

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Pela divergência entre os julgados da Primeira e Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal, submeti este agravo regimental ao Plenário, para que seja adotada orientação uniforme quanto à matéria aqui discutida.

2. O que se pede na presente impetração é o trancamento da Ação Penal n. 0037222.33.2019.8.19.0001, em trâmite na Vigésima Sétima Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, e, subsidiariamente, a determinação de intimação da vítima para que, no prazo de 30 dias, informe se pretende representar contra o paciente.

3. Consta dos autos ter sido o paciente denunciado, em 15.2.2019, pela prática do delito previsto no *caput* do art. 171 do Código Penal, por ter obtido vantagem ilícita no valor de R\$ 21.000,00 em prejuízo da vítima Eliana Camilo de Souza, mediante fraude, por ter revendido o veículo de propriedade da vítima e não ter lhe repassado o valor integral obtido com a venda, ocorrido em 15.3.2014 (e-doc. 3).

O réu foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de dois anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e vinte dias-multa, pela prática do crime previsto no *caput* do art. 171 do Código Penal.

4. A defesa interpôs apelação, requerendo a revogação da prisão preventiva, a absolvição do acusado e, subsidiariamente, a fixação da pena no mínimo legal e em regime inicial aberto. Entre as preliminares submetidas ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a defesa requereu fosse reconhecida a retroatividade do § 5º do art. 171, incluído pela Lei n. 13.964 /2019, o que foi rejeitado pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal fluminense (e-doc. 8).

5. Impetrado o *Habeas Corpus* n. 686.746/RJ no Superior Tribunal de Justiça, o Relator, Ministro Joel Ilan Paciornik, não conheceu da impetração. A decisão foi mantida pela Quinta Turma, que negou provimento ao agravo regimental interposto pela defesa, consignando que, “[e]m razão das

alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, a retroatividade da representação no crime de estelionato não alcança o processo cuja denúncia já foi oferecida' (AgRg no HC 641.684/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, DJe 6/8/2021)'' (e-doc. 11).

6. A discussão posta nesta impetração refere-se à retroatividade do § 5º do art. 171, incluído pela Lei n. 13.964/2019 no Código Penal. Nesse dispositivo se alterou a natureza da ação penal para caso comum de estelionato, passando-se a exigir representação da vítima para persecução penal. Tem-se na norma:

“Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

(...)

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a Administração Pública, direta ou indireta; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - pessoa com deficiência mental; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)''.

7. A modificação legislativa realça o princípio da subsidiariedade do direito penal, relegando sua incidência apenas a situações nas quais se demonstre a inefetividade dos demais ramos do direito para solucionar o conflito (*ultima ratio*). Sobre o tema leciona, por exemplo, André Mauro Lacerda Azevedo:

“No crime de estelionato, o bem jurídico tutelado é o patrimônio, inexistindo, para além dele, outro bem a ser protegido pelo tipo, distinguindo-se, assim, de outros delitos patrimoniais, como no caso do roubo, por exemplo, em que se protege o patrimônio, mas, também, a liberdade, integridade física e vida da vítima.

Por proteger apenas o patrimônio, não havendo, ainda, ameaça ou violência para a configuração do tipo, que se satisfaz, unicamente, com o ardil próprio desses crimes, o estelionato, assim como o delito de dano, entre outros, encontra-se num patamar de menor gravidade,

e, por conseguinte, permite que o legislador confira-lhe um tratamento penal menos rigoroso, seja pelo bem jurídico tutelado, seja pela menor reprovabilidade da conduta praticada.

O fato é que o estelionato, diferentemente do roubo, latrocínio ou sequestro, apenas para citar alguns exemplos, prescinde das exigências impostas aos delitos patrimoniais nos quais há a afetação de outros bens jurídicos e, conseqüentemente, possuidores de um maior grau de censurabilidade.

Infere-se, daí, que a punição do estelionato configura uma questão muito mais da esfera privada do que da pública, embora ainda haja um ponto de conexão, por se tratar de um daqueles bens jurídicos mais caros ao desenvolvimento da pessoa e à estabilidade social. Com isso, estamos a delinear uma concepção de bem jurídico ancorada naqueles bens e interesses dignos de proteção, cuja necessidade do emprego dos meios penais mostre-se absolutamente necessária, o que significa compreender o Direito Penal como um instrumento de proteção subsidiária de bens jurídicos – subsidiärer Rechtsgüterschutz

A dimensão material do Direito Penal há que se vincular aos postulados normativos constitucionais, dentre os quais se destaca a proteção de bens e interesses indispensáveis à preservação da paz social e da livre convivência em sociedade. É essa função social do Direito Penal que fornece os limites de sua intervenção.

A partir disso, se a descriminalização, sob essa ótica, mostra-se inaceitável, por outro lado, a exigência da representação da vítima coloca o estelionato no patamar mais adequado às suas características, sobretudo no que se refere ao bem jurídico que visa proteger e aos danos que pretende evitar” (AZEVEDO, A.M.L. Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019: temas penais e processuais penais. Coordenação: Habib, G.. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 74-75).

8. No § 5º do art. 171 do Código Penal se incluiu nova condição de procedibilidade para a ação penal nos crimes de estelionato que não digam respeito à Administração Pública ou a vítimas vulneráveis especificadas em seus incisos.

A norma processual, entretanto, é de natureza híbrida. Repercute diretamente na causa de extinção da punibilidade prevista no inc. IV do art. 107 c/c art. 103 do Código Penal.

9. A Primeira Turma deste Supremo Tribunal, no entanto, vem se manifestando sobre a matéria no sentido que a retroatividade do § 5º do art.

171 do Código Penal, alterada pela Lei n. 13.964/19, seria aplicável a fatos anteriores desde que não oferecida a denúncia (HC n. 187.341, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13.10.2020, DJe 4.11.2020). Naquele julgado, realçou-se tratar-se a representação de condição de procedibilidade para ação penal – e não prosseguibilidade –, o princípio do *tempus regit actum* e o ato jurídico perfeito.

Assim também me manifestei monocraticamente nos *Habeas Corpus* n. 188.498; *Habeas Corpus* n. 188.546 e Recurso em *Habeas Corpus* n. 196.789, acompanhando a então prevalecente jurisprudência deste Supremo Tribunal quanto à desnecessidade de formalidade específica para a representação nos crimes de ação penal pública condicionada.

10. O tema é novo e até a maturação jurisprudencial permite a análise da norma introduzida no sistema jurídico, sua natureza e melhor forma de aplicação. Há que se ter em conta, pois, as razões de política criminal que motivaram a alteração legislativa e que se põem no sentido de se dotar de maior amplitude a retroatividade da nova norma posta no § 5º do art. 171 do Código Penal.

A exigência de representação para os crimes de estelionato permite que esses conflitos sejam resolvidos nos ramos cível ou pela via consensual no Poder Judiciário com a reparação dos danos financeiros, salvo expressa opção da vítima pela persecução penal.

Essa opção legislativa conforma-se ao princípio da fragmentariedade do direito penal e permite a redução das instruções penais tanto quanto o prolongamento de ações criminais em curso, o que se conjuga com a lógica de aprimoramento da eficiência do sistema de justiça criminal.

11. Há de se ter em consideração o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, pelo que, reconhecida a natureza mista da norma contida no § 5º do art. 171 do Código Penal, a retroação mais benéfica ao acusado há de ter a maior amplitude compatível com os contornos do instituto.

Gustavo Badaró explica sobre as normas processuais híbridas e o direito intertemporal:

“Inegavelmente, há normas de caráter exclusivamente penal e normas processuais penais. Todavia, a doutrina também reconhece a existência das chamadas normas mistas ou normas processuais materiais. Embora não se discuta a existência de tais normas, há discrepância quanto ao conteúdo mais restrito ou mais ampliado que se deve dar a tais conceitos.

A corrente restritiva considera que são normas processuais mistas, ou de conteúdo material, aquelas que, embora disciplinadas em diplomas processuais penais, disponham sobre o conteúdo da pretensão punitiva. Assim, são normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais, aquelas relativas: ao direito de queixa ou de representação, à prescrição e decadência, ao perdão à perempção, entre outras.

Mesmo que se adote a corrente restritiva, inegavelmente devem ser consideradas normas processuais materiais, ou normas mistas, com aplicação retroativa, por serem mais benéficas, os seguintes dispositivos da Lei 13.964/2019: a exigência de representação para o crime de estelionato (CP, art. 171, §5º), a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal (CPP, art. 28-A).

Com relação à exigência para representação no crime de estelionato, trata-se de exigência superveniente de condição de procedibilidade para ação penal, mas que cuja ausência implica extinção da punibilidade pela decadência do direito de representação (CP, art. 107, IV, c.c. CPP, art. 38), advindo daí o seu conteúdo material. Diferentemente do que ocorreu com a criação de tal exigência para o crime de lesão corporal dolosa leve e lesão corporal culposa, pela Lei 9.099/1995 (art. 88), não se previu uma regra de transição. Assim sendo, é de se aplicar o prazo geral de 6 meses a contar do início de vigência a lei. Se em tal prazo, não houve o oferecimento de representação, deverá haver a extinção da punibilidade” (BADARÓ, G. Processo Penal , 8 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 113/114).

12. Considerando a natureza mista de norma processual, este Supremo Tribunal tem determinado a aplicação retroativa do direito material mais favorável ao réu, com base no inc. XL do art. 5º da Constituição.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.719, por exemplo, o Plenário deste Supremo Tribunal deu interpretação conforme ao art. 90 da Lei n. 9.099/95 para dela excluir as normas de direito penal mais favoráveis

ao réu. Decidiu-se, então, que norma infraconstitucional não poderia limitar o alcance da retroatividade da norma penal mais benéfica. É a ementa daquele julgado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da Lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei” (ADI n. 1719, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18.6.2007, DJe 2.8.2007).

Ao analisar a retroatividade da exigência de representação nos processos penais em curso, referentes a lesões corporais leves e culposas, introduzida pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, o Plenário deste Supremo Tribunal enfatizou o caráter híbrido da norma, o que, por força constitucional lhe conferiria retroatividade. É o que se extrai do voto do Ministro Celso de Mello, Relator da Questão de Ordem no Inquérito n. 1.055:

“ (...) Na realidade, a lei nova que passa a disciplinar, de todo diverso, com irrecusável projeção sobre a pretensão punitiva do Estado, o exercício da ação penal, convertendo em ação pública condicionada a ação penal pública incondicionada – e fazendo depender o seu ajuizamento, em consequência, de representação do ofendido (como no caso) – configura típica hipótese de lex mitior, que se reveste, por efeito de disposição constitucional expressa (art. 5º, XL), de irrecusável carga de retroatividade virtual” (Inq n. 1.055 QO, Relator o Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24.4.1996, DJ 24.5.1996).

O art. 91 da Lei n. 9.099/1995 não foi determinante para aplicação retroativa do art. 88 deste diploma legal, pois a Constituição da República, no inc. XL do art. 5º, exige a retroatividade da norma penal mais benéfica ao acusado. No art. 91 da Lei n. 9.099/1995 apenas se regulou essa

retroatividade, como norma de transição, ao estabelecer a intimação do ofendido para que, no prazo de trinta dias, oferecesse a representação, sob pena de decadência.

13. Com esses precedentes do Plenário deste Supremo Tribunal, sendo a exigência de representação para o crime de estelionato norma processual de caráter híbrido favorável ao acusado, há de ser aplicada retroativamente aos processos em curso.

Nesse sentido a Segunda Turma, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n. 180.421, na sessão de 22.6.2021, decidiu por unanimidade pela aplicação retroativa, até o trânsito em julgado, do disposto no § 5º do art. 171 do Código Penal, alterada pela Lei n. 13.964/2019. É a ementa do julgado, do qual participei, manifestando-me pela retroação da norma benéfica ao acusado:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTIÇA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADAS. FATOS E PROVAS. LEI 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. RENÚNCIA TÁCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A rejeição da denúncia é providência excepcional, viável somente quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa para ação penal, aspectos não compreendidos no caso sob análise. Precedentes. 2. A expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 3. O § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a

saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP). 4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal. 7. No caso concreto, o paciente e a vítima celebraram termo de quitação no qual consta que o ofendido “dá ampla, geral e irrestrita quitação” ao paciente e que aquele obriga-se a aditar a ocorrência policial para informar esse fato à autoridade policial. Essa circunstância traduz renúncia tácita ao direito de representação por se tratar de ato incompatível com a vontade de exercê-lo. 8. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal por falta de condição de procedibilidade” (HC n. 180.421 AgR, Relator o Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 6.12.2021).

14. Na espécie vertente, consta do e-doc. 5 termo de quitação de dívida com firma reconhecida da vítima, datado de 17.6.2019, em que ela afirma ter recebido os valores referentes à venda do veículo, dando ampla, irrestrita e integral quitação, além de um e-mail, atribuído à Eliana Camilo de Souza, datado de 30.4.2020, em que ela informa não ter interesse no prosseguimento da ação penal n. 0037222.33.2019.8.19.0001 (e-doc. 4).

Considerada a natureza híbrida da norma incluída no § 5º do art. 171 pela Lei n. 13.964/2019 no Código Penal, a retroação deve incidir em benefício do paciente.

15. Pelo exposto, voto no sentido de conceder a ordem, determinando que o juízo de primeiro grau proceda à intimação da vítima Eliana Camilo de Souza para que se manifeste em trinta dias se dispõe de interesse no prosseguimento da ação penal n. 0037222.33.2019.8.19.0001, sem o que

haverá o trancamento do processo. Fica ratificada a medida liminar que suspendeu a ação penal até o pronunciamento da ofendida.

Plenário Virtual - minuta de voto - 25/03/2022 00:00