

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 224.844 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : MIKAIL REIMBERG ROCHA
RECTE.(S) : MARLON OLIVEIRA DIAS ROCHA
ADV.(A/S) : ANDERSON DOS SANTOS DOMINGUES
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO: Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto contra acórdão do STJ, que restou ementado nos seguintes termos (AgRg no HC 782.438/SP):

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. SUPERVENIÊNCIA DO ENTENDIMENTO DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ (HC N. 610.201/SP). DENÚNCIA OFERTADA E RECEBIDA ANTES DA ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. DECISÃO QUE DEVE SER MANTIDA. Agravo regimental improvido.

Em razão da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, a qual introduziu no Código Penal o art. 171, § 5º, que tornou o crime imputado aos recorrentes infração penal de ação penal pública condicionada à representação, busca-se a anulação do processo e a intimação da vítima para ofertar representação a fim de dar prosseguimento à ação penal.

É o relatório. Decido.

Razão assiste, em parte, ao recorrente.

Esta Segunda Turma, quando do julgamento do HC 180.421-AgR, por mim relatado, DJe 6.12.2021, concluiu pela aplicação retroativa, até o

RHC 224844 / SP

trânsito em julgado, do disposto no art. 171, § 5º, do CP, com a alteração introduzida pela Lei n. 13.964/2019.

Naquela oportunidade, assentou-se que a Lei n. 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, 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).

Entendeu-se, ainda, que 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.

Ademais, a Turma reafirmou entendimento 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, é necessária a intimação da 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.

Confira-se, por oportuno, a síntese do referido HC 180.421-AgR:

“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.

RHC 224844 / SP

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, acrescentado 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

RHC 224844 / SP

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 180.421-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 6.12.2021)

Atento às balizas do decidido no HC 180.421-AgR, de minha Relatoria, e, conforme pontuado por mim na sessão do dia 9/11/2021, no julgamento do RHC 203.558-Agr, rel. Min. Ricardo Lewandowski, no caso concreto, não verifico a existência de inequívoca manifestação da vítima no sentido de representar criminalmente contra o acusado.

Ainda que a vítima tenha registrado ocorrência policial e prestado esclarecimentos na fase policial ou no curso do processo penal, o ato de comparecimento em Delegacia ou em Juízo ostenta significado plurívoco. Para tanto, basta memorar, por exemplo, que vítimas e testemunhas são

RHC 224844 / SP

intimadas a comparecer na fase inquisitorial ou processual sob pena de sofrer sanções processuais (arts. 201, § 1º e 224, do CPP). Assim, desses atos processuais, isoladamente, não se pode extrair de maneira inequívoca o interesse da vítima em ver o acusado processado criminalmente.

No mesmo sentido, cf.: ARE 1.249.156 AGR-ED, julgado pela Segunda Turma em 14/12/2021, publicado em 14.3.2022.

Ante o exposto, com amparo nos arts. 192 e 312, ambos do RISTF, dou parcial provimento ao recurso para converter o feito em diligência e determinar ao Juízo de origem a intimação da vítima para, por meio de seu representante legal, manifestar eventual interesse em representar contra os acusados no prazo de 30 dias, sob pena de decadência, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei 9.099/95 c/c o art. 3º do Código de Processo Penal.

Comunique-se ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de dar-lhe ciência desta decisão.

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2023.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente