

VOTO-VOGAL

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* . CRIME DE ESTELIONATO. LEI Nº186; 13.964, DE 2019. ART. 171, §167; 5º186,, DO CP. REPRESENTAÇÃO. NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA, DESDE QUE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA: MEDIANTE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE INEQUÍVOCA NO PROCESSAMENTO DO FEITO.

1. É possível a aplicação retroativa da nova redação conferida pela Lei nº186; 13.964, de 2019, ao art. 171, §167; 5º186,, do CP, considerada sua natureza híbrida, desde que não tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando da entrada em vigor da norma.

2. Muito embora esta Corte tenha firmado entendimento de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa protocolo específico, permitindo-se sua inferência a partir, por exemplo, do relato constante do boletim de ocorrência ou de termo de declaração prestado na fase policial, o que importa é saber se a partir desses documentos consta a efetiva demonstração de vontade inequívoca de que se dê o processamento do autor do crime.

3. A relevância necessária à devida caracterização do elemento volitivo da representação da vítima encontra-se, em maior escala, no conteúdo desta, e não na forma documental pela qual externada a manifestação.

4. A colheita da manifestação expressa da vítima, na fase inquisitorial, incumbe à autoridade policial e, após o recebimento da denúncia, ao Juízo *a quo* , devendo a vítima ser intimada para que, em ambas as

hipóteses, seja demonstrado o interesse no processamento criminal, advertindo-lhe de que a inércia implica a extinção de punibilidade.

5. Inexistindo inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse ou desinteresse na persecução criminal, é inviável o reconhecimento imediato da decadência. Cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei nº186; 9.099, de 1995, em 30 (trinta) dias, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º186; do Código de Processo Penal.

6. No caso concreto, inexistindo manifestação inequívoca da vítima no prosseguimento da ação penal, aplicável entendimento pela retroatividade da norma inserida no §167; 5º186; do art. 171 do CP pela Lei nº186; 13.964, de 2019, ao processo em curso. Deve ser a pessoa ofendida intimada para que, no prazo de 30 dias, ofereça, se quiser, a representação, sob pena de decadência, por analogia ao disposto no art. 91 da Lei nº186; 9.099, de 1995.

7. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

O SENHOR MINISTRO ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de agravo regimental, formalizado contra decisão da eminente Ministra Relatora por meio da qual, em 07/12/2021, negou seguimento ao *habeas corpus*, nos termos do art. 21, §167; 1º186;, do RISTF, com ressalva de posição adotada quando da composição da Segunda Turma desta Suprema Corte, invocando o princípio da colegialidade, para acompanhar posicionamento da Primeira Turma, no sentido da inaplicabilidade do §167; 5º186; do art. 171 do CP às hipóteses em que já oferecida denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº186; 13.967, de 2019 (e-doc. 15).

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado, em 15/02/2019, pela prática do crime do art. 171, *caput*, do Código Penal (estelionato) e condenado, em segundo grau, à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 dias-multa.

3. Com a inclusão do §167; 5º186; no art. 171 do Código Penal, por meio da Lei nº186; 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime), prevendo que a ação penal do crime de estelionato passaria a ser condicionada à representação, a defesa requereu no recurso de apelação a aplicação da norma e,

consequentemente, a abertura de prazo para a vítima ofertar a representação, caso desejasse. A retroatividade não foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça, tampouco pelo Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial.

4. Inconformada, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* nº186; 686.746/RJ perante o STJ, tendo sido negado provimento ao agravo regimental pela Quinta Turma.

5. Neste *habeas corpus*, o agravante defende a aplicação retroativa do §167; 5º186; do art. 171 do Código Penal, sublinhando tratar-se de lei penal mais benéfica. Sustenta ter havido manifestação da vítima por *e-mail*, em sentido contrário ao desejo de representar criminalmente em seu desfavor. Aduz que, nos crimes patrimoniais, o registro de ocorrência policial não cumpre a função de manifestação de vontade inequívoca exigida pela novo dispositivo legal, tendo havido ainda o ressarcimento do dano.

6. Requer, em sede liminar, a suspensão dos efeitos do acórdão que manteve a condenação. No mérito, postula o trancamento do processo-crime, ante ausência de condição de procedibilidade.

7. Interposta petição de agravo regimental (e-doc. 16), a e. Ministra Cármen Lúcia então, em 07/02/2022, deferiu medida liminar, para suspender os efeitos do acórdão proferido na apelação, e submeteu o processo a julgamento pelo Plenário do STF, considerando o expressivo número de casos em discussão e a divergência jurisprudencial sobre matéria constitucional, nos termos dos arts. 21, inc. I, e 22 do RISTF (e-doc. 29).

8. O feito foi incluído na Sessão Virtual de 25/03/2022 a 1º186;/04/2022, contando com voto do e. Ministro Gilmar Mendes, que acompanha a Relatora, e votos divergentes dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, que indeferiram a ordem, tendo sido interrompido o julgamento após pedido de vista do e. Ministro Dias Toffoli. Com a devolução do voto-vista, acompanhando a divergência, houve início novo julgamento virtual, na Sessão Virtual de 31/03/2023 a 12/04/2023.

Passo à apreciação.

Condição de procedibilidade da ação penal para os crimes de estelionato: norma processual com conteúdo material (híbrida)

9. A partir da edição da Lei nº186; 13.964, 2019, incluindo o §167; 5º186; no art. 171 do Código Penal, a ação penal referente ao estelionato passou a ser, em regra, condicionada à representação. Eis os termos 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. (...)

§167; 5º186; 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. ”

10. Assim, tem-se norma de natureza híbrida, ou mista, porque, embora discipline instituto processual, ostenta conteúdo sobre a pretensão punitiva (de natureza material). **Em outras palavras, consiste em uma condição de procedibilidade para a ação penal que, por outro lado, afeta diretamente o *ius puniendi* do Estado.**

11. Para o perfeito entendimento das normas processuais mistas, primeiro é indispensável fazer a distinção entre norma penal (material) e norma processual (formal). Sobre o tema, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido R. Dinamarco salientam:

“O que distingue fundamentadamente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste — sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita no direito substancial).”

12. Por sua vez, Rogério Lauria Tucci ensina:

“São normas de direito substancial as que atribuem virtualmente ao Estado o *ius puniendi*, conferindo, outrossim, e *lacto sensu*, ou a órgãos da Administração Pública, ou a particulares, o poder de disposição relativo ao conteúdo material do processo penal (pretensão punitiva e/ou pena, de um lado, e pretensão de liberdade do outro); e de direto processual penal aquelas que disciplinam toda a atividade processual, estabelecendo garantias jurisdicionais para a execução de decisões, com o determinar as formas pelas quais os sujeitos processuais devem exercer o mencionado poder dispositivo sobre o conteúdo material do processo, bem como atribuindo aos órgãos oficiais e aos particulares igual poder de disposição sobre o conteúdo formal do processo.”

13. É válido lembrar que o enquadramento de uma norma (processual ou material) independe do texto codificado no qual esteja inserida.

14. Algumas normas podem conter, cumulativamente, ambas as características, como na espécie, o que dificulta a definição da regra a ser aplicada no âmbito do direito intertemporal.

Condição de procedibilidade da ação penal para os crimes de estelionato: direito intertemporal e limite temporal à sua aplicação

15. A celeuma acontece quando se indaga qual a regra intertemporal deve ser observada. De direito material, processual ou ambas? Basicamente, em regra, inexistente retroatividade no Direito, mas, quando em jogo a primeira, o problema se resolve a partir da garantia constitucional segundo a qual a lei penal não retroagirá, s **alvo para beneficiar o réu** (CRFB, art. 5º186, inc. XL). Se estivermos diante da segunda, o art. 2º186; do Código de Processo Penal não deixa dúvidas, ao versar que a lei instrumental tem aplicação prospectiva, não alcançando atos aperfeiçoados sob a vigência de lei pretérita, em observância ao princípio do *tempus regit actum*.

16. A doutrina majoritária e a jurisprudência pacífica do Supremo entendem que se deve observar a regra de direito intertemporal das normas penais, ou seja, a extratividade (ultratatividade e retroatividade) benéfica. Nesse sentido, destaco os ensinamentos:

“(...) é certo que às normas processuais materiais se aplica o mesmo critério de direito penal, isto é, tratando-se de norma benéfica ao agente, mesmo depois de sua revogação, referida lei continuará a regular os fatos ocorridos durante sua vigência (ultratatividade da lei processual penal mista mais benéfica); na hipótese de *novatio legis in mellius*, referida norma será dotada de caráter retroativo, a ela se conferindo o poder de retroagir no tempo, a fim de regular no tempo os fatos ocorridos anteriormente a sua vigência.”

17. Até aqui, os principais entendimentos existentes sobre a retroatividade da nova condição para o processamento do crime de estelionato se harmonizam. Por outro lado, a divergência existe na definição do limite temporal à retroação:

- “a) retroage a fatos anteriores, desde que não recebida a denúncia;
- b) retroage a processos em curso, quando da entrada em vigor da lei nova, desde que não tivesse ocorrido trânsito em julgado da condenação naquele momento.”

18. A primeira corrente, adotada pela Primeira Turma, parece trazer, com a devida vênia, um equívoco inicial acerca do marco temporal para a retroação da norma processual com conteúdo material, pois apregoa que a

norma retroage a fatos delitivos anteriores a lei , desde que não recebida denúncia. Ocorre que existem dois referenciais cronológicos a de depender da natureza da norma.

19. Em jogo direito intertemporal, cumpre definir os referenciais cronológicos a que se condicionam os diferentes tipos de normas. A norma penal pura leva em conta, por óbvio, o *tempus delicti* , já a aplicação imediata da norma processual (art. 2º186; do CPP) observa o momento do ato processual.

20. Esclarece Rogério Lauria Tucci que a questão somente possui relevância quando há processo em curso:

“Trata, a seguir, o Código de sua aplicação no tempo, soando o art. 2º186; que a lei processual se aplicará imediatamente, sem prejuízo das validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. É o princípio da aplicação imediata da lei processual. Não se trata, como poderia pensar, de retroatividade. Retroagiria ela se fosse alcançar os atos anteriormente realizados, o que não sucede, pois, é expresso que eles permanecem válidos. Retroatividade há apenas em relação ao crime - lei posterior a ele -, porém tal fato é indiferente.”

21. Com a mesma ótica explica Hélio Tornaghi: “ A norma de Direito Judiciário penal tem a ver como os atos processuais, não com o ato delitivo. ”

22. O conteúdo processual da norma (e do instituto) obriga observar como marco temporal o momento processual da representação da vítima, que se coloca imediatamente antes da deflagração da ação penal. Condicionar a retroação da norma híbrida (fato indiscutível) ao recebimento da peça acusatória é o mesmo que aplicar a regra de direito intertemporal concernente às normas processuais puras, o *tempus regit actum* .

23. Com efeito, quando se verifica a retroatividade da lei processual-material benigna, devem-se levar em conta os atos processuais relativos ao desenvolvimento do processo e não simplesmente a data do delito (*tempus delicti*) .

24. Cito os seguintes precedentes, relativos a institutos despenalizadores, normas, vale lembrar, também de caráter híbrido, nos quais se assentou a possibilidade de incidência a processos em curso:

“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. 2º186; 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. 5º186, 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 nº186; 1.719/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 18/06/2007, p. 03/08/2007; grifos nossos).

“INQUERITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA - NORMA PENAL BENEFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIOS ORIGINARIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. - A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). - **A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in judicio* quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada.** (...). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto

normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). **As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.** PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. **O âmbito de incidência das normas legais em referencia - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado .”**

(Inq n°186; 1.055-QO/AM, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 24/04/1996, p. 24/05/1996; grifos nossos).

25. Convergindo com essa posição, **a jurisprudência da Segunda Turma desta Corte orientou-se no sentido de ser possível a aplicação retroativa da norma do §167; 5º186; do art. 171 do CP, considerada sua natureza híbrida, desde que, quando da sua entrada em vigor, não tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória** . Cito, por exemplo:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. LEI 13.964/2019. INCLUSÃO DO

§167; 5º186; DO ART. 171: AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º186,, XL, DA CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 3. O §167; 5º186; 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. 5º186,, 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. (...)”

(ARE nº186; 1.289.175-AgR/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 21/09/2021, p. 08/02/2022; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* . *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE AGRAVO. ESTELIONATO. LEI Nº186; 13.964, DE 2019. ART. 171, §167; 5º186,, DO CP (NOVA REDAÇÃO). REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA: NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA, DESDE QUE ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. 1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito versada no habeas corpus (CRFB, art. 102, inc. I, al. “i”). 2. A jurisprudência da Segunda Turma desta Corte orientou-se no sentido de ser possível a aplicação retroativa da norma em comento, considerada sua natureza híbrida, desde que não tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.”

(HC nº186; 213.134-AgR/PR, de minha Relatoria, Segunda Turma, j. 14/09/2022, p. 05/10/2022; grifos nossos).

“AGRAVO INTERNO EM *HABEAS CORPUS* . RETROATIVIDADE DA NORMA CONTIDA NO ART. 171, §167; 5º186,, DO CÓDIGO PENAL, DESDE QUE NÃO TRANSITADA EM JULGADO A CONDENAÇÃO . *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O art. 171, §167;

5º186,, do Código Penal, introduziu norma de conteúdo misto, penal e processual penal, o que afasta a regra do *tempus regit actum* prevista no art. 2º186; do Código de Processo Penal. **2. Por ser mais favorável ao réu, a nova norma deve retroagir (CF, art. 5º186,, 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 nº186; 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 §167; 5º186; 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 (§167; 5º186; 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 julgamento 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 nº186; 208.569-AgR-terceiro/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 04/04/2022, p. 19/04/2022; grifos nossos).

26. Portanto, inexistente razão para restringir a retroação da norma em discussão e impedir sua aplicação a processos em curso.

Condição de procedibilidade da ação penal para os crimes de estelionato: manifestação inequívoca de vontade da vítima sem maior formalidade

27. A Segunda Turma também assentou ser **dispensável formalidade maior no tocante à representação da vítima para o processo-crime relativo ao delito de estelionato , exigindo-se , entretanto, a demonstração de vontade inequívoca** do processamento do feito. Vejamos o seguinte precedente:

“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, §167; 5º186,, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º186,, XL, CF. **REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE** . FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. RENÚNCIA TÁCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 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. 3º186; 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 nº186; 180.421-AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 22/06/2021, p. 06/12/2021; grifos nossos).

28. Neste contexto, entendo que a **relevância necessária à devida caracterização do elemento volitivo da representação da vítima encontra-se, em maior escala, no conteúdo desta, e não na forma documental pela qual externada a manifestação da vítima** , ao longo das fases investigatória e judicial. Cito, por exemplo:

“AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* . REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. REPRESENTAÇÃO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. PRECEDENTES DO STF. DOCUMENTOS CONTANTES DOS AUTOS IDÔNEOS E SUFICIENTES PARA DEFLAGRAR A AÇÃO PENAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (...) II – O entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça alinha-se à jurisprudência desta Suprema Corte, firme no sentido de que “a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima, ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos” (Inquérito 3.438/SP, Rel. Min. Rosa Weber). III – **A ocorrência policial lavrada a partir da prisão em flagrante dos acusados, os termos de depoimentos prestados pelas vítimas perante a autoridade policial e os exames de corpo de delito configuram-se documentos idôneos à deflagração da ação penal, para a qual são dispensadas maiores formalidades.** IV – Agravo regimental a que se nega provimento.”

(HC nº186; 182.231-AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 20/04/2020, p. 27/04/2020; grifos nossos).

“Recurso ordinário em *habeas corpus* . 2. Penal e Processo Penal. 3. Assédio Sexual. **Representação feita mediante o comparecimento da vítima à delegacia para registrar a ocorrência.** 4. **Jurisprudência desta Corte no sentido de que a representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade. Precedentes** . 5. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso a que se nega provimento.”

(RHC nº186; 123.086/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 09/09/2014, p. 02/10/2014; grifos nossos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* . PROCESSUAL PENAL. **ESTELIONATO** . AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR AO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. **LAVRATURA DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA. REPRESENTAÇÃO QUE PRESCINDE DE FORMALIDADE. PRECEDENTES.** REEXAME DE PROVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA: INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.”

(HC nº186; 217.087-AgR/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 22/08/2022, p. 23/08/2022; grifos nossos).

29. Noutras palavras, muito embora esta Corte tenha firmado entendimento de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa protocolo específico, permitindo-se sua inferência a partir, por exemplo, do relato constante do boletim de ocorrência ou de termo de declaração prestado na fase policial, o que importa é saber se desses documentos consta a efetiva **demonstração de vontade inequívoca de que se tenha o processamento do autor do crime.**

30. Já a questão em torno da **avaliação sobre se a representação da vítima poderia ser tácita ou se seria indispensável declaração expressa do ofendido** quanto ao seu desejo na instauração da persecução penal, foi debatida em Sessão Presencial, na votação do RHC nº186; 203.558-AgR-segundo/SP (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 08/02/2022, p. 24/02/2022). No julgado, o Colegiado concluiu pela ausência de manifestação inequívoca e necessária remessa dos autos à origem. Trazemos a essência da *ratio decidendi* do trecho extraído do voto-vista do e. Ministro Gilmar Mendes:

“Contudo, em cada caso, é necessário analisar se houve manifestação da vítima que possa ser considerada para fins de representação, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, afastando-se a exigência de mais formalidades para tal ato.

Neste caso, como apontado pelo relator, **não há manifestação concreta da vítima no sentido do interesse da persecução penal, visto que o comparecimento em Delegacia ou em Juízo pode representar uma pluralidade de significados. Nesses termos, impõe-se a intimação da vítima para que o faça, caso queira .”** (grifos nossos).

31. No mesmo sentido, citamos ainda:

“(...) 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. 3º186; do Código de Processo Penal. 7. O comparecimento da vítima em Delegacia ou em Juízo para prestar declarações não traduz, necessariamente, manifestação de vontade inequívoca dessa de representar criminalmente contra o acusado. Nesse sentido, cumpre memorar que vítimas, assim como testemunhas, são intimadas a comparecer na fase inquisitorial ou processual sob pena de sofrer sanções processuais (arts. 201, §167; 1º186; e 224, do CPP) . (...)”

(ARE nº186; 1.249.156-AgR-ED/SP, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 14/12/2021, p. 14/03/2022).

32. É inviável, contudo, o reconhecimento imediato da decadência, sem a prévia intimação da vítima. Consoante vem decidindo a Segunda Turma, " *quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, **cumpra 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. 3º186; do Código de Processo Penal.*" (HC nº186; 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, §167; 5º186,, 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, §167; 5º186,, do Código Penal, introduziu norma de conteúdo misto, penal e processual penal, o que afasta a regra do *tempus regit actum* prevista no art. 2º186; do Código de Processo Penal. 2. Por ser mais favorável ao réu, a nova norma deve retroagir (CF, art. 5º186,, 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 nº186; 211.753-AgR/SP, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 16/05/2022, p. 02/06/2022; grifos nossos).

33. Avalio, assim, que a incumbência para **colher a manifestação expressa da vítima** , **cumpra à autoridade policial, enquanto na fase inquisitorial, e ao Juízo a quo , após o recebimento da denúncia, devendo ser intimada a vítima** para que, em ambas as hipóteses, **seja demonstrado o interesse no processamento criminal** , advertindo-lhe de que a inércia implica a extinção de punibilidade.

Da proposta de sistematização

34. Ao final, diante do que apreciado e exposto quanto à natureza híbrida, retroatividade e marco temporal da norma contida no §167; 5º186; do art. 171 do Código Penal, filio-me à proposição do entendimento para o tema já assentado pelo Órgão Fracionário ao qual integro, na mesma linha

exposta no voto do e. Ministro Gilmar Mendes, e proponho a fixação das premissas quanto à nova redação conferida pela Lei nº186; 13.964, de 2019, ao art. 171, §167; 5º186,, do CP:

I) Natureza híbrida.

II) Retroatividade desde que não tenha havido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando da entrada em vigor da norma.

III) Dispensa de maior formalidade na representação da vítima.

IV) Caracterização do elemento volitivo da representação da vítima pelo conteúdo e não pela forma documental.

V) O interesse ou desinteresse da vítima no processamento criminal deve ser expressamente colhido, na fase inquisitorial, pela Autoridade Policial e, após o recebimento da denúncia, pelo Juízo a quo, com advertência, em ambas as hipóteses, da extinção de punibilidade pela inépcia.

VI) Inexistindo inequívoca manifestação de vontade da vítima, aplica-se o art. 91 da Lei 9.099/95, por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º186; do Código de Processo Penal, intimando-se a pessoa ofendida para oferecer representação antes do reconhecimento da decadência."

Do caso concreto

35. Na espécie, o paciente foi denunciado em 15/02/2019, por fato ocorrido em 15/03/2014, tendo sido firmado termo de quitação da dívida com a instituição financeira onde financiado o veículo objeto da controvérsia, em 17/06/2019, com firma reconhecida da vítima (e-doc. 5), além de um *e-mail* atribuído à vítima, datado de 30/04/2020, quando já vigente a nova lei, em que informa não ter interesse no prosseguimento na ação penal (e-doc. 4).

36. As instâncias antecedentes deixaram de reconhecer a ausência de condição de procedibilidade, assentando a irretroatividade da exigência trazida pelo §167; 5º186; do art. 171 do CP, que não atingiria processos em curso. Assim, **vislumbro constrangimento ilegal sofrido pelo agravante**, na linha dos precedentes firmados pela Segunda Turma.

Dispositivo

37. Diante do exposto, acompanhando a eminente Relatora, **concedo a ordem de *habeas corpus***, determinando que o juízo de primeiro grau proceda à intimação da vítima para que se manifeste em 30 (trinta) dias sobre o interesse no prosseguimento da ação penal nº186;

0037222.33.2019.8.19.0001, sem o que haverá o trancamento do processo, mantidos os efeitos da medida liminar que suspendeu a ação penal, até o pronunciamento da ofendida.

É como voto.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Plenário Virtual - minuta de voto - 11/04/2023