Opinião: Processos pendentes e a nova competência em estelionato

A Lei 14.155/21, recentemente promulgada [1], acrescentou o § 4º ao artigo 70 do CPP, estabelecendo que, nos crimes de estelionato, quando praticados mediante depósito ou emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado, ou mediante transferência de valores, a competência para o respectivo processo e julgamento será definida pelo local do domicílio da vítima (*forum domicilii*) [2]. Caso haja pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á, ainda segundo a alteração feita, pela prevenção; obviamente, caso a vítima tenha mais de um domicílio, a competência também será do juízo prevento, nada obstante este último caso não ter sido objeto da nova lei, aplicando-se, então, e por analogia, o artigo 72, § 1º, combinado com o artigo 3º,

Como se sabe, no processo penal, em regra, a competência é

frimada segundo o *forum delicti commissi*, ou seja, pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa (artigo 14, II, CP), pelo local em que for praticado o último ato de execução (o artigo 70, *caput*, CPP).

Aqui, antes de continuar a questão específica sobre a competência, importante ressaltar, com Beling, que *"lugar do fato"* não é necessariamente onde se cometeu realmente o fato, afinal *"não se pode saber antes do final do processo se o fato ocorreu ou não realmente. Sem embargo, salta aos olhos que a questão da competência deve ser resolvida antes, inclusive para o caso de que posteriormente conclua-se que o fato não foi cometido, caso em que proceder-se-á à absolvição pelo juízo competente"*.

Assim, ainda nas lições de Beling, *"deve se entender por 'lugar do fato' o lugar hipotético do fato: o lugar em que o fato foi cometido, na suposição (certa ou equivocada) de que tivesse sido realmente praticado"* [4].

Quanto ao estelionato, é cediço que, sendo crime de natureza tipicamente material (conforme classificação tradicional), sua consumação, nas palavras de Hungria, *"depende da efetiva obtenção da vantagem ilícita, correspondente à lesão patrimonial de outrem. Sem o binômio ilícito-prejuízo alheio, o que pode apresentar-se é a tentativa de estelionato"* [5].

Mas, no que diz respeito ao estelionato de que ora se trata (artigo 171 § 2º, VI, CP), sempre houve na doutrina brasileira uma certa controvérsia acerca do momento de sua consumação; assim, por exemplo,

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

para Basileu Garcia (por entender que se tratava de crime formal, segundo a já referida classificação tradicional), o delito se consumava no instante em que aquele que emite o cheque lançava sua assinatura; já Magalhães Noronha impunha como necessária a apresentação do respectivo cheque [6].

Discordando de ambos, Hungria, após citá-los (e levando em consideração que o Código Penal não considerava este crime como de *falsum*), entendia não ser suficiente a mera assinatura do cheque, sendo *"imprescindível a entrega deste ao tomador, pois só então se apresenta a vantagem ilícita correlativa à lesão patrimonial"*, ressalvando, porém, que não era condição do crime a simples apresentação do cheque para pagamento, pois não se devia *"confundir o momento em que o tomador sofre o prejuízo (isto é, aquele em que recebe o cheque que não poderá ser pago) e o momento em que vem a ter conhecimento do prejuízo (isto é, o momento em que verifica a falta de provisão)"* [7].

Nada obstante a controvérsia doutrinária exposta na obra de Nelson Hungria, o certo é que na jurisprudência acabou por se consolidar a tese de crime material, consumando-se no momento e no lugar em que se deu a recusa pelo banco (sacado), exigindo-se prejuízo patrimonial da vítima.

Neste sentido, o STF aprovou o Enunciado 521 com a seguinte redação: *"O foro competente para o processo e julgamento dos crimes de estelionato, sob a modalidade da emissão dolosa de cheque sem provisão de fundos, é o do local onde se deu a recusa do pagamento pelo sacado"*, ou seja, o local onde se localizava a agência bancária na qual o correntista tinha sua conta corrente (este enunciado foi aprovado na sessão plenária do dia 3/12/1969*).*

Na mesma linha de intelecção, o STJ aprovou o Enunciado 48, segundo o qual *"compete ao juízo do local da obtenção da vantagem ilícita processar e julgar crime de estelionato cometido mediante falsificação de cheque"*, e o *Enunciado* 244, com a seguinte redação: *"Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos"*, publicados, respectivamente, no dia 25/8/1992 e no dia *1/2/2001* [8].

Agora, com a alteração legislativa, modifica-se a orientação que já era pacífica na jurisprudência, estabelecendo-se o foro do domicílio da vítima para o exercício da ação penal, independentemente do local da consumação do delito ou, em caso de tentativa, do lugar onde foi praticado o último ato de execução; tampouco relevante, para efeitos de competência penal, será o lugar onde está localizada a agência bancária que recusou o pagamento (banco sacado) ou onde foi emitido o cheque ou foi alcançada a vantagem patrimonial. Obviamente, estes também poderão ser eventualmente os foros competentes, caso coincidam com o domicílio da vítima. Mas, doravante, sempre prevalecerá o disposto no novo parágrafo do artigo 70, independentemente de qualquer outra circunstância, como o lugar da ação, do resultado, do banco sacado, do prejuízo, da obtenção da vantagem indevida, do lugar da recusa, etc.

Por fim, resta indagar acerca dos casos pendentes, perguntando-se, então: relativamente às ações penais em trâmite haverá mudança imediata na competência (*ratione loci*) anteriormente estabelecida nos termos dos referidos enunciados? Eis uma questão importante e que diz respeito ao direito intertemporal e, portanto, à sucessão no tempo das leis processuais penais.

A resposta positiva à pergunta formulada impõe-se (ao menos a princípio, como veremos adiante), ainda que não se trate de uma competência firmada em razão da matéria ou da natureza da infração (*ratione materiae*

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

), tampouco relativa à prerrogativa de foro (*ratione funcionae*), estas de índole constitucional, e de natureza absoluta, como prefere parte da doutrina que diferencia incompetência absoluta de incompetência relativa, nos moldes como se faz amiúde no processo civil, distinção não muito adequada para o processo penal, *data maxima venia* (aqui, sem dúvidas, estabelece-se uma séria controvérsia).

De toda maneira, trata-se de uma competência territorial (*ratione loci*), fato que possibilitaria sua prorrogação, especialmente para a doutrina acima referida que distingue incompetência relativa de incompetência absoluta, que parece não ser o mais adequado tratando-se de processo penal (repita-se!, com todas as vênias), cujas formalidades (incluindo-se também as normas relativas à competência) dizem respeito às garantias dos acusados e, enfim, do devido processo constitucional.

Ademais, sendo uma norma tipicamente processual penal (formal, técnica, sem conteúdo constitucional ou material, tampouco *lex gravior*), exige-se a observância do princípio da aplicação imediata da nova lei, estabelecido no artigo 2º do CPP e no artigo 1º da Lei de Introdução ao CPP (*tempus regit actum*), adotado que foi, nesta matéria, e entre nós, o sistema do isolamento dos atos processuais (e não o da unidade, nem o das fases). Com efeito, tais normas têm aplicação imediata: *"A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior"* (artigo 2º do CPPP) [9].

Não há falar-se, portanto, em *prorrogatio fori*, muito menos em *perpetuatio jurisdictionis*, tão comuns no processo civil em razão mesmo do disposto no artigo 43 do CPC, *salvo se já houver instrução criminal iniciada, quando, então, prevalecerá o princípio da identidade física do juiz, previsto expressamente no artigo 399, § 2º, CPP* [10]. *Eis, destarte, a fase procedimental que determinará a aplicação (ou não) do novo §. 4º do artigo 70, CPP*.

Assim, e para concluir, será de rigor nos casos penais em andamento a *declinatoria fori*, de ofício, nos termos do artigo 109 do CPP, validando-se, evidentemente, todos os atos processuais até então praticados no processo (e mesmo, eventualmente, os já praticados na fase investigatória), devendo o novo juízo ratificar (ou não) eventuais medidas cautelares (reais ou pessoais) praticadas no juízo anterior.

Caso não haja, de ofício, a remessa dos autos ao juízo agora competente (*e, repita-se, até o início da instrução criminal*), deverá ser oposta, inclusive pelo Ministério Público ou pelo assistente, caso o réu não o faça, a exceção de incompetência, conforme estatui o artigo 108 do CPP, não sendo o caso de qualquer afronta ao princípio do juiz natural [11].

[1] Esta mesma lei também acrescentou ao Código Penal disposições tipificando e tornando mais graves os crimes de violação de dispositivo informático, furto e estelionato cometidos de forma eletrônica ou pela internet (artigos 154-A, 155, § 4º-B, 155, § 4º-C, 171, §§ 2º-A, 2º-B e § 4º).

[2] Sobre o conceito de domicílio, veja-se os artigos 70 a 76 do Código Civil, aplicáveis ao processo penal.

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

[3] Sobre a prevenção, espera-se que o STF restaure o quanto antes a eficácia dos artigos 3º B a 3º F do CPP, suspensa, sine die, por uma liminar do Ministro Luiz Fux, atendendo a pedidos feitos em ações constitucionais ajuizadas por associações de classe de membros do Ministério Público e da Magistratura, e por partidos políticos (ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6305); com efeito, implementando-se, efetivamente, o Juiz das Garantias, finalmente, a questão da prevenção como critério determinador da competência adequar-se-á a um processo penal de modelo acusatório, nos termos da Constituição Federal e do artigo 3º-A, CPP, cuja eficácia, aliás, também está suspensa pela mesma liminar.

[4] BELING, Ernst. Derecho Procesal Penal. Barcelona: Editorial Labor, 1943, pp. 52 e 53.

[5] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Volume VII. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 227.

[6] HUNGRIA, Nelson. Obra citada, p. 247.

[7] Idem, ibidem.

[8] Faz-se referência, ainda, aos Enunciados 246 ("Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos" e 554 ("O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal"), ambos da súmula do STF, aprovados, respectivamente, nas sessões plenárias de *13 de dezembro de 1963 e 15 de dezembro de 1976; também, cita-se o Enunciado 24 da súmula do STJ: "*Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da previdência social, a qualificadora do § 3º, do artigo 171 do Código Penal" (publicada no dia *10 de abril de 1991).*

[9] Evidentemente, não se ignora a doutrina que, acolhendo "*uma criteriosa perspectiva material, distingue, dentro do direito processual penal, as normas processuais penais materiais das normas processuais formais.*" Estas 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*." Este 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.*" (CARVALHO, Taipa de. Sucessão de Leis Penais. Coimbra: Coimbra Editora, págs. 219/223). Neste aspecto, também Eduardo Couture já

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

afirmava "*que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio*". (COUTURE, Eduardo. Interpretação das Leis Processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 36). Comentando a respeito das normas de caráter misto, assim afirmava 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*." (TUCCI, Rogério Lauria. Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal . São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 124). Mas, no caso ora analisado, em definitivo, não se está diante de uma norma processual penal de natureza material.

[10] Diferentemente do processo civil, e em razão de disposição expressa no CPP (artigo 109, CPP) – não sendo o caso, portanto, de se invocar a aplicação analógica prevista no artigo 3º, CPP – não há falar-se no processo penal em *perpetuatio jurisdictionis, salvo caso raríssimo como o artigo 81, caput , CPP; o que existe é a possibilidade vária de uma modificação da competência ditada por lei, como se dá, por exemplo, na Lei nº 9.099/95 (artigos 66, parágrafo único e 77, § 2º), nos casos de desaforamento (artigo 427), conexão (artigo 76), continência (artigo 77), incidente de deslocamento de competência (artigo 109, § 5º, CF), na ação penal de iniciativa privada (artigo 73).*

[11] Como se sabe, tais princípios não se confundem, conforme lição de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: "É preciso ressaltar, ainda, que o princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do Juiz Natural. Como se sabe, por este, ninguém poderá ser processado ou sentenciado por juiz incompetente, ou seja, *o juiz natural é o juiz competente, aquele que tem sua competência legalmente preestabelecida para julgar determinado caso concreto*. Já por aquele (o princípio da identidade física) assegura-se aos jurisdicionados a vinculação da pessoa do juiz ao processo." Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587. Acesso em 30 de maio de 2021.

Date Created
07/06/2021

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