

## 10 A AÇÃO PENAL

O advento da lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 alterou a regra geral da ação penal nos crimes do art. 171, tanto para o estelionato, quanto para as fraudes a ele equiparadas, mediante a inserção de um § 5o no art. 171, com a seguinte redação: § 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.

A regra é, a princípio, bem vinda. Bem se sabe – e consta um alerta amplo na abertura do título dos Crimes contra o Patrimônio nesta obra – que a essência do bem jurídico patrimonial é sua disponibilidade. Claro que existem figuras típicas que congregam uma pluralidade de bens jurídicos afligidos a reclamar a intervenção estatal por razões alheias ao próprio patrimônio, mas este não é, obviamente, o caso do estelionato nem das fraudes a ele comparadas. Trata-se, no art. 171, de figuras típicas descritivas de circunstâncias que amiúde representam – à míngua de um efetivo ardil e da orientação subjetiva apropriada (dolo) – em meros ilícitos civis. Portanto, como regra geral, parece razoável pautar a persecução a partir da vontade da vítima.

A opção pela ação penal pública condicionada é medida extremamente salutar, pois privilegia a opção da vítima em dirigir seus esforços àquilo que realmente lhe importa. Se o que se vislumbra como alvo é a recuperação patrimonial, obviamente o caminho do processo penal é o mais lento de todos, pois o procedimento obedecerá as fórmulas de mais amplas garantias, para permitir um título indenizatório ex delicto somente após o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. É muito mais vantajoso para as vítimas, percorrerem a via do processo civil. Se, por outro lado, a ofensa patrimonial resulta em danos que vão além do que se possa satisfazer com a simples recomposição patrimonial, o caminho penal não está obstado e sequer demanda qualquer custo, uma vez que a ação segue sendo pública, bastando à parte manifestar-se no sentido de que deseja que seja deflagrada a persecução.

Portanto, em um primeiro momento, é de saudar a iniciativa da lei 13.964/2019, de converter a ação penal do crime de estelionato, como regra, em ação penal pública condicionada à representação.

Remanesceram, porém, como exceções, várias hipóteses em que o legislador considerou necessário que permanecesse existindo a modalidade de ação penal pública incondicionada em face de especiais condições das vítimas.

No inciso I, do § 5o, figurou a administração pública. Embora seja bastante incomum que as fraudes aqui descritas tenham por vítima a administração pública, direta ou indireta, sem deslocar a tipicidade, por especialidade, para o título dos crimes contra a administração pública, parece, de qualquer modo, correta a providência aqui tomada, já que o titular da autorização persecutória seria precisamente o Estado que pode, diretamente, ser representado pelo Ministério Público.

No que respeita aos incisos II, III e IV do § 5o, verifica-se um traço de unidade entre as vítimas criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz, consistente em uma maior vulnerabilidade frente ao ardil perpetrado pelo agente. É bastante óbvio que existem adolescentes muito mais ilustrados, especialmente em questões cibernéticas, do que os próprios adultos, bem como maiores de 70 anos cuja agilidade mental é

indiscutível. O que se quis, porém, foi tomar uma regra geral acerca de tais vítimas, para permitir-lhes uma maior proteção. Ademais, salvo o caso dos maiores de 70 anos não interditados, a representação civil das vítimas seria realizada por terceiro responsável.

1

Portanto, não é esdrúxula a providência.

Importa deixar claro, ainda, o fato de que a regra do § 5º aplica-se não apenas ao estelionato em sua modalidade fundamental, como também a todas as fraudes a ele equiparadas, incluídas no § 2º do art. 171. Embora a regra não seja explícita a respeito, a interpretação extensiva é a melhor na medida em que obviamente favorece ao réu.

### 10.1. Questões de direito intertemporal.

Não obstante seja absolutamente louvável a providência de converter a regra geral da ação penal dos crimes de estelionato e das fraudes a ele assimiladas em ação penal pública condicionada à representação, surgem, a reboque, várias questões relativas ao direito intertemporal.

A partir da entrada em vigor da lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, cuja *vacatio legis* foi de apenas 30 dias (cf. art. 20 da mencionada lei), vários processos penais que apuravam ocorrências de estelionato ou das fraudes que lhe são equiparadas pelo art. 171, § 2o, foram apanhados em curso. Resulta necessário um amplo esclarecimento acerca de como aplicar a lei, já que, mesmo nas várias ações diretas de inconstitucionalidade interpostas contra ela, nenhuma resultou em suspensão da eficácia do dispositivo em questão e sequer houve qualquer classe de modulação dos seus efeitos.

Resta saber, pois: de que modo a condição de procedibilidade do § 5º do art. 171, imposta pela lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 afetaria os processos em curso?

A primeira questão a ser atacada, naturalmente, é a natureza jurídica do instituto. Como condição de procedibilidade da ação penal, em princípio, a tendência é reconhecê-la como instituto de caráter processual que, portanto, deveria observar a regra do art. 2o do Código de Processo penal<sup>1</sup>, entrando em vigor imediatamente, com efeitos meramente *ex nunc*, o que levaria à validação simplesmente de todos os processos iniciados antes do advento da nova lei, segundo as regras da ação penal pública incondicionada.

No entanto, não é essa a melhor interpretação, por várias razões.

Em primeiro lugar, porque resulta duvidoso que se possa considerar que a regra acerca da ação penal constitua, de fato, Direito processual penal e não Direito penal material, quando toda a regulamentação acerca das regras da ação penal – inclusive a previsão da excepcionalidade da previsão expressa da necessidade de representação – estão reguladas pelo Código penal e não pelo Código de processo penal, tal como se observa dos seus arts. 100 a 106.

Em segundo lugar, porque ainda que se fosse considerar tratar-se de regra processual, a sede de sua regulação e os efeitos que provoca – possibilidade ou não de deflagrar persecução – produzem efeitos diretos frente a liberdade do réu, constituindo-se em *substantial rights*. Com

isso, até mesmo aqueles que restringem a possibilidade de aplicação *ex tunc* dos efeitos de novas leis processuais àquelas que contemplam direitos substanciais<sup>2</sup>, na esteira da famosa lição de Taipa de Carvalho<sup>3</sup>, forçosamente devem

Art. 2o A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Importa frisar que esta não é a tese defendida nesta obra, mas sim a de que todas as regras de caráter processual consistem em garantias do réu, pelo que, retroagirão sempre que forem favoráveis ao réu, atingindo os processos em curso. Para maiores detalhes, remeto a ampla discussão sobre a temática que deflagrei no volume 1, de Parte geral, desta obra, no capítulo 3, item 2.7. Veja-se, a respeito, CARVALHO, Américo Taipa de. Sucessão de leis penais. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, pp. 209 e ss.

2

admitir a aplicação imediata com efeitos retroativos da lei mais benéfica.

Não é demais lembrar, ainda, que a representação não tem forma, consistindo meramente em uma manifestação inequívoca, mesmo que implícita, acerca da pretensão de que se deflagre a perseguição, bastando ser observado o prazo decadencial de seis meses a partir do conhecimento da autoria do fato<sup>4</sup>.

De todo modo, são amplíssimas as possibilidades de análise reclamando maior minúcia do intérprete, afinal, é possível que o caso apanhado em curso pela nova lei que exige a condição de procedibilidade estejam em fase investigatória - de regra com inquérito policial em curso -; em fase persecutória, no curso de uma ação penal; com o advento de uma condenação, sem trânsito em julgado e com o advento de uma condenação com trânsito em julgado, decorrendo de cada uma delas, uma solução diferente.

Primeiramente, nos casos em que encontra-se deflagrada uma investigação pré-processual que se encontre dentro do prazo decadencial, a providência, se ainda não foi tomada, é de proceder à oitiva da vítima, especificamente acerca de sua autorização persecutória. Em todos os casos, tal autorização estará implícita – e, portanto, suprida - quando a iniciativa de busca da autoridade policial para deflagrar a investigação tenha partido da própria vítima. Aqui, poucos problemas surgirão, já que, quase que de regra, são as vítimas que noticiam os casos às autoridades policiais. De qualquer forma, em casos de inquéritos deflagrados de ofício, não havendo manifestação da vítima no sentido da perseguição em seis meses desde que ciente da autoria do fato, o caso sofrerá os efeitos da decadência. Finalmente, caso a vítima procure a autoridade policial para a narrativa de um fato cuja autoria é dela conhecida há mais de seis meses, não seria, de modo algum, possível a instauração do inquérito policial. Embora a conclusão aparente certa radicalidade, não é demais observar que, se a vítima levou mais de seis meses buscando por outras soluções que não o caminho penal, é muito provável que a sua frustração em cobrar quem dela obteve vantagem para restaurar seu patrimônio, a tenha conduzido a buscar pela autoridade policial. Neste caso, de ser assim, é realmente salutar o reconhecimento da decadência, justamente para evitar a conversão da autoridade policial em um cobrador de luxo de haveres cíveis.

O segundo grupo de casos será o dos processos penais deflagrados por ação penal pública incondicionada que, agora, reclamam representação da vítima. Na imensa maioria dos casos,

como visto, o deflagrar da investigação pré-processual deriva de iniciativa da vítima, razão pela qual nenhum problema surgirá, pois esta iniciativa pode, implicitamente, ser considerada representação, uma vez que, para tanto, não se exige nenhuma fórmula legal. Nos casos em que a representação não houve ou que foram fulminados por prazo decadencial, as mesmas razões invocadas para a autoridade policial, servem para o Promotor de Justiça, vale dizer, o manifesto desinteresse da vítima põe em suspeita a dimensão penal do feito, devendo o processo ser extinto.

O terceiro grupo de casos aparece quando não existe uma sentença firme acerca do assunto, mas já é findo o processo em primeiro grau, com sentença condenatória, pendente de recurso. Obviamente, os casos de sentenças absolutórias são, para todos os fins, irrelevantes. Nas condenações, porém, há que se observar dois aspectos fundamentais. O primeiro, é que se não existe ainda trânsito em julgado acerca do caso, o que existe é um mero juízo provisório sobre a causa, passível ainda de debate e inclusive de valoração da prova fática. Uma vez que a providência requerida pela nova lei – representação – é matéria de direito, referida a um aspecto probatório, consistente na manifestação inequívoca de

Para detalhes acerca da representação, remeto à leitura do volume 1, de Parte geral, desta obra, em seu capítulo 22, item 1.2.1.2.

### 3

vontade persecutória da vítima antes da fluência do prazo decadencial, a regra a ser aplicada é a mesma dos dois casos anteriores. Se o procedimento investigatório foi deflagrado por iniciativa da vítima ou de qualquer forma ou perante qualquer autoridade pública ela manifestou seu desejo persecutório, o feito deve prosseguir. Inexistindo qualquer iniciativa da vítima ou esta tendo sido deflagrada com ultrapassagem do prazo decadencial, o feito deve ser extinto.

O quarto e último caso, porém, deve receber tratamento distinto. Trata-se da hipótese em que o caso já transitou em julgado, ou seja, que já goza de sentença firme condenatória acerca do estelionato ou da fraude a ele equivalente. Nos casos em que há iniciativa persecutória da vítima, novamente, nenhum problema. Mas mesmo que não tenha estado presente qualquer iniciativa persecutória, o caso transitado em julgado não será passível de anulação em hipótese alguma. Nem mesmo é aceitável a submissão à revisão criminal. E a razão para tanto é de ordem constitucional: a coisa julgada.

A coisa julgada é uma garantia constitucional que não pertence unicamente aos réus, mas à própria sociedade. Tanto é assim que em matéria penal ela só pode ser desconstituída presentes as excepcionalíssimas hipóteses do art. 621 do Código de Processo penal, a saber: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. Naturalmente, os casos dos incisos II e III não dizem respeito a nada de que aqui se esteja tratando, remanescendo a necessidade de interpretação do inciso I.

Ocorre que tal inciso refere expressamente à existência de uma contrariedade, ou seja, a uma desobediência legal que oriente a sentença condenatória, contaminando-a de flagrante ilegalidade. Tanto assim a ponto de exigir que tal contrariedade se dê frente à texto expresso,

vale dizer, a uma circunstância em que o magistrado (ou magistrados) ao julgar(em) abandone a letra da lei em desfavor do acusado.

Ora, esta ilegalidade manifesta não existe se a lei tampouco existe. Não é possível estabelecer qualquer confronto entre a lei atual e a atuação pretérita do juiz. O juiz que tenha atendido às regras legais no momento da sentença, agiu dentro da estrita legalidade, pelo que, não seria jamais possível falar em contrariedade a texto expresso de lei, já que a expressão da lei é ultra-ativa.

A sede constitucional da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada) deixa o tema mais do que claro, expressando que a lei – e aí se inclui, obviamente, a lei nova – não prejudicará a coisa julgada. A voz é cogente e não deixa qualquer margem à interpretação.

Note-se, finalmente, que não se trata de um novo juízo material acerca do desvalor de ação e de resultado dos tipos de ação, como poderia ser no caso de abolitio criminis, que poderia, sim, afligir a coisa julgada, mas sim de uma regra acerca das condições de procedibilidade que em nada afetam a valoração social negativa da conduta incriminada. Como se sabe, a abolitio criminis só tem o condão de atingir a coisa julgada não porque se trata de uma nova lei, mas porque se trata de uma nova valoração social a respeito de um comportamento incriminado, coisa que não está presente na hipótese vertente.

Em resumo, portanto, deve-se aplicar imediatamente a regra da ação penal pública condicionada a todas as investigações e processos em curso que não estejam atingidos pela coisa julgada, levando-se sempre em conta a informalidade da representação e a contagem do prazo decadencial respectivo.