



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 610.201 - SP (2020/0225854-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDERSON KLEBER NASCIMENTO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RETROATIVIDADE. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. *WRIT* INDEFERIDO.

1. A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos.

2. A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP.

3. Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, §5º, do CP, decorre da própria *mens legis*, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de procedibilidade, nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário ainda registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia.

4. Não bastassem esses fundamentos, necessário registrar, ainda, prevalecer, tanto neste STJ quanto no STF, o entendimento "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimentos das autoridades." (AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

6. *Habeas corpus* indeferido.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### ACÓRDÃO

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Ribeiro Dantas, indeferindo o habeas corpus, no que foi acompanhado pelos votos da Sra. Ministra Laurita Vaz, do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (com ressalva de que acompanhou a tese jurídica do Relator, porém acolheu o segundo fundamento da divergência, por ter havido manifestação da vítima) e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, que concedia parcialmente a ordem, a Terceira Seção, por maioria, indeferiu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Nefi Cordeiro (Relator) e Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem em parte.

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti Cruz (com ressalva).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 24 de março de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 610.201 - SP (2020/0225854-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDERSON KLEBER NASCIMENTO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RETROATIVIDADE. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. *WRIT* INDEFERIDO.

1. A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos.

2. A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP.

3. Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, §5º, do CP, decorre da própria *mens legis*, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de procedibilidade, nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário ainda registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia.

4. Não bastassem esses fundamentos, necessário registrar, ainda, prevalecer, tanto neste STJ quanto no STF, o entendimento "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimento das autoridades." (AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

6. *Habeas corpus* indeferido.

### VOTO-VENCEDOR

#### O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo, com pedido liminar, impetrato pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de Anderson Kleber Nascimento, contra ato da 15ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do respectivo Estado.

O feito, na data de 7 de dezembro de 2020, foi afetado pela Colenda 6ª Turma à 3ª Seção.

Os autos cuidam da retroatividade ou não da Lei n. 13.964/19, também conhecida por Pacote Anticrime, no que toca ao seu aspecto alterador da natureza jurídica da ação penal no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de estelionato (art. 171 do Código Penal). A ação que era pública incondicionada, como cediço, passou a exigir a representação da vítima, como condição de procedibilidade, tornando-se, assim, ação pública condicionada à representação.

A celeuma então se instalou em relação àquelas ações penais já instauradas: seria a norma retroativa? A representação da vítima seria também condição de prosseguibilidade? Ou em outros termos, a vítima, quando já instaurada a ação penal, precisa comparecer em juízo para apresentar a sua representação?

Conforme já antecipado na sessão de julgamento, divirjo do em. Ministro Relator, porque entendo que a norma não deve retroagir e assim compreendo por duas ordens de motivos a seguir expostas.

A primeira é de caráter processual e de caráter constitucional. Entendo que o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro, tem de ser um papel de estabelecimento de diretrizes. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as turmas, já se manifestou a respeito desse assunto, em especial por sua 1ª Turma.

Note-se que a 2ª Turma do Supremo foi a primeira a se manifestar, no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.230.095, Relator o Ministro Gilmar, julgado em agosto do ano passado:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional, Penal e Processo Penal. 3. Estelionato. Art. 171, caput, do Código Penal. 4. Não aplicação, no caso, do contido no § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019. 5. Pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral. Art. 102, § 3º, da Constituição Federal, c/c o art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil. 6. Autoria e materialidade. Alegações que dizem respeito à legislação infraconstitucional e ao necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Óbice da Súmula 279/STF. 7. Tema 660, da sistemática da repercussão geral da questão constitucional. 8. Precedentes. 9. Agravo regimental não provido.” (ARE 1230095 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/08/2020).

Posteriormente, a 1ª Turma, no HC n. 187.341, Relator Ministro Alexandre de Moraes, em outubro de 2020, examinando de maneira mais explícita o tema, explorou a questão da retroatividade e entendeu que, nesse caso, não deveria ser reconhecida em nome do princípio da segurança jurídica. Confira-se:

“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 INTERRUPÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1.Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

**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 prosseguibilidade 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 187341, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 13/10/2020; grifou-se).

Essa linha foi seguida por outros julgados da Primeira Turma. Mas, em verdade, o primeiro grande precedente sobre esse assunto foi o do em. Min. Reynaldo Soares, na Quinta Turma, ainda em junho do ano passado, no HC n. 573.093, o Órgão, por unanimidade, concluiu pela irretroatividade da norma. A propósito:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE ESTELIONATO. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DOUTRINA. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. WRIT NÃO CONHECIDO.  
[...]

2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "Pacote Anticrime", alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz.

**3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.**

Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413.

4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.”

(HC 573.093/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 18/06/2020).

Esse posicionamento se repetiu em diversos outros *habeas corpus*, exemplificativamente:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RECEPÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MAIS BENÉFICA. PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA. RÉU JÁ CONDENADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - Descabida a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, quando a persecução penal já ocorreu, com o feito sentenciado e condenação mantida pelo Tribunal de origem. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no HC 629.225/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 01/03/2021).

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. RETROATIVIDADE DO ART. 171. § 5º, DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA DO STJ E DA



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIMEIRA TURMA DO STF. ACORDO ENTRE AS PARTES. EFEITOS DIVERSOS DA ABSOLVIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Como é de conhecimento, a Quinta Turma do STJ firmou jurisprudência no sentido de que a retroatividade da representação da vítima no crime de estelionato não alcança aqueles processos cuja denúncia já foi oferecida. Na hipótese, a denúncia foi oferecida antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime".

2. No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 187.341, da relatoria do E. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, decidiu, por unanimidade de votos, que é inaplicável a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal às hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019.

[...]

4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.”

(RHC 139.715/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 04/02/2021).

Quando chego à questão material, digo o seguinte, entendo que o Direito Penal é o ramo do Direito que mais homenagens deve prestar à questão da legitimidade popular. Veja que em nenhuma outra matéria existe um julgamento em que a vontade de julgados leigos se superpõe a de um juiz togado. Só em Direito Penal. Obviamente, só para os crimes dolosos contra a vida, mas isso só acontece em Direito Penal. Então, é um Direito que tem muito a ver com o que a sociedade vivencia como crime, aquilo que a sociedade entende como grave ou não. Em realidade, essa legitimidade os juízes não detêm, porque não são eleitos. Por isso, no júri são escolhidas pessoas do povo. Ora, se vamos afirmar, como fez o ilustre Relator, que se cuida de um tema de Direito Material Penal, temos de levar em conta o órgão que tem a representatividade da população em relação a isso, que é o Congresso Nacional.

Embora louvando a bela sustentação, como sempre, da Defensoria Pública na pessoa do Dr. Rafael Muneratti, vou ser obrigado a discordar do que afirmou S. Exa. da tribuna, que o Congresso Nacional quis isso, porque é muito fácil transformar uma condição de procedibilidade numa condição de prosseguibilidade. Trocam-se duas letras, mas, às vezes, trocamos uma letra só e a palavra adquire um sinônimo completamente diferente. Amar não é a mesma coisa que armar, por exemplo. Então, a utilização desse argumento, até vocabular, de dizer “procedibilidade, prosseguibilidade, é uma coisa muito simples”, não é bem assim.

Se o legislador quisesse que houvesse uma condição de prosseguibilidade, teria de ter estabelecido na Lei Anticrime (Lei n. 13.964) esse aspecto, e não o fez. Pior, o Congresso Nacional já rejeitou um projeto de lei (Projeto de Lei n. 882/2019) que estabelecia exatamente isso. Então, estaremos rompendo os precedentes e, com isso, ferindo aquilo que eu disse, o meu argumento de ordem constitucional, saindo da linha do que devem ser os Tribunais Superiores. Do ponto de vista material penal, a meu ver, estaríamos indo contra a vontade clara e expressa do legislador que possui a legitimidade popular.

A questão aqui tem a ver com matérias legais, é verdade, mas também tem alguma coisa de constitucional, porque o princípio da segurança jurídica é expresso na Constituição pelo respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Não se está aqui defendendo direito adquirido, isso não está em jogo, mas, sem dúvida, a discussão a respeito de um ato jurídico perfeito, no caso das denúncias, e a da coisa julgada, no caso de inúmeros e inúmeros processos que já foram decididos definitivamente... Veja bem, na hora em que estabelecermos uma retroatividade, essa retroatividade há de ser ampla. Alguém que foi



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado, condenado e a decisão transitou em julgado há anos por estelionato, vai agora dizer “vão perguntar à vítima se ela queria que eu tivesse sido processado”.

Não se pode saber o tamanho da caixa de Pandora que se vai abrir com essa retroatividade, ou então que se estabeleça algum parâmetro. Pelo menos a coisa julgada, ela teria de respeitar. Não se falou simplesmente que a retroatividade deve ser ampla porque se trata de norma penal.

Em relação à tese de quebra de isonomia, importante registrar que, no momento em que se transforma a legislação – e aí tanto faz ser Penal, Processual Penal ou de qualquer outro ramo de Direito –, podem surgir situações de alguém que foi apanhado enquanto valia uma lei e outro que foi apanhado quando valia outra. Nesse caso, haverá tratamentos jurídicos diversos, embora tenham praticado a mesma ação em tempos muito próximos. Esse fenômeno é tem solução encontrada no direito intertemporal ou, em outros termos, no estudo da aplicação da lei no tempo.

A única coisa que concordo realmente, tanto com o que foi dito da tribuna quanto com as palavras do Relator, é a questão do princípio finalista. Temos uma aplicação do Direito Penal que talvez precise ser revista, mas talvez precisemos deixar para punir com sanção penal aquelas atitudes realmente mais agressivas. Concordo que o estelionato, no caso, é de pequena monta. Enfim, essa parte, concordo, mas, em nome desses argumentos, não concordo em alterar todos os outros que eu, há pouco, frisei.

Além de todas essas considerações, ainda seria possível acrescentar um aspecto prático, muito bem lembrado pelo em. Min. Felix Fischer em seu voto. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a representação do ofendido não exige qualquer formalidade, sendo suficiente que a vítima leve o fato ao conhecimento das autoridades. Com efeito, o que se tem notado, na quase totalidade de feitos que cuidam do assunto – para não dizer em todos –, é que o fato delitivo somente ensejou a persecução penal em razão de manifestação da vítima.

Sobre o tema:

“Nos termos da jurisprudência, prevalece entendimento no STJ e no STF de que a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal. Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimentos das autoridades.”

(AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018).

No mesmo sentido: AgRg no REsp 1550571/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 5/11/2015, DJe de 23/11/2015; CC 150.712/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 19/10/2018; AgRg na PET no AREsp 1649986/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020; AgRg no AREsp 1668091/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020, entre outros.

É certo que, excepcionalmente, pode-se imaginar alguma situação em que a vítima não seja o responsável pela “notitia criminis”, ou até mesmo que ela, vítima, se retrate antes do oferecimento da denúncia (art. 25 do CPP). De todo modo, tais situações são excepcionais e, quando o caso concreto for alguma destas hipóteses excepcionais, ter-se-á, a princípio, questão de fácil demonstração e cognição, o que, ao pensar deste julgador, desaconselha toma-las como regra e reconhecer a representação da vítima condição de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prossequibilidade no crime de estelionato.

Ante o exposto, abro divergência e indefiro o *habeas corpus*.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0225854-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 610.201 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003307020128260456 3307020128260456 8472013

EM MESA

JULGADO: 10/02/2021

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANDERSON KLEBER NASCIMENTO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

#### SUSTENTAÇÃO ORAL

O Dr. Rafael Ramia Muneratti, Defensor Público do Estado de São Paulo, sustentou oralmente pelo paciente: Anderson Kleber Nascimento.

#### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após do voto do Sr. Ministro Relator, concedendo parcialmente a ordem para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se a vítima manifestou interesse em prosseguir com a ação penal, nos termos delineados nesta decisão, e o voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, inaugurando a divergência, indeferindo o habeas corpus, tendo como marco de aplicação da lei o recebimento da denúncia, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer.

Aguardam a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 610.201 - SP (2020/0225854-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDERSON KLEBER NASCIMENTO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### VOTO-VISTA

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** ajuizado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO em favor de ANDERSON KLEBER NASCIMENTO contra acórdão assim ementado (fl. 41):

*"ESTELIONATO EM CONTINUIDADE DELITIVA AUTORIA E MATERIALIDADE PERFEITAMENTE LASTREADAS NAS PROVAS PRODUZIDAS CONDENAÇÃO DEVIDA. Havendo robusto conjunto probatório a demonstrar, sem sombra de dúvida, as práticas delitivas, de rigor o decreto condenatório. RECURSO NÃO PROVIDO."*

Na sessão de julgamento do dia 10/2/2021, o Ministro Nefi Cordeiro, Relator, apresentou voto no sentido de que a Lei n. 13.964/19 deve ser aplicada de imediato aos processos penais em curso, considerando-se, assim, necessária a representação da vítima nas hipóteses de ação penal que apura o delito previsto no art. 171 do CP.

Ao final, o Exmo. Ministro Relator concedeu parcialmente a ordem de **habeas corpus** para declarar a necessidade de representação e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se verifique se a vítima manifestou interesse em prosseguir com a ação penal.

O Ministro Ribeiro Dantas apresentou voto divergente, no qual entendeu que o marco de aplicação da Lei n. 13.964/19 é o recebimento da denúncia, não reconhecendo, portanto flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de **habeas corpus**.

O Ministro Antônio Saldanha Palheiros acompanhou a divergência.

Na continuidade do julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise da **quaestio**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em que pese os fundamentos apresentado pelo Ministro Nefi Cordeiro, peço vênias para divergir.

Primeiramente, importante diferenciar que a **condição de procedibilidade** é exigida para o início da persecução penal. De outra monta, a **condição de prosseguibilidade** refere-se à regular marcha processual, para que o feito possa apenas seguir seu curso regular.

Assim sendo, resta cristalino que **a representação é uma condição de procedibilidade**.

Diante disso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o oferecimento e recebimento da denúncia, como no caso em tela, de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, **não alcançando o processo em curso**.

Conforme se apreende, **no caso concreto**, a sentença destaca que, em seu depoimento em juízo, a vítima "*[i]nformou que registrou boletim de ocorrência e soube que, durante as investigações, identificou-se que a compra fraudulenta de um par de tênis havia sido registrada em nome do acusado, enquanto as demais compras estavam em nome de outras pessoas. Afirmou que seus cartões de crédito não sumiram de dentro de sua bolsa, acreditando que o réu os fotografou.*" (fl. 14) – **tudo o que materializa a vontade da vítima de autorizar a persecução estatal, relevando, de modo inequívoco, o seu interesse de ver apurado o fato contra ela praticado**.

**No caso vertente**, não ficou evidenciada a decadência, porquanto, **repita-se**, a vítima demonstrou **interesse cabal de ver o paciente ser processado ainda em sede inquisitorial ainda em sede inquisitorial** — o que, apenas transmutado em termos técnicos jurídicos, se chama: **representação do(a) ofendido(a)**.

Do contrário, estar-se-ia transformando a representação em condição de prosseguibilidade, enquanto configura requisito de procedibilidade, tudo o que, pelo já acima explicado, não se mostra apropriado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse mesmo sentido:

**“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. APLICAÇÃO RETROATIVA. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA. INTERESSE NA RESPOSTA PENAL DO ESTADO. REGIME MAIS GRAVOSO. RÉU REINCIDENTE E QUE OSTENTA MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. A discussão gira em torno da incidência das recentes alterações legislativas (Lei n. 13.964/19) sobre a natureza da ação penal do crime de estelionato de forma retroativa ou não nas persecuções penais em curso, pois, com o advento da Lei n. 13.964/201 9, conhecida como "pacote anticrime", houve alteração do art. 171 do Código Penal ? CP, passando a ação penal a ser proposta somente mediante representação.

2. **Esta Quinta Turma passou a entender que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo, ao mais quando se constata que foi demonstrada a intenção da vítima em autorizar a persecução criminal, caso dos autos.**

3. Tratando-se de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes, torna-se cabível a imposição de regime mais gravoso para o início de cumprimento da pena.

4. **Agravo regimental desprovido.”** (AgRg no REsp n. 1.872.308/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 21/09/2020, grifei).

**“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PUBLICAÇÃO DE PAUTA DO JULGAMENTO EM SESSÃO VIRTUAL. FEITO LEVADO EM MESA. SESSÃO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. DIVERSO DO JULGAMENTO VIRTUAL. INAPLICABILIDADE DOS ARTIGOS 184-A a 184-H DO REGIMENTO INTERNO. NÃO PRERROGATIVA DE SUSTENTAÇÃO ORAL. ALEGADA OMISSÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE COM DECISÃO EMBARGADA. INVIABILIDADE. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS PARA SANAR OMISSÃO, SEM EFEITOS**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### INFRINGENTES.

I - Descabida a alegação de nulidade do acórdão embargado, na medida em que as normas que regem o julgamento virtual dos embargos de declaração, agravo regimental e agravo interno não se aplicam ao julgamento realizado mediante vídeoconferência, o qual é presencial e segue as regras correspondentes.

II - Ademais, no que diz respeito ao possível interesse em realizar a sustentação oral, diviso que o reclamo não merece prosperar, pois dessume-se do artigo 159 do RISTJ que não é cabível tal pedido em sede de agravo regimental.

III - Importante destacar que não se admite inovação recursal consistente na discussão, em agravo regimental e/ou embargos de declaração, de teses que não foram objeto do recurso especial, haja vista a devolutividade deste.

IV - Outrossim, **quanto a pretendida aplicação retroativa da regra do §5º do art. 171 do CP, acrescentado pela Lei n. 13.964/2019, esta colenda Quinta Turma já decidiu que 'além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de deve se restringir à fase policial, não alcançando o estelionato processo', pois, 'do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade'.**

V - Ainda, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau. Precedentes.

VI - Por fim, inconformado com o resultado do julgamento, busca o embargante rediscutir a matéria apreciada e já decidida pela Quinta Turma, providência para a qual os aclaratórios não se prestam. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão somente para sanar omissão, sem, contudo, atribuir-lhe efeitos infringentes.” (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.681.153/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 14/09/2020).

Ademais, em hipóteses como a dos autos, é **dispensável qualquer**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**formalidade para a representação da vítima**, conforme já consolidado por essa eg. Corte Superior:

*"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL CULPOSA NO TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO EXPRESSA DA VÍTIMA. PRESCINDIBILIDADE. ATO QUE DISPENSA FORMALIDADES. AGRAVO DESPROVIDO.*

1. Nos termos do entendimento desta Corte Superior, tem-se que, quando a ação penal pública depender de representação do ofendido ou de seu representante legal, tal manifestação de vontade, condição específica de procedibilidade sem a qual é inviável a propositura do processo criminal pelo dominus litis, **não exige maiores formalidades, sendo desnecessário que haja uma peça escrita nos autos do inquérito ou da ação penal com nomen iuris de representação, bastando que reste inequívoco o seu interesse na persecução penal.**

2. No caso, as instâncias ordinárias esclareceram que a vítima sobrevivente, não obstante a ausência de peça formalizada nos autos, demonstrou de forma tácita e clara a intenção de ver a suposta autora do fato delituoso processada criminalmente, tendo comparecido à delegacia para prestar declarações minuciosas sobre o acidente, além de ter realizado o exame de corpo de delito.

3. "Não se mostra possível modificar o que ficou estabelecido pelas instâncias de origem sem que se faça necessário um amplo e aprofundado reexame do acervo probatório, procedimento vedado na via eleita." (AgRg no HC 233.479/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no RHC n. 118.489/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 25/11/2019, grifei).

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INJÚRIA QUALIFICADA. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE PARA O AJUIZAMENTO DA DEMANDA. FORMALIDADE. DESNECESSIDADE. CAPACIDADE DA VÍTIMA DE ENTENDER O CARÁTER OFENSIVO DAS DECLARAÇÕES. SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO.*

1. Quando a ação penal pública depender de representação do ofendido ou de seu representante legal, tal manifestação de vontade, condição específica de procedibilidade sem a qual é inviável a propositura do processo criminal pelo dominus litis, **não exige maiores formalidades, sendo desnecessário que haja uma peça escrita nos autos do inquérito ou**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da ação penal com nomen iuris de representação, bastando que reste inequívoco o seu interesse na persecução penal (ut, RHC 62.405/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 09/11/2016).

2. O Tribunal de origem, soberano na apreciação do conjunto fático-probatório dos autos, entendeu não estar comprovada a total ausência de percepção pela vítima da ofensa recebida. A alteração dessa conclusão encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido” (AgRg no AREsp n. 1.411.657/PB, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe fr 10/09/2019, grifei).

**"PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. LESÕES CORPORAIS CULPOSAS DE TRÂNSITO. EXIGÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FORMALIDADES LEGAIS. VÍTIMA QUE COMPARECEU À DELEGACIA PARA REGISTRAR OCORRÊNCIA. TRIBUNAL RECONHECEU PRESENTE A VONTADE INEQUÍVOCA EM PROMOVER A RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO AUTOR DO FATO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. A representação nos crimes de ação penal pública condicionada prescinde de qualquer formalidade, sendo necessário apenas a vontade inequívoca da vítima ou de seu representante legal de representar contra o autor dos fatos.

2. A desconstituição da conclusão a que chegou a Corte de origem quanto à inequívoca intenção da vítima de promover a responsabilização criminal do autor dos fatos, demandaria ampla cognição dos fatos e das provas coligidas aos autos, providência inviável em recurso especial conforme disposição da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 1.550.571/SP, **Sexta Turma**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 23/11/2015, grifei).

**“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. INJÚRIA E DIFAMAÇÃO CONTRA PROCURADORA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO INEQUÍVOCA DA VONTADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS PELO TRIBUNAL A QUO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. Nos termos da Súmula 714 do STF, É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do Ministério Público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.*

2. *A representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, prescinde de formalidade, sendo suficiente a demonstração inequívoca do interesse da vítima ou de seu representante na persecução criminal.*

3. *Concluindo o Tribunal a quo que não teria sido comprovada a manifestação inequívoca de vontade necessária à instauração da ação penal, a reversão do julgado encontra óbice na Súmula 7 do STJ.*

4. *Agravo improvido."* (AgRg no REsp n. 1.588.248/CE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 06/11/2017, grifei).

Portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de habeas corpus.

Diante de tais considerações, peço vênias ao em. Ministro Relator e demais Ministro, que assim entenderam, para acompanhar a divergência inaugurada pelo em. Ministro Ribeiro Dantas, no sentido de não conhecer do **habeas corpus**.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 610.201 - SP (2020/0225854-5)

### VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

A análise da controvérsia posta neste habeas corpus, acerca da possibilidade de retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), enseja perscrutar **três aspectos fundamentais**: 1) natureza dessa norma processual e sua possível retroatividade; 2) a coerência do sistema e a manutenção da segurança jurídica; e 3) a necessidade de se conferir interpretação que limite a esfera de punição do Estado, em face do caos do sistema punitivo e dos efeitos maléficos da prisão.

#### I. Natureza da norma processual e sua retroatividade

Ação penal, aqui concebida como instrumento utilizado pelo poder jurídico para satisfação de uma pretensão, é instituto de natureza processual, **em regra**. Entretanto, no âmbito penal, as respectivas normas, concebidas para regularem o processo, também se entrelaçam com o direito penal.

A representação do ofendido (nos crimes de ação pública a tal iniciativa condicionada) é um exemplo, pois, no âmbito das relações punitivas estatais, pode-se dizer que tal norma possui o seu DNA também do Direito Penal. Prova disso é que não apenas o CPP (art. 24), mas também o Código Penal versa o assunto, em seu Título VII (Da Ação Penal) e, mais especificamente sobre a necessidade de representação do ofendido, em seu art. 100, § 1º.

Na verdade, como bem intui Américo A. Taipa de Carvalho,

Diferentemente do que se passa com outros ramos do direito, há entre o direito penal e o processo penal uma verdadeira relação de mútua complementariedade funcional, podendo mesmo dizer-se relação de interdependência ou de implicação biunívoca: o processo penal – tal como **qualquer processo – pressupõe o direito penal, e o direito penal – diferentemente do que acontece com os ramos do direito não sancionatório – só se concretiza através do processo penal. O processo penal é, em rigor, o *modus existendi* do direito**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal” (...) O processo penal é o espelho da forma do estado, pois no processo penal jogam-se os direitos e as liberdades fundamentais. Neste sentido, são exactas as palavras de SAX: tal como a do direito penal, também “a história do direito processual penal é, ao mesmo tempo, uma parte essencial da história das relações entre o cidadão e o Estado” (TAIPA DE CARVALHO, A. A. *Sucessão de Leis Penais*. 2ª ED. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 263 - grifamos)

A ação penal é o meio para o exercício do poder punitivo estatal. Não há outro meio de se impor pena que não pelo processo, consectário do exercício da ação penal (*nulla poena sine iudicium*). Logo, qualquer alteração nos limites ou condicionantes desse poder (*ius puniendi*), especialmente no direito ao exercício da ação penal (*ius actionis*) terá reflexos diretos na esfera de liberdade do sujeito passivo da relação jurídico-penal.

De fato, ainda na lição do Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, há, no Direito Processual Penal,

normas que **condicionam**, positiva (pressupostos processuais que são verdadeiros pressupostos adicionais de punição: p.e., **queixa** [equivalente à nossa representação] e acusação particular) ou negativamente (impedimentos processuais que são verdadeiros impedimentos da punição: p.e., a prescrição do procedimento criminal) **a responsabilidade penal**; há normas que dizem directamente respeito aos **direitos e garantias de defesa** do arguido (p.e., espécies de prova e valoração da sua eficácia probatória, graus de recurso); há, ainda normas que afetam directa, incisiva e gravemente o **direito fundamental da liberdade** (caso da prisão preventiva) - grifamos (op.cit. p. 261).

É dizer, uma condição de procedibilidade da ação, sob a ótica processual civil, possui natureza puramente processual, mas, no âmbito penal, não se pode fazer igual raciocínio, sob pena de incorrermos no risco - objeto de alertas doutrinários -, de uma *processualização civil do processo penal*.

Por isso que se propõe, na doutrina, reconhecer a existência de normas **processuais penais materiais**, ou **híbridas (mistas)**, porque se, a um primeiro olhar ou pela sua topografia, reproduzem institutos mais próximos, historicamente, ao âmbito do Direito Processual, interferem, decisivamente, no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

âmbito do poder de punir do Estado.

Daí a relevância da incidência das regras do direito penal intertemporal a essas normas híbridas, de modo que, ainda segundo o escólio de Taipa de Carvalho, “[...] à sucessão de leis processuais penais materiais sejam aplicados o princípio da irretroactividade da lei desfavorável e o da retroactividade da lei favorável” (op.cit. p. 219/220).

Igual pensamento, entre nós, expressa Carlos Maximiliano:

Quanto aos institutos jurídicos de caráter misto, observam-se as regras atinentes ao critério indicado em espécie determinada. (...) “O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, **embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo**; nesta hipótese, predominam os postulados do **Direito Transitório Material**. (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito Intertemporal*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314).

Nessa perspectiva, é indubitoso, no âmbito penal, que qualquer lei ou norma, que de algum modo beneficie – direta ou indiretamente – o acusado de um crime, sujeita-se ao princípio basilar da retroatividade (*abolitio criminis* ou *lex mitior*). Mesmo que o legislador não o diga – porque não se trata necessariamente de norma-dispositivo, mas de norma-princípio – somos vinculados a tal máxima, que é um cânone do Direito Penal.

Seria equivocado condicionar a incidência de tal regra à regulação legislativa, sob pena de, por lógica consequencial, admitirmos pudesse o legislador votar uma lei determinando que não se aplica aos processos pendentes (ou julgados), v. g., a diminuição da pena de determinado crime. Tal enunciado normativo, à evidência, seria inconstitucional.

Logo, quem define a exigência de aplicação de um princípio estruturante do Direito Penal, na prática, é o juiz, intérprete e aplicador do direito posto (e não posto), visto que, atualmente, ninguém mais duvida de que há outras fontes do Direito além da lei formal.

Sob a angulação processual, vigora, todavia, o princípio *tempus regit actum*, isto é, o de aplicação imediata da lei processual penal que, em regra, não retroage. Assim sendo, sem prejuízo dos atos já praticados sob a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vigência da lei anterior, a lei processual penal produz efeito no exato momento de sua publicação, pouco importando se mais gravosa ou não ao réu.

Entretanto, quando se tratar de **normas processuais com conteúdo penal ou normas híbridas** (mistas), haverá, por certo, um confronto entre esses dois vetores basilares (da retroatividade da lei penal mais benéfica e da aplicação imediata e irretroativa da lei processual penal). A solução encontrada pela Jurisprudência e pela doutrina é a da irretroatividade, em regra, **exceto nas hipóteses em que beneficia o réu** – ou seja, **o entendimento vai na mesma direção dada para a aplicação das normas penais no tempo.**

Logo, quando se tratar de norma processual com conteúdo material mais favorável ao réu, aplica-se o princípio da retroatividade ou da ultra-atividade da lei, visto que **a norma híbrida (mista) influencia no poder de punir do Estado.** É o que ocorre, exemplificativamente, no caso da Lei dos Juizados Especiais Criminais: “os benefícios das Leis 9.099/95 e 10.259/01, podem ser aplicados ao acusado, ainda que o feito esteja em fase recursal” (HC n. 82.043/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, DJe 12/11/2007).

Nesse sentido, também, alinha-se a doutrina. Em comentários sobre a norma do art. 91 da Lei nº 9.099/95 – que instituiu a representação como condição de procedibilidade do crime de lesões corporais – Mirabete, ao se referir às hipóteses em que o crime ocorrera antes da vigência da lei, apregoava a necessidade de intimar a vítima para oferecer a representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. E pontuou:

Procura-se não se descurar dos interesses do ofendido que apresentou a *notitia criminis* sobre a ocorrência de tais delitos quando eram eles submetidos a ação pública incondicionada, alertando-os de que, com a superveniência da lei que faz depender o processo dessa condição de procedibilidade, é indispensável sua iniciativa para que se proceda à ação penal." (In: *Juizados Especiais*, p. 180/181 ).

Assim também Hugo Nigro Mazzilli e Fátima Nancy Andrichi:

'A LJECC contém normas tipicamente processuais (competência, intimações, processo e recursos); mas, no seu bojo, há também normas penais (sanções mais brandas, conversão de multa em pena privativa de liberdade, ou a transação e a **decadência** - arts. 72 , 76,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, 85, 89 e 91, V. g.) e até mesmo normas processuais de direito estrito, por constituírem limitações a direitos individuais (prisão em flagrante e fiança art. 69, parágrafo único). **As normas que constituem limitações à liberdade individual necessariamente devem retroagir quando benéficas ao acusado, não podendo o legislador ordinário limitar sua incidência a casos futuros. (...)** Assim, devem-se aplicar as disposições da LJECC aos casos ocorridos antes de sua vigência em tudo aquilo em que for mais benigna que a legislação por ela derogada . " (MAZZILLI, Hugo N. e ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Algumas questões relacionadas com a representação do ofendido na Lei dos Juizados Especiais Criminais*, p. 21 ).

### II. A representação no crime de estelionato

Com o advento da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o delito de estelionato passou a exigir a representação da vítima. Modificou-se, portanto, a natureza da ação penal que passou de pública incondicionada para pública condicionada à representação. Por isso mesmo, o exercício da ação agora se subordina a uma condição, qual seja, a representação da vítima, que deverá se dar no prazo de 6 meses, sob pena de incidência da decadência, com a extinção da punibilidade, conforme dispõe o art. 107, IV, do Código Penal.

Por certo que há, nessa norma, uma condicionante ao exercício do poder punitivo estatal (*ius puniendi*). Por isso, **não há como deixar de reconhecer que a referida alteração legislativa tem o potencial de ocasionar reflexos diretos no próprio direito material, de tal sorte que essa modificação se traduz como uma norma híbrida (mista) ou com conteúdo substancial.**

**Assim, deve ser observado, quanto à aplicação da lei no tempo, as mesmas diretrizes das normas penais, mas, segundo nosso aviso,** não de modo absoluto, como se fosse puramente norma de Direito Penal.

Oportunas, no particular, as lições de Nelson Hungria:

Se a lei nova converte um crime de ação pública em crime de ação privada ou, diversamente da lei anterior, subordina a ação pública a representação ou requisição, cria, certamente, uma situação de favor para o réu e, assim, mesmo em relação aos fatos pretéritos, a ação



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal não pode ser intentada sem as ditas condições de processabilidade (queixa, representação, requisição), e **se já está em curso a ação do Ministério Público, não prosseguirá, salvo, no caso de exigência de representação ou requisição, se o respectivo titular a apresentar no prazo legal.**" (In: *Comentários ao Código Penal*, p. 104 - grifamos)

### III. Coerência jurisprudencial e necessidade de segurança jurídica

Julgo ser de todo relevante, na aplicação do Direito, ter-se em mira a necessidade de preservação da segurança jurídica nas relações intersubjetivas e, particularmente, nas relações entre o Estado e os indivíduos. O relator, a propósito, foi muito preciso e certo, ao lembrar que geraria enorme insegurança se a aplicação da novel norma penal dependesse do momento em que o titular da ação penal viesse a exercitasse.

Assim, qual a segurança jurídica – e mais ainda, a isonomia de tratamento – se um réu, já processado por crime de estelionato quando da vigência da *lex mitior*, não fosse beneficiado com a possibilidade de a vítima não exercer o direito de representar? Imagine-se o coautor do mesmo crime que, por circunstâncias quaisquer (ex: não havia sido identificado no início das investigações) não foi denunciado juntamente com o seu comparsa. Porque seu processo tardou a iniciar-se, ele seria beneficiado pela nova lei, porque, ao tempo de sua promulgação, ainda não lhe havia sido ofertada denúncia pelo Ministério Público. A desigualdade de tratamento e a insegurança jurídica seriam manifestas.

Mas é também em apreço à segurança jurídica esta Corte, nos primeiros julgados após a vigência da Lei n. 9.099/1995, entendeu que “os arts. 88 e 91, do citado diploma legal, são normas de direito processual penal e de direito penal, de natureza benigna, porque suscetíveis de causar a extinção da punibilidade pela renúncia ou decadência, **aplicando-se, portanto, aos fatos ocorridos antes de sua vigência**” (REsp n. 84.670/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, DJ 5/5/1997, destaquei).

Em igual diretriz, o plenário do Supremo Tribunal Federal:

E M E N T A: INQUÉRITO - QUESTÃO DE ORDEM - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES IMPUTADO A DEPUTADO FEDERAL - EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 BENÉFICA - APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIOS ORIGINÁRIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIOS 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. Doutrina.

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 judiciais 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 PENAIIS ORIGINÁRIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAIIS) 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 referência - 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. 1055 QO, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/4/1996, DJ 24/5/1996)

**Vale dizer, a necessidade de se compreender a possibilidade de retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019 é questão de coerência - e, por conseguinte, de preservação da segurança jurídica - com a orientação firmada por este Superior Tribunal e pelo Supremo em questão similar, estritamente de direito, ocorrida com a lesão corporal de natureza leve ou culposa, que também passou a exigir representação com o advento da Lei n. 9.099/1995.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### IV. Necessidade de interpretação que limite a esfera de punição – efeitos maléficos da prisão

Outro aspecto não menos importante, o qual foi muito bem observado da tribuna pelo nobre representante da Defensoria Pública, diz respeito à **necessidade, no momento atual, de se conferir interpretação que limite a esfera de punição do Estado, em face da precariedade de nosso sistema punitivo e dos efeitos maléficos da prisão.**

Em uma perspectiva que considere, de modo primordial, o princípio da dignidade humana como estruturante do sistema punitivo e da interpretação e aplicação das normas de natureza penal e processual penal, qualquer sinalização hermenêutica que densifique uma opção *pro homine* há de ser avaliada com toa a boa-vontade.

Adiro, portanto, as palavras lançadas pela defesa de que a inserção da exigência de representação do ofendido se mostra, indubitavelmente, como uma medida despenalizadora, uma vez que, na sua ausência (por renúncia ou decadência), é afastada a punibilidade do fato. Em decorrência também desse aspecto, penso que deve ter **aplicação retroativa**, mormente diante dos efeitos deletérios do uso excessivo da intervenção penal, cujo reflexo pode ser verificado no alto índice de ocupação carcerária no Brasil.

### V. Retroatividade limitada

A solução jurídica que proponho, à luz de todo exposto, é a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal. Todavia, embora reconheça essa retroatividade, **não cogito imprimir-lhe uma retroação sem limites, como ocorre com as normais penais puras que sejam mais benéficas.**

Por seu caráter híbrido, pode-se trabalhar com um marco intermediário, qual seja, o trânsito em julgado da condenação. Deveras, impor a coisa julgada como limite lógico é acertado porque, além do conteúdo penal, a norma também tem natureza processual, isto é, pressupõe que haja um processo em curso (não encerrado).

Isso equivale a dizer que, enquanto não transitada em julgado a condenação, pode, sim, haver conversão do julgamento em diligência para que,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instada, a vítima esclareça se deseja ou não processar o autor do crime contra seu patrimônio. Se já transitou em julgado a condenação, há que se privilegiar o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, que poderia ser até desfeita se estivéssemos diante de norma puramente material, mas que sobrevive em razão de se cuidar de norma processual material, de natureza híbrida.

Assim, concluo pela possibilidade de aplicação retroativa do § 5º do art. 171, com redação dada pela Lei n. Lei n. 13.964/2019, desde que não haja o trânsito em julgado (a formação de coisa julgada).

### VI. Exame do caso concreto

Extraí-se da sentença, no que interessa, o seguinte trecho (fl. 14, destaquei):

De saída, a materialidade dos crimes de estelionato em continuidade delitiva está devidamente comprovada **através do boletim de ocorrência lavrado a respeito dos fatos (fls. 08/09), juntada de ofícios e documentos demonstrativos das transações fraudulentas efetuadas com o cartão de crédito da vítima (fls. 26/28, 49, 188, 200, 236), bem como pela prova oral colhida em Juízo.**

No entanto, a denúncia merece um único reparo, porque dois dos delitos se deram na modalidade tentada, como se demonstrará.

No que concerne à autoria, também resta cristalina.

Com efeito, **a vítima S.I.C., em depoimento judicial**, afirmou que era professora na cidade de Pirapozinho e, quando chegava ao colégio, deixava sua bolsa dentro de armário, numa sala onde o réu tinha amplo acesso, porque também ministrava aulas na escola. Declarou que, certa feita, seu cartão de crédito foi bloqueado e, então, descobriu que várias compras foram efetuadas com o uso da tarjeta, de forma não autorizada. Aduziu que, quando dessa descoberta, o acusado chegou a lhe auxiliar na tomada de providências para obtenção de ressarcimento. Informou que registrou boletim de ocorrência e soube que, durante as investigações, identificou-se que a compra fraudulenta de um par de tênis havia sido registrada em nome do acusado, enquanto as demais compras estavam em nome de outras pessoas. Afirmou que seus cartões de crédito não sumiram de dentro de sua bolsa, acreditando que o réu os fotografou (fls. 296).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se observa, a vítima, além de haver noticiado o fato delituoso à autoridade policial, com a realização do boletim de ocorrência, também em juízo voltou a confirmar a versão dada dos fatos descritos em âmbito inquisitorial, mesmo após saber quem seria o suposto criminoso.

**Tal situação sugere, de forma bastante consistente, a existência de manifestação inequívoca da vítima de que era favorável a persecução penal.** Aliás, nesse ponto, é pacífica a jurisprudência desta Corte na direção de que “a representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal” (AgRg no REsp n. 1687470/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 1º/9/2020).

### VII. Dispositivo

**Ante o exposto, acompanho o relator quanto à possibilidade de se aplicar retroativamente o § 5º do art. 171, com redação dada pela Lei n. Lei n. 13.964/2019, em qualquer fase do processo, mas desde que não haja o trânsito em julgado. Entretanto, no caso específico dos autos, denego a ordem, uma vez que caracterizada, por todo o contexto, a manifestação da vítima pela continuidade da persecução penal.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2020/0225854-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 610.201 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003307020128260456 3307020128260456 8472013

EM MESA

JULGADO: 24/03/2021

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

#### Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
FABRÍCIO DE VECCHI BARBIERI - SP319744  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ANDERSON KLEBER NASCIMENTO  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

#### CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Ribeiro Dantas, indeferindo o habeas corpus, no que foi acompanhado pelos votos da Sra. Ministra Laurita Vaz, do Sr. Ministro João Otávio de Noronha e do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (com ressalva de que acompanhou a tese jurídica do Relator, porém acolheu o segundo fundamento da divergência, por ter havido manifestação da vítima) e o voto do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, que concedia parcialmente a ordem, a Terceira Seção, por maioria, indeferiu o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Ribeiro Dantas, que lavrará o acórdão.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Nefi Cordeiro (Relator) e Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem em parte.

Votaram com o Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator para acórdão) os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Felix Fischer, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Rogerio Schietti



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Cruz (com ressalva).

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.