

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator):

Peço vênia à eminente Ministra Relatora, para divergir.

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido nos autos do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 686.746/RJ, submetido à relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK.

Consta dos autos, em síntese, que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de estelionato (art. 171 do Código Penal).

De acordo com a denúncia:

Em 15 de março de 2014, na Estr. do Galeão, n. 2315, Ilha do Governador, nesta cidade, o denunciado, consciente e voluntariamente, obteve, para si, vantagem ilícita de aproximadamente R\$ 21.0000,00 em prejuízo de ELIANA CAMILO DE SOUZA, mediante fraude porque revendeu o veículo Agile Ltz, placa LQP 6285, de propriedade da vítima, mas não repassou a quantia integral para ela, chegando a emitir 4 cheques sem provisões de fundos e sustados do Banco Itaú e do Banco Bradesco em nome de sua genitora TANIA, para complementar o valor faltante: **vide R. O. De fl. 3 e cópia dos cheques de fl. 5.**

De fato, em janeiro de 2014, a vítima deixou seu veículo para ser negociado por R\$ 34.000,00 pela empresa LIP MILA AUMOMÓVEIS LTDA, de propriedade do denunciado, porém, apesar da venda do mesmo para terceiro, só houve repasse de R\$ 13.000,00 à vítima, que retornou à empresa inúmeras vezes e chegou a receber os 4 cheques em questão, estando um sem provisão de fundos e os outros 3 sustados, frustrados, assim, o recebimento da quantia devida, consoante declarações de fl. 4.

Por fim, apesar do denunciado não ter sido ouvido, importante frisar que ele está envolvido **em inúmeros registros policiais de estelionatos** com o mesmo *modus operandi*, de acordo com o portal de segurança e FAC de fls. 17 e seg.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso de Apelação interposto pela defesa, para

redimensionar as penas para 1 ano e 2 meses de reclusão. O acórdão ficou assim ementado:

EMENTA– APELAÇÃO – Condenação por infração ao art. 171 do Código Penal. Recurso defensivo. Remessa à 1ª instância a fim de que a vítima seja intimada para declarar ou não o desejo de representar, tendo em vista a Lei 13.964/2019, que passou a exigir representação para o crime previsto no art. 171 § 5º do CP. Impossibilidade. A retroatividade da representação não atinge aos processos em curso, sob pena de transformar a representação em condição de prosseguibilidade, condição essa que não previu o legislador. Entendimento firmado em recentes precedentes do STJ. **Aplicação do art. 28-A do CPP. Impossibilidade. Ausência dos requisitos para sua aplicação, cuja confissão é pressuposto básico para eventual possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, o que não ocorreu. Preliminares que se rejeitam. **Absolvição. Impossibilidade.** Materialidade positivada. Autoria que ressaí da prova colacionada. Vítima deixou seu veículo para venda no estabelecimento do réu (LIP MILA AUTOMÓVEIS LTDA), com quem possuía uma relação de confiança, o qual foi vendido por R\$34.000,00, repassando para a lesada somente o valor de R\$8.800,00. Ao tentar receber o restante o réu passou para a vítima 04 cheques (dois em 2014 e 02 em 2015), os quais não foram compensados, posto que devolvidos, dois sem fundos e dois sustados. Depois de muito tempo a vítima logrou receber o valor faltante pelo Bradesco, haja vista que este havia financiado o valor para terceiros junto ao estabelecimento do lesado, não havendo, contudo, nenhuma participação ou intercedência do réu para a quitação da dívida. Prova firme e segura. Absolvição que se refuta. **Dosimetria da pena que merece reparo.** Pena-base deve ser exasperada, mas o aumento se mostrou excessivo. Redimensionamento das penas. **Regime semiaberto que se mantém,** eis que em consonância com o disposto no art. 33 § 3º do Código Penal. **REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. Redimensionamento das penas.****

Alegando que a ausência de representação da vítima conduz ao trancamento da ação penal, pois, de acordo com a Lei 13.964/19, estaria ausente a condição de procedibilidade, a defesa impetrou Habeas Corpus no Superior Tribunal de Justiça, não conhecido pelo Ministro relator, em decisão confirmada pelo Colegiado no julgamento do subsequente Agravo Regimental. Eis a ementa do acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. RETROATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. " *Em 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).

2. Agravo regimental desprovido.

Nesta ação, a defesa alega, em suma: **(a)** A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, [...] apresentou, além de outras mudanças, a necessidade de representação para o crime previsto no artigo 171 do Código Penal ; **(b)** A lei mais benéfica deverá ser aplicada a qualquer momento, seja na fase inquisitorial ou processual, conforme leitura do artigo 2, parágrafo único do Código Penal, corroborado com artigo 5, inciso XL da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ; **(c)** Considerando que a vítima, a senhora Eliana Camilo de Souza, conforme petição anexo, informou ao juízo que não deseja representar, não resta outro caminho a não ser trancar a ação penal, pois ausente a condição de procedibilidade, documento anexo ; e **(d)** Poder-se-ia argumentar que o fato de a vítima ir até à delegacia, por si só, já representa o seu desejo de representação. Sabemos que é muito comum, nos crimes patrimoniais, que as vítimas se dirigem até à delegacia, no intuito de formular um boletim de ocorrência, desejando apenas ser ressarcida pela empresa que causou o dano. No presente processo, a vítima foi inteiramente ressarcida.

Requer, assim, o trancamento da ação penal, pois ausente a condição de procedibilidade exigida para o caso em tela. Ultrapassada está a intimação da vítima para que no prazo de 30 dias informe se pretende representar.

A Ministra Relatora negou seguimento à presente impetração (DJe de 15 /12/2021).

Interposto Agravo Regimental pela defesa, a Ministra CÁRMEN LÚCIA deferiu a medida liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido na apelação n. 0037222-33.2019.8.19.0001 até julgamento deste agravo e submeto o processo a julgamento do Plenário deste Supremo Tribunal Federal, nos termos do inc. I do art. 21 e art. 22 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (DJe de 7/2/2022).

Feita essa breve retrospectiva dos fatos, **passo ao voto**.

No presente caso, decidiu o STJ:

[...] a jurisprudência desta Corte " *firmou o entendimento de que a exigência de representação da vítima no crime de estelionato não retroage aos processos cuja denúncia já tenha sido oferecida, como no caso em questão, em que a peça acusatória foi oferecida em 6/4/2017*" (AgRg no HC 637.945/SC, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, DJe 20/8/2021).

Na hipótese dos autos, a denúncia foi oferecida antes da entrada em vigor da nova legislação que exige a representação da vítima como condição de procedibilidade.

Não há ilegalidade a ser sanada.

Conforme a Primeira Turma já teve a oportunidade de registrar (HC 187341, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 4/11/2020; RHC 205070 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 3/3/2022; RHC 208320, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 10/2/2022; HC 203398 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 20/8/2021), tradicionalmente, até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (denominada "Pacote Anticrime"), o delito de estelionato (art. 171, do Código Penal) era, em regra, crime de ação penal pública incondicionada. A exceção referia-se ao art. 182, do Código Penal, pelo qual somente se procedia mediante representação se o crime fosse cometido contra as pessoas ali arroladas.

Em virtude do novo diploma legislativo, a regra para o crime de estelionato passou ser o processamento pela via de ação penal pública condicionada à representação da vítima.

Trata-se de uma legítima opção do Congresso Nacional que, priorizando o combate a criminalidade organizada, estabeleceu novos mecanismos para a solução dos delitos praticados sem violência ou grave ameaça, entre eles, o acordo de não persecução penal e a necessidade da vítima manifestar sua vontade para o processamento da ação penal pelo delito de estelionato.

Observe-se que tal medida surgiu de proposta encaminhada à Comissão de Juristas, da qual tive a honra de presidir, pelo Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, a partir da constatação fática de que em milhares de inqueritos de estelionato, após obter seu devido ressarcimento, a vítima não mais demonstrava interesse na continuidade da investigação, inclusive, deixando de comparecer às delegacias, quando devidamente intimada para complementação de seus depoimentos.

A Lei n. 13.964/2019, sob essa nova ótica, incluiu o §5º, no art. 171, do Código Penal, que define o crime de estelionato. A referida norma penal passou a ficar assim redigida:

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.

[...]

§5º. Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:

I - a Administração Pública, direta ou indireta;

II - criança ou adolescente;

III - pessoa com deficiência mental; ou

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

Verifica-se, portanto, que somente nas hipóteses expressamente previstas no §5º, do art. 171, do Código Penal, é que estaria dispensada a representação da vítima, uma vez que outros bens jurídicos estariam afetados. Nos demais casos, tal representação passou a se fazer necessária.

A partir da reforma legislativa, vários réus passaram a apresentar impugnações referentes à aplicabilidade da nova regra para os casos em que o crime de estelionato fora cometido antes da Lei n. 13.964/2019 e o Ministério Público já tivesse oferecido a denúncia antes do referido estatuto entrar em vigor, ou seja, quando ainda não era necessária a representação da vítima.

Entendo que, em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da

prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, 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 " .

Dessa maneira, independentemente do momento da prática do delito, caso ainda não iniciada a ação penal, obrigatória a incidência do novo §5º, do artigo 171 do Código Penal, para sua instauração, por tratar-se de verdadeira " condição de procedibilidade da ação penal" .

Entretanto, é inaplicável a inovação legislativa em relação à todas as ações penais já iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, no momento do oferecimento da denúncia a norma processual então aplicável definia a ação para o delito de estelionato como *pública incondicionada*, não exigindo qualquer condição para a instauração da persecução penal em juízo.

Tendo o início da ação penal se concretizado sob a égide da legislação processual anterior – que não exigia a ' *representação da vítima*' como condição de procedibilidade – consubstanciou-se, em respeito ao artigo 2º do Código de Processo Penal, o ato jurídico perfeito e, conseqüentemente, a possibilidade de continuidade da ação penal sem necessidade da aplicação retroativa do artigo 171, §5º do Código penal.

Em hipóteses semelhantes, essa SUPREMA CORTE ressaltou a importância da plena aplicabilidade do princípio *tempus regit actum* e manutenção do ato jurídico perfeito devidamente realizada em conformidade com a legislação processual em vigor à época de sua prática: HC 170.673 AgR/CE, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. 22/06/2020, DJe de 06/07/2020; AP 905 QO/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. 23/02/2016, DJe de 22/03/2016; HC 123.228/AM, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. 24/06/2015, DJe de 28/09/2015; RHC 120.468/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, j. 11/03/2014, DJe de 26/03/2014; RHC 88.512/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, j. 09/03/2010, DJe de 23/04/2010; HC 91.140/PE, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, j. 08/05/2007, DJe de 01/06/2007; HC 89.081/SP, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, j. 13/02/2007, DJe de 27/04/2007; HC 89.315/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, j. 19/09/2006, DJe de 13/10/2006; HC 170.305 AgR/PR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, j. 16/08/2019, DJe de 03/09

/2019; HC 147.237 AgR/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, j. 23/03/2018, DJe de 12/04/2018.

Observe-se que, entendimento diverso, necessitaria de expressa previsão legal, pois estaria transformando a 'representação da vítima' em condição de prosseguibilidade da ação penal, alterando sua tradicional natureza jurídica de 'condição de procedibilidade' (ROGÉRIO SANCHES CUNHA. *Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*, Salvador: JusPodivm, 2020, p. 65 ss; LUCIANO ANDERSON DE SOUZA e GUILHERME MADEIRA DEZEM. *Comentários ao Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019*, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2020).

Em hipóteses anteriores, onde o legislador pretendeu realizar essa transformação – 'condição de procedibilidade' em 'condição de prosseguibilidade' – sempre houve necessidade de expressa previsão legislativa, como ocorreu na Lei 9.099/95.

O artigo 88 ao introduzir na Lei 9.099/1995 a necessidade de representação da vítima para os fins da ação penal relativa aos crimes de lesão corporal leve e lesão culposa, expressamente estabeleceu em seu artigo 91 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. "

Desse modo, na hipótese da Lei 9.099/95, o legislador afastou a aplicação do artigo 2º do Código de Processo Penal, transformando, expressamente, essa tradicional condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade, onde a denúncia já houvesse sido oferecida

Não foi o que ocorreu na alteração do §5º, do artigo 171 do Código Penal.

Por fim, destaco que, **uma vez que não existe retratação da representação após o oferecimento da denúncia (art. 25, CPP), está-se diante de ato jurídico perfeito em face do qual a manifestação de interesse ou desinteresse da vítima no prosseguimento do feito não repercute na continuidade da persecução penal.**

O acórdão combatido, portanto, não apresenta ilegalidade ou teratologia.

Diante do exposto, NEGO provimento ao Agravo Interno, revogando-se a medida liminar, e, por consequência, INDEFIRO a ordem de *HABEAS CORPUS*.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 31/03/2023