

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Habeas corpus impetrado em favor de José Eduardo Gonzales Quintanilha Veras, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no HC nº 686.746/RJ, Relator o Ministro **Joel Ilan Paciornik**

Eis a ementa do aresto questionado:

“HABEAS CORPUS . CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE DO § 5º DO ART. 171, INCLUÍDO NO CÓDIGO PENAL PELA LEI N. 13.964/2019. ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL PARA O CRIME DE ESTELIONATO COMUM. INCLUSÃO DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. NORMA DE NATUREZA HÍBRIDA. RETROAÇÃO EM BENEFÍCIO DO ACUSADO. MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. INC. XL DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA VÍTIMA PARA PROSEGUIMENTO DA AÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

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).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro concedeu parcial provimento ao recurso de Apelação interposto pela defesa, “ para redimensionar as penas para 1 ano e 2 meses de reclusão”.

O pedido de mérito do presente mandamus já foi analisado pelo STJ, onde os impetrantes aduziram “ 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 ”. Assim, impetrado o *Habeas Corpus* , não foi reconhecido pelo Ministro relator, em despacho pelo Colegiado no julgamento do subsequente Agravo Regimental. 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). Agravo regimental desprovido.

Na ação, a defesa apontou, 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).

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 já registrado na Primeira Turma nos HC187341 de relatoria do Ministro **Alexandre de Moraes** ; RHC 205070 AgR de relatoria do Ministro **Roberto Barroso** ; RHC 208320, de relatoria da Ministra **Cármen Lúcia** , Relator(a) p/ Acórdão: **Roberto Barroso** ; HC 203398 AgR, de relatoria do Ministro **Alexandre de Moraes**), 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.

Tal medida surgiu de proposta encaminhada à Comissão de Juristas a partir da constatação fática de que em milhares de inquéritos 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.

Entretanto, 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.

Vários réus passaram então 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.

O artigo 2º, do Código de Processo Penal, diz:

" 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 "*.

Todavia, é inaplicável a inovação legislativa em relação a 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 julgamentos 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:

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. "

Na Lei 9.099/95, o legislador afastou a aplicação do artigo 2º do Código de Processo Penal, transformando 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.

Ademais, bem sinalizou o Ministro **Alexandre de Moraes** , 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.

Sob esse ângulo, reconhecer a aplicabilidade do art. 171 § 5º - que passou a exigir a representação da vítima nos crimes de estelionato - mesmo

após o recebimento da denúncia não se compatibiliza com outros princípios de índole constitucional, tais como o da célere prestação jurisdicional, proporcionalidade na vertente proteção deficiente e vedação ao retrocesso.

Isso porque atualmente boa parte dos crimes de estelionato são cometidos em ambiente virtual dificultando por vezes a identificação do(s) verdadeiro(s) autor(es) do delito, e, conseqüentemente, impossibilitando a representação da vítima para fins de atuação do Estado, maior interessado na aplicação da lei penal.

Nesse cenário adveio a inclusão de novos parágrafos ao art. 171 (fraude eletrônica § 2-A, §2ºB e §3-A) que estabeleceram qualificadora e causas de aumento, respectivamente, para as condutas neles descritas. Significa dizer que o legislador ordinário tem procurado conferir a necessária proteção aos bens jurídicos em jogo, considerados avanços sociais e tecnológicos.

Com efeito, entendo que a aplicação retroativa do disposto no §5º do art. 171 do CP, em vez de seguir essa tendência normativa de amoldar-se às novas realidades sociais, em verdade enfraquece o sistema, bem como revela proteção deficiente e descompasso com a natureza das normas penais, a indicar **feições de inconstitucionalidade**.

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

Por essas considerações, acompanho o Ministro Alexandre de Moraes e, **denego** a ordem.

É como voto.