

03/10/2022

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.385.977 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S) : JANETE FERNANDES DA SILVA BOTTER
ADV.(A/S) : SILVIO JOSE RAMOS JACOPETTI
INTDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. ESTELIONATO. 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. INOCORRÊNCIA. ATUAL JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. 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.

2. 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).

3. 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

ARE 1385977 AGR / SP

a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF.

4. 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.

5. 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.

6. 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, § 1º e 224, do CPP).

7. A decisão agravada encontra-se em harmonia com a atual jurisprudência da Segunda Turma deste Supremo Tribunal, de modo que os autos devem baixar ao Juízo de origem para que se proceda à intimação da vítima para manifestar eventual interesse em dar prosseguimento à marcha processual penal. Precedente.

8. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Virtual de 23 a 30 de setembro de 2022**, sob a Presidência do Senhor Ministro André Mendonça, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo

ARE 1385977 AGR / SP

regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 3 de outubro de 2022.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

Documento assinado digitalmente

03/10/2022

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.385.977 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
AGDO.(A/S)	: JANETE FERNANDES DA SILVA BOTTER
ADV.(A/S)	: SILVIO JOSE RAMOS JACOPETTI
INTDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de agravo regimental (eDOC 51) interposto em face de decisão monocrática em que dei provimento ao recurso extraordinário com agravo, para cassar o acórdão recorrido e determinar ao Juízo de origem a intimação da vítima para manifestar eventual interesse em representar contra a acusada 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 (eDOC 49).

Nas razões recursais, o Ministério Público Federal sustenta que, na linha jurisprudencial desta Corte, não se exige rigor formal na manifestação de vontade da vítima no sentido de dar início à persecução penal.

Assenta que, no caso dos autos, a vítima demonstrou inequívoco interesse em ver instaurada a persecução penal, articulando nos seguintes termos (eDOC 51, p. 13:)

“A vítima voluntariamente compareceu à Delegacia e registrou a ocorrência. A iniciativa de deflagrar a atividade persecutória do

ARE 1385977 AGR / SP

Estado foi dela, o que conduziu a autoridade policial a lavrar o Boletim de Ocorrência e iniciar a investigação. Depois voltou perante a autoridade policial, trazendo maiores dados sobre o crime e documentos que comprovaram a sua ocorrência, inclusive o cheque, sem provisão de fundos, que lhe foi entregue pela agravada (fls. 95/105). Em Juízo, reiterou o que dissera na fase de investigação, auxiliando o Estado na busca da verdade real. Em todas essas oportunidades, a vítima manifestou o seu inequívoco interesse em ver a agravada processada criminalmente.”

Ao fim, colaciona julgados da Primeira Turma do STF e afirma que inexistente jurisprudência dominante acerca da matéria, ponderando que a decisão agravada, nos moldes em que proferida, vai na contramão do princípio da duração razoável do processo, consagrado na Constituição da República.

É o relatório.

03/10/2022

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.385.977 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): O presente recurso não merece prosperar.

Eis o teor da decisão agravada:

“Trata-se de agravo cujo objeto é a decisão que inadmitiu o recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (eDOC 9, p. 2):

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ESTELIONATO – ALEGADA OMISSÃO QUANTO A NÃO APRECIÇÃO DO PEDIDO DA DEFESA DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA COM O FITO DE INTIMAÇÃO DA VÍTIMA PARA OFERECER REPRESENTAÇÃO NOS MOLDES DA NOVEL LEI Nº 13.964/2019. EMBARGOS RECEBIDOS PARA ANÁLISE DO PEDIDO, SEM DEFERIMENTO, TODAVIA.’

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa ao art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Nas razões recursais, sustenta-se que o acórdão recorrido violou o mandamento constitucional que garante a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu, tendo em vista que, ‘Com o advento da Lei 13.964/2019, inseriu-se no Código Penal o § 5º do art. 171, estabelecendo que esse crime só se processa mediante ação penal pública condicionada à

ARE 1385977 AGR / SP

representação' (eDOC 11, p. 3).

O Tribunal de origem inadmitiu o extraordinário mediante aplicação da Súmula 284 do STF, bem como pela ofensa reflexa à Constituição da República (eDOC 14).

É o relatório. Decido.

A irresignação merece prosperar.

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

ARE 1385977 AGR / SP

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. 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

ARE 1385977 AGR / SP

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

ARE 1385977 AGR / SP

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 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, pendente de publicação.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso**, nos termos do art. 21, § 2º, RISTF, para cassar o acórdão recorrido e **determinar ao Juízo de origem a intimação da vítima para 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.”

Conforme consignei na decisão ora impugnada, vítimas e testemunhas são intimadas a comparecer na fase inquisitorial ou processual sob pena de sofrer sanções processuais (arts. 201, § 1º, e 224,

ARE 1385977 AGR / SP

do CPP). Sendo assim, o ato de comparecimento em delegacia ou em Juízo ostenta significado plurívoco, de maneira que o fato de a vítima ter registrado boletim de ocorrência ou prestado esclarecimentos em sede policial ou no curso do processo penal não representa, por si só, seu inequívoco interesse em dar prosseguimento à persecução penal.

Ademais, embora o agravante tenha trazido precedentes da Primeira Turma desta Corte que aparentemente encontram-se em sentido contrário ao raciocínio aqui imprimido, saliento que a decisão agravada está amparada no entendimento da Segunda Turma deste Supremo Tribunal, colegiado ao qual faço parte e, ao menos por ora, tenho o dever de prestigiar, visto que o Plenário do Tribunal ainda não se posicionou sobre a questão. Confira-se:

“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

ARE 1385977 AGR / SP

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 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. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 24.02.2022)

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA, NAS RAZÕES DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DE DEMONSTRAÇÃO FUNDAMENTADA DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA EM DEBATE. PEDIDO INCIDENTAL. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO. ESTELIONATO. 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. INOCORRÊNCIA. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal. 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

ARE 1385977 AGR / SP

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. **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, § 1º e 224, do CPP).** 8. Embargos de declaração acolhidos para suprir a omissão apontada e determinar ao Juízo de origem a intimação da pessoa ofendida para manifestar se tem interesse em representar criminalmente contra o acusado 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. (ARE 1249156 AgR-ED, Segunda Turma, da minha relatoria, DJe 14/03/2022)

ARE 1385977 AGR / SP

Não há nada, portanto, a ser reparado na decisão agravada.
Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.385.977

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : JANETE FERNANDES DA SILVA BOTTER

ADV.(A/S) : SILVIO JOSE RAMOS JACOPETTI (87375/SP)

INTDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 23.9.2022 a 30.9.2022.

Composição: Ministros André Mendonça (Presidente), Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Nunes Marques.

Hannah Gevartosky
Secretária