

Johner: A exigência de representação no crime de estelionato

A Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida como pacote "anticrime", alterou a natureza da ação penal do crime de estelionato, que, outrora pública incondicionada, passou a ser, em regra, pública condicionada à representação, salvo se a vítima for a Administração Pública, direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental ou maior de 70 anos de idade ou incapaz (artigo 171, §5º,



Com a mudança, surgiram aparentes problemas relacionados

à aplicação da norma: ter-se-ia de aplicá-la apenas aos casos nos quais a denúncia ainda não foi oferecida, ou, por ser mais benéfica ao réu, também naqueles outros cujo processo já está em curso? Quanto a isso, a doutrina parecia apresentar certo consenso de que as normas híbridas ou mistas, com natureza material e processual, retroagem para beneficiar o réu quando lhe são benéficas, em cumprimento ao disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal (CF).

Em relação à mudança efetuada pelo pacote "anticrime" em particular, Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, seguiu o entendimento até então tido como prevalecente. Segundo o autor, a mudança legislativa que alterou a ação penal no crime de estelionato assumiu nítida natureza penal, pois criou, em favor do acusado, nova causa extintiva de punibilidade, qual seja a *decadência*. O fato de a Lei nº 13.964/2019 silenciar a respeito, diferentemente do que ocorrera com a Lei nº 9.099/1995, não deve constituir um empecilho para a incidência do novo regramento, cabendo o efeito retroativo mesmo nas ações penais já em curso, demandando a representação da vítima para o seguimento do processo [\[1\]](#).

Por outro lado, Rogério Sanches Cunha manifestou-se no sentido de que a denúncia já ofertada constitui ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança legislativa. Além disso, entendeu ser incorreta a intimação da vítima para manifestar o seu interesse em ver prosseguir o processo, o que transformaria a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. Já naqueles casos em que não houve o oferecimento da denúncia, o autor considera que o Ministério Público (MP) deve aguardar a representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, que teria como termo inicial, em relação aos fatos pretéritos, o início da vigência da lei [\[2\]](#).



A visão projetada pelo segundo autor foi a que ecoou e embasou as decisões dos tribunais superiores. Basta notar a citação direta usada pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do STJ, na decisão proferida no Habeas Corpus (HC) nº 585.179/SP, e a menção feita pelo ministro Alexandre de Moraes, do STF, na decisão que exarou no bojo do HC nº 187.341/SP.

A questão por fim chegou à 3ª Seção do STJ, sendo debatida no HC nº 610.201/SP para ao final firmar o entendimento de que o §5º do artigo 171 não retroage aos fatos praticados antes da sua vigência e que já foram objeto de denúncia pelo MP. Os principais argumentos lançados pelo relator, ministro Ribeiro Dantas, foram, basicamente, no sentido de defesa da segurança jurídica e do respeito ao ato jurídico perfeito, consubstanciado no oferecimento da denúncia. Além disso, frisou que o legislador nada esclareceu a respeito da retroatividade da norma, que, se aplicada fosse aos casos já em andamento, contrariaria a vontade clara e expressa dos representantes populares. Também destacou que a representação não exige maiores formalidades, bastando com que a vítima tenha levado a ocorrência do fato ao conhecimento da autoridade para manifestar a sua aquiescência ao processamento. No mais, ter-se-ia de reconhecer a representação como condição de prosseguibilidade, o que alteraria a sua natureza jurídica, que é de condição de procedibilidade.

Vejamos alguns pontos. No que toca ao aspecto prático de prescindir de maiores formalidades para a representação, isso de tempos em tempos é assente na jurisprudência dos tribunais superiores: basta com que a vítima manifeste-se inequivocamente a respeito. Mas, como cada caso é um caso, as particularidades das inúmeras situações devem ser observadas. Pense-se num hipotético exemplo em que a vítima, ao registrar a ocorrência na delegacia de polícia, tenha manifestado o interesse em representar, dando-se início à investigação. Durante o decurso do prazo decadencial, ela foi ressarcida pelo autor dos fatos, porém não mais retornou perante a autoridade policial para retratar-se, tendo seguimento o inquérito que, posteriormente, serviu de base para o oferecimento da denúncia. Nesse exemplo hipotético, cuja ocorrência não se é de descartar, a vítima não mais demonstrou o interesse em representar criminalmente durante o lapso do prazo decadencial, o que apenas pode não ter sido levado em conta por questões burocráticas.

Além disso, como o crime de estelionato era procedido mediante ação penal pública incondicionada antes das mudanças legislativas, é possível que o atendente, ao registrar o boletim de ocorrência, não tenha perguntado à vítima se ela manifestava o interesse em representar, por saber que, uma vez efetuado o registro, o fato seria investigado, mesmo que a contragosto da vontade do ofendido. É comum as pessoas registrarem boletins de ocorrência apenas para "salvaguardar direitos", como em casos de lesões corporais leves ou ameaças. Daí que o simples registro da ocorrência não pareça ser suficiente para demonstrar a "vontade inequívoca" da vítima em representar criminalmente.



É bem verdade que *"a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia"* (artigo 102, CP; artigo 25, CPP). Mas, se bem vemos, não se podem desconsiderar as circunstâncias de cada caso concreto em prejuízo da liberdade. Afinal, a vítima pode ter sido ressarcida pelo autor dos fatos depois de oferecida a denúncia e não mais desejar o prosseguimento do feito, caso em que a exigência de representação, coadunando-se com o artigo 5º, XL, da CF é mais benéfica do que a atenuante do artigo 65, III, "b", do CP. Se estiver correto o mobilismo de Heráclito, de que nenhum homem pode banhar-se no mesmo rio duas vezes, porque nem o homem e nem o rio serão os mesmos, deve ter lugar o benefício da dúvida (a vítima que anteriormente manifestou o interesse em representar criminalmente pode não mais tê-lo depois da inclusão do §5º ao artigo 171 do CP).

O argumento de respeito ao ato jurídico perfeito, consubstanciado na denúncia, do mesmo modo apresenta falhas. É certo que a *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada"* (artigo 5º, XXXVI, CF). Logo à frente, a CF estabelece que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (artigo 5º, XL). Há aí um aparente conflito entre direitos fundamentais, que é resolvido em favor da liberdade: a superveniência de lei que, por exemplo, revogue o crime pelo qual o réu foi anteriormente condenado faz cessar todos os efeitos da condenação, ainda que transitada em julgado (artigo 2º, CP). Seguindo esse raciocínio, a lei mais favorável deve também retroagir para beneficiar o réu, mesmo que diante de ato jurídico perfeito, primando, novamente, pelo resguardo à liberdade. Essa ponderação, salvo melhor juízo, não foi realizada no julgamento.

O caráter material dos acréscimos efetuados no artigo 171 do CP consiste no fato de que a exigência de representação é um limite ao poder de punir, devendo o Estado respeitar a vontade da vítima. Além do mais, a decadência, como causa extintiva da punibilidade, também configura um óbice ao poder de punir, não encontrado nas ações penais públicas incondicionadas. O mesmo valeria se ocorresse a mudança de um crime cuja ação penal é de natureza pública condicionada à representação, como, por exemplo, a ameaça, para ação penal privada: esta admite institutos como o perdão, a perempção e a renúncia, inexistentes em casos de ação penal pública condicionada à representação, sendo, pois, mais benéfica ao réu, devendo então retroagir.

O silêncio do legislador a respeito da retroatividade tampouco é convincente para barrar o efeito retroativo da lei. A omissão legislativa não significa que o legislador não quis estabelecer efeitos retroativos à lei, já que a própria Constituição se manifesta expressamente sobre o assunto no artigo 5º, XL. Como bem salientou o ministro Rogerio Schietti em seu voto no HC 610.201/SP, *"mesmo que o legislador não o diga — porque não se trata necessariamente de norma-dispositivo, mas de norma-princípio — somos vinculados a tal máxima, que é um cânone do Direito Penal"*. E complementa:

"Seria equivocado condicionar a incidência de tal regra à regulação legislativa, sob pena de, por lógica consequencial, admitirmos pudesse o legislador votar uma lei determinando que não se aplica aos processos pendentes (ou julgados), v. g., a diminuição da pena de determinado crime. Tal enunciado normativo, à evidência, seria inconstitucional".



Em relação ao marco temporal para a retroatividade da norma, parece também correta a solução proposta pelo ministro Rogerio Schietti: limitá-la até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nas palavras do ministro, *"impor a coisa julgada como limite lógico é acertado porque, além do conteúdo penal, a norma também tem natureza processual, isto é, pressupõe que haja um processo em curso (não encerrado)"*. Desse modo, a coisa julgada só poderia ser desfeita por *novatio legis in melius* com conteúdo puramente material.

Obiter dictum: o ministro Ribeiro Dantas, em seu voto, destacou que *"temos uma aplicação do Direito Penal que talvez precise ser revista, mas talvez precisemos deixar para punir com sanção penal aquelas atitudes realmente mais agressivas"*. Eis uma descoberta que os teóricos de um Direito Penal de tutela subsidiária de bens jurídicos parecem não ter se dado conta (contém ironia). Ao fim e ao cabo, *o advérbio de dúvida é duvidoso porque se duvida de algo que é manifesto!*

[1] LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 366.

[2] SANCHES CUNHA, Rogério. *Pacote anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 65.

Date Created

01/05/2021