parlamento ter escolhido o furto, praticado em regra pelos despossuídos desesperados pelas contingências da vida e que, como é óbvio, corresponde a ampla fatia dos crimes processados. Poderia ter escolhido a receptação. Mas como já é de se esperar, dentre os crimes patrimoniais, escolheu justo aquele ordinariamente praticado por pessoas com maior grau de instrução e certo aparato de organização*" [\[4\]](#).



Presumindo — já que não existe exposição de motivos na Lei Anticrime e tampouco no projeto apresentado pelo ex-ministro Sérgio Moro — que neste momento o legislador se baseou na fragmentariedade ou subsidiariedade do Direito Penal [5], perfeitamente compreensível em se tratando de crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, que pouco ou nada se distinguem de ilícitos civis e que se satisfazem, a nosso sentir, com a reparação do prejuízo [6], pensamos que não há impeditivo legal, principiológico e tampouco limites constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade que impeçam a construção de uma aplicação analógica *in bonam partem* do artigo 171, § 5º, CP a outros delitos patrimoniais assemelhados, por exemplo, o crime de furto (artigo 155 do CP), pois como explica Claus Roxin, "*a analogia favorável ao acusado é legal sem a menor restrição do direito penal*" [7].

Ser contrário a isso é admitir a seletividade positiva do Direito Penal, notadamente inconstitucional em face ao princípio da isonomia. Confirmando nossa tese, existem precedentes na própria legislação, como é o caso das excusas absolutórias (artigo 181 do CP) e inclusive da previsão de condições de procedibilidade (artigo 182 do CP), que são aplicáveis a todos os crimes patrimoniais sem distinção, excetuando-se apenas os casos em que haja emprego de grave ameaça ou violência (artigo 183, I, do CP) tal como proposto por nós.

Do mesmo modo, pensar que a modificação da ação penal do crime de furto, mormente a partir de uma analogia, ampliaria a prática do delito é errar em duas interpretações, primeiro, porque obviamente não existe e jamais existirá a comprovação da eficiência preventiva do direito penal, em segundo porque não estamos descriminalizando a conduta — isso tampouco ocorrerá com o delito de estelionato —, mas apenas criando uma condição de procedibilidade que permitirá à vítima da violação a um bem jurídico que se reveste de direito disponível (o patrimônio) escolher se deseja ou não a atuação das agências de controle.

[1] Por exemplo, o CNPG em seu enunciado 4, propôs uma nítida analogia *in malam partem*, ao propor a aplicação do artigo 91 da Lei 9.099/95: "*Nas investigações e processos em curso, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência*".

[2] Ao advertir que: "*O que existe então são processos de criminalização filtrados pelo princípio da seletividade penal, tão visível a olho nu nos sistemas penais do nosso país*" (BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 89)

[3] BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica de Direito Penal**. Introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 162.

[4]



LIVIO, Gustavo. A Exigência de representação na ação penal do crime de estelionato: sobre como os avanços chegam primeiro ao andar de cima. In: **Trincheira Democrática**. Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal – ano 3, n. 07, fevereiro/2020, p.25-26.

[5] Afinal é "*a natureza fragmentária do direito penal tem sido fortemente enfatizada pela tendência descriminalizante*" (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Trad. Miguel Olmedo Cardenente. 5ª Ed. Granada: Cmares, 2002, p. 57)

[6] "*Em outras palavras: existem condutas antijurídicas as quais a segurança jurídica se satisfaz com a reparação do prejuízo, e existem outras em que a segurança jurídica demanda a prevenção de futuras condutas similares*" (tradução nossa). (ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editora Comercial, Industrial y Financeira, 1998, p. 57. Neste ponto, também merece lembrança a exposição de Alaor Leite e Luís Greco que identificam na teoria de Claus Roxin uma vinculação dos crimes patrimoniais a lesão não reparada: "*o dinheiro deve ser tratado não como objeto corpóreo (coisa), e, sim, como unidade de valor. (...) Roxin propõe que aqui o tipo não estará realizado, porque o valor da propriedade não foi afetado*". (ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org. Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 30/31).

[7] ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 158.

Date Created

29/04/2020