Rômulo Moreira: O STJ e a representação no crime de estelionato

No julgamento do Habeas Corpus nº 573.093, a 5ª Turma do STJ decidiu que uma mudança apresentada pela Lei nº 13.964/19 no delito de estelionato não pode ser aplicada retroativamente para beneficiar o réu em processos em curso. Com esse entendimento, o colegiado não conheceu de Habeas Corpus que tinha a intenção de anular o processo que resultou na condenação de um acusado de praticar o crime descrito

No julgamento, o relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, observou que *"a discussão principal do Habeas Corpus diz respeito aos processos pendentes que envolvam o crime de estelionato, devendo-se fixar o entendimento a respeito da incidência das recentes alterações legislativas sobre a natureza da ação penal do crime em tela de forma retroativa ou não nas persecuções penais em curso. Em outras palavras, nas ações penais em curso, cujo réu esteja sendo acusado pelo crime de estelionato (e não sendo o caso das ressalvas estabelecidas pela nova lei), deve-se anular todos esses processos para ser exigida a juntada ao processo da representação?"*.

Também acrescentou que *"sobre o tema em comento (retroatividade da Lei nº 13.964/2019, determinando a intimação da vítima para se manifestar quanto à representação), assevero que os tribunais superiores ainda não se manifestaram de forma definitiva, em razão do curto lapso temporal de vigência da nova lei"* [1].

Como se sabe, a Lei nº 13.964/19 alterou o artigo 171 do CP, acrescentando-lhe o §5º para estabelecer que, em tais delitos, doravante, a ação penal somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for a Administração Pública (direta ou indireta), criança, adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos ou incapaz. Portanto, hoje, a regra é que o crime de estelionato é de ação penal pública condicionada à representação, nem sequer podendo ser instaurado inquérito policial sem essa "condição de procedibilidade", conforme exige o artigo 5º, §4º, do CPP; não pode ser instaurado de ofício, muito menos por requisição do MP, salvo, neste último caso, se a requisição estiver acompanhada da representação da vítima (ou de seu representante legal, ou sucessores).

A questão diz respeito aos processos pendentes. Pergunta-se: nas ações penais em curso, cujo réu esteja sendo acusado pelo crime de estelionato (e não sendo o caso das ressalvas estabelecidas pela nova lei), deve ser exigida a juntada ao processo da representação?

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Nesse aspecto, deve-se atentar para o artigo 2º do CPP, segundo o qual *"a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior"*. Assim, em princípio, relativamente às ações penais em curso (estejam em primeiro grau, nos tribunais, no STJ ou no STF), não seria necessária a representação, exigindo-se apenas para os casos futuros, com ação penal ainda não iniciada. O tema precisa ser estudada à luz do Direito transitório.

Com efeito, há dois princípios que regem o Direito intertemporal em matéria criminal: o primeiro, em relação às leis penais, afirma que a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu (artigo 2º do CP e artigo 5º, XL, da CF). O segundo, aplicável às leis processuais penais, estabelece que *"a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*" (tempus regit actum).

De início, é preciso levar em consideração que *"está em crescendo uma corrente que acolhe uma criteriosa perspectiva material, que distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais"*. Essas normas processuais penais materiais, segundo Taipa de Carvalho, têm uma natureza mista (designação também usada por ele), pois, *"embora processuais, são também plenamente materiais ou substantivas"*. Sendo assim, e desde um ponto de vista da *"hermenêutica teleológico-material, determine-se que à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável"*.

Esse autor, citando Tiedemann, destaca *"a exigência metodológica e a importância prática da distinção das normas processuais em normas processuais meramente formais ou técnicas e normas processuais substancialmente materiais"*. E, lembrando a lição de Cappelletti, contesta a classificação tradicional das normas penais em "normas materiais" e "normas processuais", propondo *"uma classificação teleológico-material de 'normas de garantia' e normas técnico-processuais'"*. As "normas de garantia" serviriam para solucionar *"uma série de problemas de grande importância prática, como a sucessão de leis no tempo, a taxatividade ou liberdade dos meios de prova penais etc"*. Em sua obra, o jurista português indica farta doutrina que compartilha essa classificação não tradicional, como Leone, Schmitt, Levasseur, além dos já referidos Cappelletti e Tiedmann [2].

A propósito, Eduardo Couture já afirmava *"que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio"* [3].

Portanto, normas penais não são apenas as incriminadoras (que definem fatos puníveis e cominem as respectivas sanções), as que contenham causas de justificação, eximentes etc. (normas penais em sentido estrito), mas *"também aquelas que completam o sistema penal com os seus princípios gerais e dispõem sobre a aplicação e os limites das normas incriminadoras"* [4].

Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim também entendia Tucci: *"Daí porque deverão ser aplicadas, a propósito, consoante várias vezes também frisamos, e em face da conotação prevalecente de direito penal material das respectivas normas, as disposições legais mais favoráveis ao réu, ressalvando-se sempre, como em todos os sucessos ventilados, a possibilidade de temperança pelas regras de direito transitório — estas excepcionais por natureza"* [5].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Feitas essas considerações acerca das normas processuais penais de natureza material ("normas de garantia"), vê-se que o novo §5º do artigo 171 do CP insere-se nessa categoria, pois diz respeito ao dever de acusar e de punir (já que a representação é uma condição indispensável para o exercício da ação penal); outrossim, tem um aspecto nitidamente penal, visto que o não oferecimento da representação ocasionará a renúncia ou a decadência deste direito, com a consequente extinção da punibilidade, matéria de induvidoso caráter material (artigo 107, IV, CP).

Aqui, lembro do artigo 88 da Lei nº 9.099/95, estabelecendo-se que, *"além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, passaria a depender de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas"*. A própria lei, no artigo 91, cuidou de dizer que, *"nos casos em que esta lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência"*. Àquela época, entendeu-se — doutrina e jurisprudência — que, relativamente aos processos em curso, seria necessária a juntada aos autos da representação, sendo necessária a notificação da vítima (ou do seu representante legal ou dos seus sucessores) para, no prazo de 30 dias, oferecer a representação, sob pena de decadência; muitas nem sequer foram encontradas, acarretando, em muitos casos, a prescrição, já que de decadência não se poderia falar, posto inexistente *dies a quo* para a contagem do prazo decadencial.

Quando a lei exige que o exercício da ação penal, ainda que pública, depende de representação da vítima, evidentemente, dificulta a *persecutio criminis* (desde o início), pois o Estado não pode, de ofício, nem sequer determinar uma investigação criminal, muito menos acusar alguém.

Assim, se uma norma posterior passa a exigir que a instauração da ação penal depende do oferecimento da representação, trata-se de um dispositivo mais benéfico para o suposto autor do delito, pois, conforme Zaffaroni, a fim de se identificar como benéfica uma lei, é necessário que se leve em consideração uma série de circunstâncias, pois *"la individualización de la ley penal más benigna deba hacerse en cada caso concreto"* [6].

Logo, em relação às ações penais em curso, cuja acusação seja de estelionato, e ressalvando as exceções previstas no novo parágrafo, o juiz ou tribunal deve suspender o procedimento e determinar que a vítima (ou seu representante legal ou seus sucessores) seja notificada para, querendo, oferecer a representação. Trata-se de uma norma de caráter processual penal material, e mais benéfica, exigindo-se a sua aplicação para os processos pendentes.

Identifico, aqui, uma verdadeira "crise de instância" ou, como preferia Carnelutti, "crise do procedimento", consistente em *"um modo de ser anormal do procedimento, pelo qual lhe é paralisado o curso, temporária ou definitivamente"*. Para Frederico Marques, haveria três espécies de crises de instância: a suspensão da instância, a *absolutio ab instantia* e a cessação da instância. Na primeira, a que interessa neste texto, a crise dá-se de maneira temporária, cessando *"o movimento procedimental, sem que a instância se desfaça. A instância permanece íntegra e existente"*, obstando-se, tão-somente, o andamento do procedimento. É o que ocorre, por exemplo, nos casos dos artigos 92, 93, 152, 366 e 798, §4º, CPP, além do artigo 89 da Lei nº 9.099/95 [7].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ressalva-se a coisa julgada, pois se já houve o trânsito em julgado não se pode cogitar de retroatividade para o seu desfazimento, além de que, contendo a norma caráter também processual (afinal, trata-se de uma condição de procedibilidade), só poderia ser aplicada a processo não encerrado, ao contrário do que ocorreria se se tratasse, por exemplo, de lei puramente penal (*lex nova* que diminuísse a pena ou deixasse de considerar determinado fato como criminoso), hipóteses em que seria atingido, inclusive, o trânsito em julgado, por força do artigo 2º, parágrafo único do CP e do artigo 5°, XL, da CF.

Mas uma outra questão impõe-se seja resolvida: qual o prazo para representar? Nada disse a nova lei, ao contrário da Lei nº 9.099/95, não sendo de se atender ao prazo estabelecido no artigo 38, CPP, pois, a toda evidência, inúmeros seriam os casos em que já ocorrera a decadência. Como afirmava Galeno Lacerda, é uma inovação *"cuja incidência aos processos em curso suscita problemas de difícil solução, agravados pelo nenhum socorro, pela nenhuma orientação do novo Código ao desventurado intérprete"* , impondo-se *"árdua tarefa de construção doutrinária e jurisprudencial"* [8].

Há, efetivamente uma lacuna a ser suprida e, como se sabe, nestes casos é possível a aplicação analógica, segundo dispõe o artigo 3º do CPP, afinal, consoante Clariá Olmedo, *"en el derecho procesal penal es posible utilizar la analogía con eficacia"*. Para ele, *"las llamadas lagunas del derecho frente al conjunto de normas vigentes que sistematizan un ordenamiento procesal penal, pueden ser cubiertas por otras previsiones del mismo ordenamiento procesal penal"* [9].

Também Alcala-Zamora, após afirmar que a analogia trata-se de um método de autointegração da norma, explica que pela aplicação analógica *"las lagunas se cubren con la propria ley"*, fundando-se *"en el concepto de principio jurídico, que condensa el pensamento representado en la norma"*. E, agora com base em Alsina, afirma que *"la analogía es un procedimiento inductivo-deductivo que permite llegar de un hecho a otro por la aplicación de un principio común. En efecto, para que dos situaciones se consideren análogas es necesario que ambas contengan elementos comunes. Como más sean los elementos comunes, mayor será la analogía, y se lo fuesen todos, entonces ya no habría analogía, sino identidad"* [10].

Figueiredo Dias, igualmente, admite o uso da analogia como *"fonte integrativa"* no processo penal, desde que não se traduza *"num enfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos 'processuais' do arguido (desfavorecimento do arguido, analogia* in malam partem*)"* [11].

Assim, não havendo previsão específica na nova lei, entendo que, por aplicação analógica, deve ser observado o prazo contido no artigo 91 da Lei nº 9.099/95. O prazo será de 30 dias (contado a partir da data notificação [12]), ao final do qual será declarada a extinção da punibilidade pela decadência, caso não seja juntada a representação. Se o ofendido (ou outros legitimados) não for encontrado, aguardar-se-á o transcurso do prazo prescricional, já que, não tendo sido possível a notificação, não há falar-se em decadência; não será possível, por outro lado, a continuidade do procedimento, em razão da falta de uma "condição de prosseguibilidade" para a ação penal.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Uma última questão: se, por força de *mutatio libelli* ou *emendatio libelli* (pressupondo-se sempre o aditamento da peça acusatória e o contraditório), houver mudança do crime inicialmente imputado para o delito de estelionato? Neste caso, deve ser exigida a representação, nos termos acima expostos, sob pena do feito não ter prosseguimento por faltar uma "condição de procedibilidade superveniente".

Para concluir, observa-se que essa representação, conforme assentado na doutrina e na jurisprudência, prescinde de maiores formalidades [13].

[1] Disponível em: https://www.conjur.com.brhttps://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/hc-estelionato-stj-1.pdf. Acesso em 11 de junho de 2020.

[2] CARVALHO, Taipa de. Sucessão de Leis Penais. Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/223.

[3] COUTURE, Eduardo. Interpretação das Leis Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36.

[4] BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, Volume I. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 181.

[5] TUCCI, Rogério Lauria. Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal. São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 124.

[6] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volume I. Buenos Aires: Editora Ediar, 1987, p. 464.

[7] MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Volume II. Campinas: Bookseller, 1998, p. 218.

[8] LACERDA, Galeno. O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 11 e nota introdutória ao livro.

[9] OLMEDO, Jorge A. Clariá. Tratado de Derecho Procesal Penal, Volume I, Nociones Fundamentales. Buenos Aires: Ediar, 1960, páginas 155 e 156.

[10] CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora y, LEVENE, Ricardo. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Buenos

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Aires: Ediar, 1960, p. 154.

[11] DIAS, Jorge de Figueiredo, Direito Processual Penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97 (os grifos e as aspas constam do original).

[12] Observa-se que, "*no processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem*" (Súmula 710 do STF).

[13] Neste sentido, o Recurso Especial nº 188.878 e Habeas Corpus nº 20.401 (STJ), ambos da relatoria do Ministro Fernando Gonçalves. No STF, veja-se o HC nº 88.843, relator Ministro Marco Aurélio.

Date Created
18/06/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.