

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 219.973 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
RECTE.(S) : RAFAEL BERTTI LANCHONI
ADV.(A/S) : GABRIEL DA SILVA CORNELIO
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. LEI Nº 13.964, DE 2019. ART. 171, § 5º, DO CP. REPRESENTAÇÃO. NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA, DESDE QUE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PROVIMENTO, EM PARTE.

1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão mediante o qual a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 748.390/SP.

2. Colhe-se dos autos que o recorrente foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, no regime semiaberto, e pagamento de 10 dias-multa, ante a prática do crime previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal (estelionato), por quatro vezes, em concurso material.

3. A pena foi mantida após o julgamento da apelação pelo Tribunal de Justiça.

4. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o STJ, em 08/06/2022, postulando a aplicação da norma prevista no § 5º, do art. 171, do Código Penal, incluída pela Lei nº 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), em cujos termos a ação penal relativa ao crime de estelionato passaria a

RHC 219973 / SP

ser condicionada à representação do ofendido.

5. Sobreveio o trânsito em julgado da condenação, em 21/06/2022.

6. Em 27/06/2022, o eminente Ministro Relator indeferiu o pedido da defesa e não conheceu do *habeas corpus*, por ser substitutivo de revisão criminal. Seguiu-se a interposição do agravo regimental do qual resultou o acórdão ora impugnado.

7. Neste recurso ordinário, o recorrente afirma ser viável a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, argumentando tratar-se de lei penal mais benéfica.

8. Requer a observância do referido preceito, declarando-se extinta a punibilidade, em virtude da decadência, ou, caso assim não se entenda, intimando-se as vítimas para apresentarem representação no prazo legal. Ainda, subsidiariamente, pretende a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

9. O Ministério Público Federal ofereceu contrarrazões.

10. A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer.

É o relatório.

Decido.

11. Após a edição da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, incluindo o § 5º no art. 171 do Código Penal, a ação penal referente ao estelionato passou a ser, em regra, condicionada à representação. Eis o teor do dispositivo:

“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.

(...)

§ 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.”

12. Nesse contexto, a **jurisprudência da Segunda Turma do STF orientou-se no sentido de ser possível a aplicação retroativa da norma, considerada sua natureza híbrida, desde que, quando de sua entrada em vigor, não tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória**. Cito, por exemplo:

“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. [...] 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. [...] 8. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal por falta de condição de procedibilidade.”

(HC nº 180.421-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 22/06/2021, p. 06/12/2021; grifos nossos).

“AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. RETROATIVIDADE DA NORMA CONTIDA NO ART. 171, § 5º, DO CÓDIGO PENAL, DESDE QUE NÃO TRANSITADA EM JULGADO A CONDENAÇÃO. HABEAS

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O art. 171, § 5º, do Código Penal, introduziu norma de conteúdo misto, penal e processual penal, o que afasta a regra do *tempus regit actum* prevista no art. 2º do Código de Processo Penal. 2. Por ser mais favorável ao réu, a nova norma deve retroagir (CF, art. 5º, XL), de modo a se exigir a representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal que imputa ao acusado, ora paciente, o cometimento do crime de estelionato. 3. Agravo interno desprovido.”

(HC nº 207.686-AgR/SC, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 02/03/2022, p. 07/04/2022; grifos nossos).

“TERCEIRO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA DESTA SUPREMA CORTE. **CRIME DE ESTELIONATO SIMPLES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL (INCLUÍDO PELA LEI 13.964/2019), DESDE QUE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM PARA POSSIBILITAR A REPRESENTAÇÃO DAS VÍTIMAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I** – A Segunda Turma desta Suprema, à unanimidade, decidiu pela retroatividade da necessidade de representação da vítima nas acusações, em andamento, por estelionato, crime em relação ao qual a Lei 13.964/2019 alterou a natureza da ação penal para condicionada à representação da vítima (§ 5º do art. 171 do Código Penal). **Assim, afirmou-se a aplicação da nova norma aos processos em andamento, mesmo após o oferecimento da denúncia, desde que antes do trânsito em julgado (vide**

juízo do HC 180.421/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin). II – Mantida a decisão agravada que decidiu pela retroatividade da norma em questão, com a necessidade de baixa dos autos à origem para possibilitar a representação das vítimas, por ausência de manifestação inequívoca nesse sentido (vide ARE 1.249.156-AgR-ED/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin; e RHC 203.558 AgR-segundo/SP, de minha relatoria, ambos da Segunda Turma). III – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(RHC nº 208.569-AgR-terceiro/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 04/04/2022, p. 19/04/2022; grifos nossos).

13. Na espécie, tendo ocorrido o trânsito em julgado da condenação apenas em 2022, quando já estava vigente a nova redação do art. 171, § 5º, do Código Penal, conferida pela Lei nº 13.964, de 2019, o recorrente faz jus à aplicação retroativa da norma.

14. É inviável, contudo, o reconhecimento imediato da decadência, sem a prévia intimação das vítimas. Consoante vem decidindo a Segunda Turma, *“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.”* (HC nº 207.835-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 22/08/2022, p. 02/09/2022). No mesmo sentido:

“AGRAVO INTERNO EM HABEAS CORPUS. RETROATIVIDADE DA NORMA CONTIDA NO ART. 171, § 5º, DO CÓDIGO PENAL, DESDE QUE NÃO TRANSITADA EM JULGADO A SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO DO OFENDIDO. HABEAS CORPUS NÃO

CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O art. 171, § 5º, do Código Penal, introduziu norma de conteúdo misto, penal e processual penal, o que afasta a regra do *tempus regit actum* prevista no art. 2º do Código de Processo Penal. 2. Por ser mais favorável ao réu, a nova norma deve retroagir (CF, art. 5º, XL), de modo a se exigir a representação da vítima como condição de procedibilidade da ação penal que imputa ao acusado, ora paciente, o cometimento do crime de estelionato. **3. Descabe o reconhecimento imediato da decadência, sem prévia intimação do ofendido a se manifestar sobre o interesse em representar contra o acusado.** 4. Agravo interno desprovido.”

(HC nº 211.753-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 16/05/2022, p. 02/06/2022; grifos nossos).

15. Ante o exposto, **dou provimento, em parte, ao recurso ordinário em *habeas corpus***, com fundamento no art. 192, c/c o art. 312 do RISTF, para **determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (processo nº 0040895-41.2011.8.26.0576, da 2ª Vara Criminal da Comarca de São José do Rio Preto), a intimação das vítimas para, caso desejem, oferecerem representação, sob pena de decadência, no prazo de 30 (trinta) dias**, na forma prevista no art. 91 da Lei nº 9.099, de 1995, aplicado, por analogia, ao procedimento comum ordinário (art. 3º do CPP).

16. Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 15 de outubro de 2022.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator