Moreira: O STF e a ação penal no crime de estelionato

A 2ª Turma do STF começou a julgar na sessão do último dia 8/6 se a Lei 13.964/19, que alterou o CP e passou a prever a representação da vítima autorizando uma acusação por estelionato, poderá retroagir

rada em vigor do novo dispositivo.

O tema é tratado no Habeas Corpus 180.421, que teve o julgamento suspenso por pedido de vista do ministro Gilmar Mendes, e foi retomado na sessão do último dia 15. O relator é o ministro Edson Fachin que, naquela primeira sessão (8/6), reconsiderou, em parte, o voto apresentado na sessão virtual.

Conforme voto do relator, *"a mudança privilegia a justiça consensual e os espaços de consenso, sobretudo em crimes de natureza patrimonial, em que a questão subjacente à violação à norma penal é o prejuízo ao patrimônio de terceiro"*. Segundo ele, *"diferentemente das normas processuais puras, orientadas pela regra do artigo 2º do CPP (segundo o qual lei processual penal não invalida os atos realizados sob a vigência da lei anterior), as normas, quando favoráveis ao réu, devem ser aplicadas de maneira retroativa, alcançando fatos do passado, enquanto a ação penal estiver em curso, regra que está em consonância com o princípio constitucional segundo o qual a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu"*.

Para o relator, *"a expressão lei penal prevista no artigo 5º da Constituição deve ser interpretada para abranger tanto as leis penais em sentido estrito quanto as leis penais processuais e, embora a lei de 2019 não contenha preceito literalmente idêntico, a jurisprudência é firme no sentido de que, em razão desse princípio constitucional, a modificação da natureza da ação pública para ação penal condicionada à representação deve retroagir e ter aplicação mesmo em ações penais já iniciadas"*, afirmando, outrossim, *"que a aplicação da norma mais favorável ao réu não pode ser um ato condicionado à regulação legislativa, sendo o caso de se intimar a vítima para que diga se tem interesse no prosseguimento da ação, no prazo legal de 30 dias"*.

Em continuidade do julgamento, na sessão do dia 15/6, o ministro Gilmar Mendes, acompanhando o voto do relator, afirmou *"que a norma que trata da ação penal tem natureza mista (material e processual), por acarretar reflexos nas duas esferas. Portanto, deve retroagir em benefício do réu, devendo ser aplicada em investigações e processos em andamento, ainda que iniciados antes da sua vigência"*. Conforme consta do voto-vista, *"a aplicação da regra inserida no parágrafo 5º do artigo 171 do CP a processos em curso na época da entrada em vigor da norma está em conformidade com a jurisprudência do Supremo, sedimentada na interpretação de modificações semelhantes realizadas*

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

anteriormente pela Lei 9.099/1995, em relação a lesão corporal leve e culposa".

Naquela sessão (15/6), também seguiu o relator o ministro Nunes Marques, para quem *"a lei de 2019 introduziu uma norma de conteúdo misto, com reflexo na probabilidade da conduta em tese delituosa, o que afasta a regra do artigo 2º do CPP, segundo a qual os atos jurídicos devem ser regidos pela lei da época em que ocorreram. Dessa forma, a seu ver, por ser mais favorável ao réu, a regra deve retroagir".*

O julgamento foi mais uma vez suspenso e será retomado na próxima sessão, dia 22/6, com o voto da ministra Cármen Lúcia.

Pois bem.

Como se sabe, a Lei 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 posta em discussão agora no Supremo Tribunal Federal — e já enfrentada por nós em texto anterior, logo depois da alteração legislativa — diz respeito aos processos pendentes, perguntando-se, então: 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?

Neste 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.

A questão precisa ser analisada 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*).

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

Nada obstante a aparente simplicidade da questão, 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"*. 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 irretroatividade da lei desfavorável e o da retroatividade 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."*. 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 [1].

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"* [2].

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"* [3].

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"* [4].

Feitas estas considerações acerca das normas processuais penais de natureza material (verdadeiras normas de garantia), vê-se que o novo § 5º, do artigo 171 do CP, insere-se nesta 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).

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

Lembra-se, por oportuno, que algo semelhante ocorreu com a entrada em vigor do artigo 88 da Lei nº 9.099/95, quando se estabeleceu 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.

Ora, 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 *"a individualização da lei penal mais benigna deve se fazer em cada caso concreto"* [5].

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 [6].

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 5º, 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, à 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"* [7].

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

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, *"no direito processual penal é possível utilizar a analogia com eficácia"*. Para ele, *"as chamadas lacunas do direito frente ao conjunto de normas vigentes que sistematizam um ordenamento procesual penal, podem ser supridas por outras previsões do mesmo ordenamento processual penal"* [8].

Também Alcala-Zamora, após afirmar que a analogia trata-se de um método de autointegração da norma, explica que pela aplicação analógica *"as lacunas são supridas com a própria lei", fundando-se "no conceito de princípio jurídico, que condensa o pensamento representado pela norma"*. E, com base em Alsina, afirma que *"a analogia é um procedimento indutivo-dedutivo que permite chegar de um fato a outro pela aplicação de um princípio comum. Com efeito, para que duas situações considerem-se análogas é necessário que ambas contenhan elementos comuns. Quanto mais sejam os elementos comuns, maior será a analogia, e se o fossem todos, então já não haveria analogia, mas identidade"* [9].

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')"* [10].

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 [11]), 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.

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"* [12].

Esperemos, então, a decisão definitiva da Suprema Corte.

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

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

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

[4] TUCCI, Rogério Lauria. Direito Intertemporal e a Nova Codificação Processual Penal. São Paulo:

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

José Bushatsky, 1975, p. 124.

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

[6] Identifica-se, 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 arts. 92, 93, 152, 366 e 798, § 4º., CPP, além do artigo 89, da Lei nº 9.099/95 (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Volume II. Campinas: Bookseller, 1998, p. 218).

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

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

[9] CASTILLO, Niceto Alcala-Zamora y, LEVENE, Ricardo. Derecho Procesal Penal, Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1960, p. 154.

[10] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97.

[11] 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).

[12] Observa-se que esta representação, conforme assentado na doutrina e na jurisprudência, prescinde de maiores formalidades; neste sentido, conferir o Recurso Especial nº 188.878 e HC 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
18/06/2021

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