

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática da Relatora que negou seguimento ao *habeas corpus*.

Conforme relatado, o paciente foi 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, por ter revendido, mediante fraude, o veículo de propriedade da vítima e não ter lhe repassado o valor integral obtido com a venda, ocorrido em 15.3.2014 (eDoc. 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.

Em apelação, 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.

No STJ, impetrado *habeas corpus*, o relator não conheceu da impetração. A decisão foi mantida pela Quinta Turma, que negou provimento ao agravo regimental interposto pela defesa, adotando a tese de 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”.

Negado seguimento monocraticamente ao *habeas corpus* neste STF, no curso do agravo regimental, a eminente relatora **afetou a questão ao Plenário** tendo em vista o número expressivo de processos sobre o tema em discussão e a divergência jurisprudencial sobre matéria constitucional.

Iniciado o julgamento virtual, a Relatora votou por “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” e ratificar a medida liminar que suspendeu a ação penal até o pronunciamento da ofendida.

Trata-se de questão de interesse constitucional, regulada pelo art. 5º, XL, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “ *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu* ”. Certamente, discute-se a potencial aplicação de tal dispositivo também a normas de natureza mista ou processual com conteúdo material.

Portanto, as **questões-problema** que enfrentamos são: 1) qual a natureza da norma relativa ao tema de ação penal?; 2) considerando tal natureza, a necessidade de representação da pessoa ofendida, inserida no § 5º do art. 171 do CP pela Lei 13.964/2019, deve ser aplicada para processos em andamento?; e, 3) em caso positivo, até que momento processual isso deve ocorrer?

1. Natureza da norma que regula temática de ação penal

Ação penal é o poder-dever de iniciar a jurisdição penal para verificar a pretensão acusatória, um “ *poder, conferido ao Ministério Público, outras autoridades públicas e sujeitos privados, de provocar a jurisdição em relação a um caso penal, visando à instauração do processo penal principal – ação processual penal em sentido estrito, acusação – ou o conhecimento de outra questão que deve ser objeto de um provimento jurisdicional – modalidades diversas de ação processual penal* ” (SILVEIRA, Marco Aurélio N. *A ação processual penal entre política e Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 227-228)

A ação penal pode ser classificada como de iniciativa pública, quando oferecida pelo Ministério Público, por meio de uma denúncia, ou de iniciativa privada, quando apresentada pelo querelante em uma queixa-crime. Na hipótese de iniciativa pública, ela pode ser incondicionada, quando a atuação do acusador público não depende da manifestação de vontade de outra pessoa, ou condicionada, por exemplo, à representação do ofendido.

Assim, na hipótese de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação da pessoa ofendida, a denúncia somente poderá ser oferecida pelo MP se houver a manifestação da vítima pelo interesse na persecução (representação). Se isso não ocorrer, o direito à representação decai em um prazo de seis meses e, assim, inviabiliza-se a persecução penal pelo crime em questão.

A natureza da ação penal é uma opção do legislador, o que, em regra, leva em consideração o interesse público maior ou menor na persecução da espécie delitiva e os interesses privados, como a intimidade, por exemplo.

A temática sobre ação penal é regulada tanto no Código Penal (arts. 100-106) como no Código de Processo Penal (arts. 24-62). Isso, por si só, já torna **evidente o caráter misto das normas relacionadas**. Trata-se de norma que regula uma condição de procedibilidade da ação penal (natureza processual) com manifestos reflexos penais, tendo em vista que seu não atendimento inviabiliza o exercício da pretensão punitiva estatal.

Em relação ao dispositivo inserido no § 5º do art. 171 do CP pela Lei 13.964/2019, que regula a ação penal ao crime de estelionato, a **doutrina é praticamente pacífica em afirmar a sua natureza mista** (BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 8 ed. RT, 2020, p. 113; MENDES, LUCCHESI. *Lei Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 167; SAAD-DINIZ, Eduardo. Das alterações no Código Penal. In: *Pacote Anticrime*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 32; MENDES, MARTÍNEZ. *Pacote Anticrime*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 33)

2. Direito intertemporal e aplicação retroativa da norma mista

A legalidade é um primado fundamental do Direito Penal e do Processo Penal, visto que é a premissa fundamental para a limitação (e, assim, a legitimação) do poder punitivo estatal. Para restringir os poderes do soberano, houve a sua divisão em três: legislativo, executivo e judiciário. No âmbito penal, tal separação teve impactos determinantes, visto que a execução de uma pena depende da sua prévia cominação legal como preceito secundário de um crime, o que se situa como atividade exclusiva do Legislador. Por outro lado, a execução penal depende invariavelmente de uma autorização do Poder Judiciário.

A partir da legalidade, consagrou-se um dos brocardos mais conhecidos do Direito Penal: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF). Assim, afirma-se que a regra em Direito Penal material é a da irretroatividade da lei penal: aplica-se ao réu a lei penal que estava vigente na data do crime. Contudo, por questão de isonomia e limitação do poder

punitivo, se surgir uma nova lei mais benéfica ao réu, a ele deverá ser aplicada retroativamente (PELUSO, Vinicius T. *Retroatividade penal benéfica*. Saraiva, 2013. p. 83-90).

Essa é a lógica no direito penal material. Contudo, em âmbito processual penal, a regra geral consolida-se de modo distinto. Nos termos do art. 2º do CPP, “ a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior ”. Trata-se do princípio da imediatidade, ou “o tempo rege o ato”, de modo que a lei processual, em regra, não retroage para atos passados, já praticados.

Sem dúvidas, a distinção entre lei penal material e processual é ponto de intensa polêmica. E, além disso, surgem também normas de conteúdo misto ou processuais de conteúdo material. Conforme Figueiredo Dias, a distinção entre normas materiais (substantivas) e processuais (adjetivas) penais seria axiológica: “ a de direito substantivo, referida a uma relação da vida no espaço social, visa valorá-la dentro da dicotomia axiológica lícito-ilícito; a de direito adjectivo, referida a actos no espaço processual (actos processuais), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica admissível-inadmissível ou eficaz-ineficaz ” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Coimbra Editora, 1974. p. 34).

Em casos de leis mistas ou processuais de conteúdo material, aplica-se a regra intertemporal de direito penal material (BADARÓ, Gustavo H. *Processo penal*. 8 ed. RT, 2020, p. 113; PELUSO, Vinicius T. *Retroatividade penal benéfica*. Saraiva, 2013. p. 160-161). Nos termos do art. 2º, parágrafo único, CP: “ a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado ”.

Nesse sentido, penso que isso foi reconhecido indiretamente no julgamento da ADI 1.719, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, em que se afirmou que existem normas de conteúdo material na Lei 9.099/1995, eminentemente de caráter processual:

“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 réu contidas nessa lei.” (ADI 1.719, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe 3.8.2007)

Especificamente **em relação às normas inseridas pela Lei 9.099/95, como a necessidade de representação para crimes de lesão corporal leve e culposa, a retroatividade mais benéfica foi reconhecida pelo Plenário deste Tribunal** , em voto de relatoria do eminente Min. Celso de Mello:

“INQUÉRITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDO 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 PENAIS ORIGINARIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES - NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO - AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. (...) LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - 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. (...)" (Inq 1.055 QO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ 24.5.1996)

Naquele momento, a Lei 9.099/95 regulou expressamente uma norma de transição para a necessidade de representação aos processos em curso:

"Art. 91. 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."

Tal norma de transição representa uma regulamentação mais detalhada de uma imposição constitucional consagrada : a retroatividade mais benéfica da norma penal, o que, como exposto, aplica-se àquelas de natureza mista.

Portanto, ainda que a Lei 13.964/19 não tenha regulado expressamente uma norma de transição semelhante, isso não afasta a necessidade de retroatividade da norma que possui natureza mista ao alterar a iniciativa da ação penal do estelionato para condicionada à representação da pessoa ofendida.

Assim, nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte e em analogia ao art. 91 da Lei 9.099/95, no caso em que a Lei 13.964/19 passou a exigir representação para a propositura da ação penal pública, a pessoa ofendida ou seu representante legal deverá ser intimado/a para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

3. Limite temporal à retroatividade para aplicação aos processos em curso

Agora, considerando a possibilidade de retroatividade benéfica e aplicação da nova norma em processos em curso, deve-se questionar a existência de algum **limite temporal** para tanto.

Sobre a questão, ao interpretar o art. 91 da Lei 9.099/95 e a retroatividade da necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa, **o Supremo Tribunal Federal assentou a sua aplicabilidade para investigações e processos em andamento até o trânsito em julgado, ou seja, mesmo após o oferecimento da denúncia ou o proferimento da sentença.**

Cito julgados de ambas as Turmas:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPRESENTAÇÃO PARA A AÇÃO PENAL PÚBLICA (ART. 91 DA LEI Nº 9.099, DE 26.09.1995). **APLICABILIDADE AOS CASOS PENDENTES, MESMO COM SENTENÇA CONDENATÓRIA JÁ PROFERIDA E RECORRIDA. HABEAS CORPUS. 1. A representação para a ação penal pública, prevista no art. 91 da Lei 9.099, de 26.09..1995, não tem caráter meramente processual, mas, também, de direito material, pois sua falta implica a decadência do direito, ensejando a extinção da punibilidade. 2. Tratando-se, pois, de norma penal mais benigna, deve ser aplicada, pelo menos, a caso ainda pendente, como é o de condenação não transitada em julgado, porque sujeita a recurso tempestivo. 3. Nesse caso, o Tribunal, ao apreciar o recurso, deve converter o julgamento em diligência para determinar a intimação do ofendido, a fim de que este, se assim lhe parecer, ofereça a representação, no prazo de trinta dias, nos termos do mesmo dispositivo (art. 91). 4. Hipótese em que essa providência não foi adotada no acórdão impugnado. 5. "H.C." deferido, para que, anulado o acórdão, se proceda à intimação do ofendido, para tais fins. 6. Decisão unânime: 1ª Turma”. (HC 74.334, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Primeira Turma, DJ 29.8.1997)**

“PROCESSUAL PENAL. PENAL. REPRESENTAÇÃO: LEI 9.099, DE 26.09.95. COMPOSIÇÃO CIVIL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. I - **Já vencida a instância de conhecimento e encontrando-se o feito em fase de julgamento da apelação interposta pela defesa, quando veio a lume a Lei 9.099/95, fez-se a conversão do julgamento em diligência,**

para cumprimento do disposto no art. 91 da mesma Lei 9.099/95. Oferecida a representação pela vítima, não há falar em composição civil. Lei 9.099/95, art. 75. II - Existente sentença condenatória, não há falar em suspensão processual. III - H.C. Indeferido". (HC 76.109, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 30.4.1998)

“REPRESENTAÇÃO - INTIMAÇÃO DO OFENDIDO - ARTIGO 91 DA LEI Nº 9.099/95 - APLICABILIDADE NO TEMPO. **A exigência de intimação do ofendido ou do representante legal prevista no artigo 91 da Lei nº 9.099/95 ficou restrita aos processos em curso, apanhados pela nova regência processual.** Precedentes: Habeas Corpus nos 79.007-1/RJ, por mim relatado na Segunda Turma, publicado no Diário de 28 de maio de 1999, 78.307-7/MG, relatado na Primeira Turma pelo ministro Moreira Alves, veiculado no Diário de 12 de março de 1999 e 77.870-0/PE, relatado na Primeira Turma pelo ministro Sydney Sanches, noticiado no Diário de 7 de maio de 1999”. (HC 83.141, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJ 26.9.2003)

Não vejo qualquer motivo razoável para alterar tal posicionamento e, assim, não manter a integridade do sistema, visto que agora, com a Lei 13.964/19 (em relação ao estelionato), houve mudança semelhante àquela empreendida pela Lei 9.099/95 (em relação à lesão corporal leve e culposa).

Como afirmei anteriormente, **ainda que a Lei 13.964/19 não tenha regulado expressamente uma norma de transição semelhante ao art. 91 da Lei 9.099/95, isso não afasta a necessidade de retroatividade da norma** que possui natureza mista ao alterar a iniciativa da ação penal do estelionato para condicionada à representação da pessoa ofendida.

Nesse sentido, **já decidiu a Segunda Turma, por unanimidade**, em julgados em que integrei o colegiado juntamente aos **Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Edson Fachin, Nunes Marques e André Mendonça:**

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A 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. PRECEDENTE. NECESSIDADE DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM PARA POSSIBILITAR A REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. 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** o (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 da vítima, por ausência de manifestação inequívoca nesse sentido (vide ARE 1.249.156-AgR-ED/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin). III – Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 203558 AgR-segundo, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, **j. 8.2.2022**, DJe 24.2.2022)

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 180421 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, **j. 22.6.2021**, DJe 6.12.2021)

Ressalto que conheço a posição distinta, firmada sobre o tema na **Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 187.341** , assim ementado:

“HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 (‘PACOTE ANTICRIME’). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPTÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. (...) 2. 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, por tratar-se de verdadeira 'condição de procedibilidade da ação penal'. 3. **Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.** 4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prossequibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público. 5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem". (HC 187.341, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 4.11.2020)

Em tal julgado, embora se tenha reconhecido a natureza mista da norma e sua aplicação mesmo para crimes cometidos antes da vigência da Lei 13.964/19, houve a limitação temporal somente a casos ainda sem a denúncia oferecida, por entender que, se feito, consolidou-se ato jurídico perfeito que não poderia ser desfeito.

Respeitosamente, **tal posição é contrária à construção doutrinária e jurisprudencial desta Corte sobre a retroatividade de normas mistas**, tendo em vista especialmente os precedentes firmados em interpretação às modificações empreendidas pela Lei 9.099/95, já expostos neste voto. Os julgados indicados como jurisprudência no acórdão da 1ª Turma tratam de casos relacionados a normas de natureza processual (competência, momento do interrogatório, procedimentos, intimação), ou seja, diferentes da situação aqui analisada em que há norma de natureza mista.

O argumento de que seria inaplicável a necessidade de representação porque "*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*" ignora exatamente a necessidade de retroatividade da norma mais benéfica em direito penal.

A **lógica da retroatividade da norma penal mais benéfica**, consolidada na Constituição e em âmbito convencional como direito humano, **reside exatamente no ponto de que, embora no momento do fato ou do processamento fosse aplicável norma mais gravosa ao réu, o surgimento de nova norma mais benéfica resulta seja-lhe ela aplicada.**

A ideia de ato jurídico perfeito coloca-se somente para normas de natureza processual, quando, nos termos do art. 2º do CPP, somente haverá a aplicação para atos futuros, mantida a validade dos atos praticados anteriormente.

Ou seja, **ao reconhecer-se a natureza mista da norma sobre ação penal, afasta-se a aplicação do art. 2º do CPP e incide a regra de aplicação intertemporal de direito penal material**, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Portanto, respeitosamente, **não há como conciliar o reconhecimento da natureza mista da norma sobre ação penal com a aplicação da regra de retroatividade do art. 2º do CPP**, restrita a normas processuais. **Nos termos da doutrina majoritária e da jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, no caso de normas de natureza mista, deve-se aplicar a regra de retroatividade de direito penal material** (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

Tampouco pode se admitir o fundamento de que, iniciado o processo penal, não é possível a retratação da representação oferecida. Aqui a lógica é completamente distinta, visto que não houve a representação que passou a ser exigida. Ademais, a necessidade de intimação da pessoa ofendida para apresentar a representação foi a posição adotada na legislação e na jurisprudência deste Tribunal em relação à Lei 9.099/95.

Quanto ao fato de que na Lei 13.964/19 o legislador não inseriu dispositivo semelhante ao art. 91 da Lei 9.099/95, isso não afasta a regra de retroatividade benéfica das normas de natureza mista. Como já afirmei anteriormente, isso é uma decorrência dos direitos fundamentais consolidados constitucional e convencionalmente. O art. 91 da Lei 9.099/95 é uma norma de transição que regula **como** a aplicação deve ocorrer aos processos em curso, mas **tal previsão infraconstitucional não é necessária para a efetividade do art. 5º, XL, CF**. Ou seja, ali se define “como”, mas não “se” a norma de natureza mista deve, ou não, retroagir e ser aplicada em processos em curso.

4. Desnecessidade de maiores formalidades para a representação

Contudo, de qualquer modo, destaco que, conforme o entendimento desta Corte, a **representação prescinde de maiores formalidades**. Basta que a vítima demonstre, por qualquer meio, interesse em ver iniciado o processo penal:

“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 123.086, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.10.2014)

“ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. A representação da vítima nos crimes sexuais prescinde de formalidade, bastando a demonstração da inequívoca intensão de ver o ofensor submetido à persecução penal”. (HC 108.043, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 20.3.2018)

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. VALIDADE DA DECLARAÇÃO DE POBREZA APRESENTADA PELOS PAIS DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – O Ministério Público possui legitimidade para promover a ação penal quando a vítima ou seus pais não puderem prover as despesas do processo, sem prejuízo da manutenção própria ou da família (art. 225, § 2º, do CP, com redação anterior à Lei 12.015/2009). II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que a representação realizada pela vítima ou seu representante legal nos crimes contra os costumes prescinde de formalidade e prova material de miserabilidade, sendo suficiente a mera declaração de pobreza. III - Não cabem em *habeas corpus* discussões sobre a veracidade da declaração de pobreza, uma vez que a prova da miserabilidade se faz pela simples declaração firmada perante a autoridade policial. IV – A discussão acerca de eventual falsidade do documento demandaria o exame de provas sobre a real situação econômica da declarante, o que é vedado na via estreita do *habeas corpus*. V – Ordem denegada”. (HC 113.071/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 14.11.2012)

Portanto, **prevalecendo a posição no sentido da necessidade de representação nos processos em andamento até o trânsito em julgado, em cada caso concreto deverá o juízo verificar se houve manifestação da vítima no sentido da persecução penal, que deve ser entendida como representação.**

Em caso negativo, deve-se aplicar, por analogia, o art. 91 da Lei 9.099/95, com a intimação da pessoa ofendida para que, no prazo de 30 dias, ofereça, se quiser, a representação, sob pena de decadência. Trata-se de analogia possível, visto que regula o aspecto procedimental da retroatividade da norma de natureza mista.

Neste caso concreto, como assentado pela eminente relatora, consta do eDoc 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 (eDoc 4).

5. Dispositivo

Em resposta às **questões-problema** delimitadas inicialmente:

1. A norma que versa sobre ação penal tem natureza mista, ou seja, material e processual, por acarretar reflexos em ambas as esferas.
2. A norma de natureza mista retroage em benefício do réu, devendo ser aplicada a investigações e processos em andamento, ainda que iniciados em momento anterior à sua vigência.
3. Em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentada na interpretação de modificações semelhantes anteriormente realizadas pela Lei 9.099/95, a norma inserida no § 5º do art. 171 do CP pela Lei 13.964/2019 (necessidade de representação da pessoa ofendida no crime de estelionato) deve ser aplicada a processos em curso, ou seja, ainda não transitados em julgado quando da entrada em vigor da Lei 13.964/19.

Em analogia ao art. 91 da Lei 9.099/95, deve-se intimar a pessoa ofendida para que, no prazo de 30 dias, ofereça, se quiser, a representação, sob pena de decadência.

Contudo, em cada caso concreto, deve-se analisar se houve manifestação da vítima que possa ser considerada para fins de representação, nos termos da jurisprudência deste Tribunal, afastando-se a necessidade de maiores formalidades para tal ato.

Diante do exposto, acompanho a Relatora para conceder a ordem de *habeas corpus*, 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.

Ademais, acompanho a Relatora para manter os efeitos da medida liminar que suspendeu a ação penal até o pronunciamento da ofendida.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 31/03/2023