

A REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO DO CRIME DE ESTELIONATO

A sua extensão a outros crimes patrimoniais sem violência física ou grave ameaça

Sauvei Lai¹

Victoria Felgueiras Taulois Fernandes²

Victor Ferreira Dias Duarte da Costa³

1. Introdução. 2. *Ratio* da ação penal pública condicionada à representação do ofendido. 3. Relevância do papel da vítima no processo penal contemporâneo. 4. Medidas alternativas para além da pena. 5. Analogia *in bonam partem* e princípio da proporcionalidade. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

1.1. *Novatio legis in mellius*

Com o advento da Lei n° 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o crime de estelionato do art. 171 do Código Penal (CP) deixou de ser de ação penal pública incondicionada para se transformar em infração de iniciativa pública **condicionada à representação do ofendido**, de acordo com a nova redação do § 5^o, salvo nos casos de exceção contemplados no mesmo dispositivo.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (desde 1999). Mestre em Direito Digital (2024). Pós-graduado em Teoria Geral do Processo (2001). Professor. Autor e coautor de obras e artigos jurídicos. Presidente da Comissão Permanente de Estudos em Direito Digital do MPRJ (2024). Membro-auxiliar da Procuradoria-Geral da República no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (2021/2023). Examinador do concurso público para Delegado de Polícia do Rio de Janeiro (2021/2022). Membro do grupo de trabalho da sub-relatoria da revisão do novo Código de Processo Penal (NCPP) na Câmara dos Deputados (2019). Representante da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) perante a Câmara dos Deputados na discussão do NCPP (2021). Autor do anteprojeto de lei n° 4.939/2020 sobre provas digitais e outros assuntos. Ex-Defensor Público do Rio de Janeiro (1998/1999). Aprovado no concurso público para Delegado da Polícia Federal (1997).

² Residente Jurídica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (2022). Ex-advogada criminal (2021/2022). Pós-Graduada em Ciências Criminais e Segurança Pública (UERJ). Bacharel em Direito (UFRJ). Coautora em obras jurídicas.

³ Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado (ISMP/MPRJ). Bacharel em Direito (UFRJ). Autor de artigos jurídicos.

⁴ § 5° 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.

1.2. Adoção, inclusive retroativa, da lei nova mais benéfica

No universo da 2ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal (PJIP) Territorial da Ilha do Governador e Bonsucesso do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ), onde os três autores da pesquisa exercem as suas funções, passou-se a exigir a representação do ofendido (condição especial de procedibilidade da ação penal) do crime de estelionato tanto nos inquéritos **em curso** – em prol do princípio constitucional da **retroatividade** da lei penal benéfica do art. 5º, XL⁵, que será mais bem examinado a seguir –, quanto naqueles **instaurados a partir de então**, a fim de viabilizar a persecução em juízo, nos termos do art. 395, II⁶, do Código de Processo Penal (CPP).

1.3. Problemática e justificativa

Contudo, logo se notou uma **contradição**. Outros delitos patrimoniais recorrentes na praxe forense, de **menor** gravidade sancionatória – sob o critério da pena privativa de liberdade, considerando a do estelionato de 1 a 5 anos de reclusão –, permaneciam de natureza pública incondicionada, a exemplo do furto do art. 155 (1 a 4 anos de reclusão), da apropriação indébita do art. 168 (1 a 4 anos de reclusão) e da receptação do art. 180, *caput* e § 3º (respectivamente, 1 a 4 anos de reclusão e 1 mês a 1 ano de detenção), todos do CP.

Em homenagem ao princípio da proporcionalidade e objetivando evitar **contradições** na atuação ministerial – temas que serão esquadrihados no decorrer da pesquisa –, a PJIP acima mencionada começou a requisitar a representação do ofendido nos procedimentos policiais, que apuravam furto, apropriação indébita ou receptação, arquivando-os por ausência de condição especial de procedibilidade (vide arquivamentos dos inquéritos policiais nº 037-01344/2018 e 037-03741/2017, ambos datados de 21/01/2021⁷), quando os lesados a renunciavam ou quedavam-se inertes no prazo de 30 dias da intimação, aplicando-se por analogia a temporariedade do art. 91⁸ da Lei nº 9.099/1995 e implementando-se, por conseguinte, a **decadência intercorrente**, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na hipótese do crime de estelionato⁹.

⁵ XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

⁶ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal;

⁷ Disponível em:

<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0039409-43.2021.8.19.0001> e

<https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica?numProcessoCNJ=0039416-35.2021.8.19.0001>. Acesso em: 20/03/2024.

⁸ Art. 91. Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.

⁹ A 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, configura 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). 2. Essa inovação legislativa, por obstar a aplicação da sanção penal, constitui 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

Destarte, tornou-se imprescindível examinar de modo mais científico a possibilidade ou não de se adotar, por **analogia**, a nova regra do art. 171, § 5º, do CP aos demais crimes patrimoniais, de igual ou de menor gravidade sancionatória.

2. RATIO DA AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO

2.1. Diferenciação entre a pretensão punitiva e o direito de ação

Antes de se perquirir os fundamentos da ação penal pública condicionada à representação do ofendido, é primordial compreender a distinção entre a pretensão punitiva e o direito de ação.

A pretensão punitiva consiste, objetivamente, no interesse geral de imposição da sanção penal ao pretense autor do fato delituoso, emergindo com a prática de conduta previamente tipificada na lei como infração penal, enquanto o direito de ação traduz-se no direito público subjetivo de provocação do Estado-juiz, capaz de retirá-lo da sua necessária inércia, para o exercício do poder-dever de jurisdição (art. 5º, XXXV¹⁰, da Constituição Federal de 1988), que, no âmbito criminal, revela-se na aplicação da lei penal ao caso concreto, submetido à apreciação judicial¹¹.

Pode-se inferir, então, que o direito de ação instrumentaliza a pretensão punitiva, provocando o Estado-Juiz (*ne procedat iudex ex officio*), a fim de abandonar a sua inércia com a instauração do devido e prévio processo legal do art. 5º, LIV¹², da CF/88, no qual direitos e garantias de todos os sujeitos processuais serão observados (a exemplo da ampla defesa e do contraditório do art. 5º, LV¹³, da CF/88), para, ao final, se justificar a aplicação (ou não) da sanção penal.

No processo civilizatório da Humanidade, excluiu-se o direito à autodefesa, salvo nos estritos contornos da lei¹⁴, e puniu-se os particulares que fazem justiça com as próprias mãos (art. 345¹⁵ do CP), assumindo o Estado, em contrapartida, o monopólio da jurisdição, como visto acima no art. 5º, XXXV, da CF/88, fundamento constitucional do direito de ação, segundo magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho¹⁶.

quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes. 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para converter o feito em diligência e determinar ao Juízo de origem a intimação da vítima para, por meio de seu representante legal, manifestar eventual interesse em representar contra o acusado, no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. (Segunda Turma, Min. Edson Fachin, Dje 18/10/2023) Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur489663/false>. Acesso em: 20/03/2024.

¹⁰ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 44.

¹² LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹³ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹⁴ Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

¹⁵ Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, págs. 158/162.

Assentadas as premissas ontológicas do direito de ação, é válido lembrar que a ação penal pública, intentada por meio da denúncia oferecida pelo Ministério Público, é marcada pelo protagonismo do *Parquet*, que, dentro do sistema processual acusatório consagrado no art. 129, I¹⁷, da CF/88, encarrega-se do exercício daquela ação, veiculadora da pretensão punitiva estatal.

2.2. Princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública

Os mais importantes princípios reitores da ação penal pública são os da obrigatoriedade e da indisponibilidade. O primeiro estabelece que, reunidos os elementos de informação em sede de investigação preliminar acerca da justa causa art. 395, III¹⁸, do CPP (vale dizer, indícios de autoria e prova da materialidade da infração penal), o Ministério Público está compelido a intentar a ação penal, inexistindo qualquer tipo de juízo de conveniência e oportunidade a respeito de tal providência, exceto na rara espécie de colaboração premiada em troca do prêmio da não denúncia do art. 4º, § 4º¹⁹, da Lei nº 12.850/2013.

Como consectário lógico da obrigatoriedade da ação penal pública, proposta a exordial acusatória, incabível ao Ministério Público desistir do processo em curso ou de recurso interposto (arts. 42²⁰ e 576²¹, ambos do CPP). Diz-se que o princípio da obrigatoriedade se refere à fase pré-processual, ao passo que o da indisponibilidade incide na etapa processual²².

2.3. Princípios da oportunidade e da disponibilidade da ação penal privada

Por sua vez, na ação penal de iniciativa privada, o legislador expressamente outorga a legitimidade para iniciar a persecução criminal em juízo à própria vítima da infração penal (ou ao seu representante legal), como prevê o art. 30²³ do CPP, consubstanciada na queixa-crime. Como visto acima, a pretensão punitiva permanece sob o manto do Estado, tendo em vista o interesse, eminentemente público, da aplicação da sanção penal àqueles que atentaram contra os bens jurídicos mais caros à sociedade, transferindo-se ao particular tão somente a faculdade de deduzir ou não a acusação em

¹⁷ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

¹⁸ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

[...]

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

¹⁹ § 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

²⁰ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

²¹ Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, págs. 319/332.

²³ Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

juízo, porquanto a ação penal privada é regida, sobretudo, pelos princípios da conveniência (ou oportunidade) e da disponibilidade.

A oportunidade e a conveniência da propositura de queixa-crime significam que o ofendido não está obrigado a ajuizá-la, seja renunciando aquele direito (art. 49²⁴ do CPP), seja não o exercendo no prazo decadencial de 6 meses do art. 38²⁵ do CPP, de modo a operar a extinção da punibilidade, nos moldes do art. 107, IV²⁶ e V²⁷, do CP.

Intentada a ação penal privada, o ofendido tampouco está compelido a prosseguir com o processo criminal, incidindo o princípio da disponibilidade, segundo o qual o particular poderá desistir dela, perdendo o querelado (art. 51²⁸ do CPP) ou gerando a sua perempção por desídia (art. 60²⁹ do CPP), extinguindo-se, igualmente, a punibilidade (art. 107, IV e V, do CP).

2.4. Ação penal pública condicionada à representação do ofendido

Realizada uma diferenciação superficial da disciplina das duas ações penais, é válido rememorar que a ação penal pública é, em regra, incondicionada (art. 100, *caput* e § 1^{o30} do CP). Excepcionalmente, o legislador, de modo expresse, subordina a deflagração da persecução penal à requisição do Ministro da Justiça ou à representação do ofendido (art. 24³¹ do CPP), situações em que o agir ministerial sujeita-se a manifestação de vontade daqueles.

²⁴ Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá.

²⁵ Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do [art. 29](#), do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

²⁶ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

([.])

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

²⁷ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

[...]

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

²⁸ Art. 51. O perdão concedido a um dos querelados aproveitará a todos, sem que produza, todavia, efeito em relação ao que o recusar.

²⁹ Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

³⁰ Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

³¹ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Para os objetivos da presente pesquisa, pontua-se que a representação do ofendido é indispensável também para a instauração de inquérito policial (art. 5º, § 4º³², do CPP), manifestada inequivocamente no sentido do seu interesse na persecução penal do fato delituoso³³ no **prazo decadencial** de 6 meses do art. 38 do CPP, sob pena de extinção de punibilidade do art. 107, IV, do CP.

Na doutrina, a existência do crime de ação penal pública condicionada à representação do ofendido se fundamenta nas condutas, que afetam imediatamente o interesse do particular e, de forma indireta, o interesse geral³⁴³⁵.

A submissão da persecução oficial ao juízo de conveniência e oportunidade do ofendido evita o que a doutrina designa de escândalo do processo (*strepitus iudicii*), capaz de promover a revitimização, com a produção de novos danos ao seu patrimônio moral, social e psicológico devido à publicidade e à repercussão do conhecimento generalizado do fato delitivo³⁶, além de reconhecer a dificuldade da colheita da prova nesses casos e a questão de política criminal de se prevenir a exasperação da hostilidade entre os particulares³⁷, indo ao encontro da finalidade do Direito de pacificação social.

De fato, a experiência prática demonstra que investigações criminais, que não contam com a **colaboração** da vítima, tendem ao fracasso, incapazes de reunir elementos informativos quanto à justa causa, que, além de não comparecer a atos essenciais (declaração e exame pericial), sequer indica outras fontes independentes de prova.

Ademais, recomenda-se que em crimes que atingem de modo mais imediato a esfera privada somente se proceda mediante representação do ofendido, que pode funcionar como instrumento crucial de estímulo à **pacificação do conflito e à reparação do dano**, uma vez que a vítima possui, à sua disposição e como vantajosa moeda de troca, a faculdade de obstar a deflagração da persecução criminal.

2.5. Natureza jurídica da representação do ofendido

³² Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

[...]

§ 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

³³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 334/343.

³⁴ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/as-modalidades-de-acao-penal/166388287>. Acesso em: 20/03/2024.

³⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 15 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 174/176.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020, p. 334/343.

³⁷ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 174/176.

A propósito, a representação do ofendido, segundo doutrina e jurisprudência³⁸, possui natureza **híbrida** ou mista (isto é, processual e penal, simultaneamente).

Detém forte característica processual, como visto acima, porquanto constitui uma condição prévia e especial de procedibilidade para a deflagração da ação penal (art. 395, II, do CPP), sob pena de rejeição da denúncia, obstando a formação completa do processo penal. Ao mesmo tempo, é um verdadeiro benefício material em prol do réu, porque, se o direito não for exercido no prazo semestral do art. 38 do CPP, extingue-se a punibilidade pela decadência (art. 107, IV, do CP), de modo que incide, dentre outros princípios constitucionais, o da retroatividade da lei penal mais favorável (art. 5º, XL).

3. RELEVÂNCIA DO PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL CONTEMPORÂNEO

3.1. Contextualização

O papel da vítima no processo penal vem assumindo cada vez mais relevância e complexidade dentro do sistema jurídico brasileiro e mundial.

Durante séculos, o processo penal estruturou-se em torno do Estado como o principal ator, visando à punição do infrator e à proteção da sociedade. Todavia, nas últimas décadas, tem-se observado um movimento em direção à inclusão e ao reconhecimento do papel crucial da vítima nesse contexto.

3.2. Direito Comparado e Direito brasileiro

Na era contemporânea, a partir do século XX, o empoderamento da vítima no direito penal e no processo penal se iniciou.

Em 29 de novembro de 1985, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), na Resolução nº 40/34, reconhecendo a importância de garantir às vítimas acesso à **justiça, assistência e reparação**, além de promover a ideia de tratamento justo. Confira-se:

4. As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade. Têm direito ao acesso às instâncias judiciárias e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional.

5. Há que criar e, se necessário, reforçar mecanismos judiciários e administrativos que permitam às vítimas a obtenção de reparação através de procedimentos, oficiais ou oficiosos, que sejam rápidos, equitativos, de baixo custo e acessíveis. As vítimas devem ser informadas dos direitos que lhes são reconhecidos para procurar a obtenção de reparação por estes meios.

³⁸ STF, HC 180.421/SP, 2ª Turma, Min. Edson Fachin, j. 22/06/2021. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.ius.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758545380>. Acesso em: 20/03/2024.

6. A capacidade do aparelho judiciário e administrativo para responder às necessidades das vítimas deve ser melhorada: a) Informando as vítimas da sua função e das possibilidades de recurso abertas, das datas e da marcha dos processos e da decisão das suas causas, especialmente quando se trate de crimes graves e quando tenham pedido essas informações; b) **Permitindo que as opiniões e as preocupações das vítimas sejam apresentadas e examinadas nas fases adequadas do processo, quando os seus interesses pessoais estejam em causa, sem prejuízo dos direitos da defesa e no quadro do sistema de justiça penal do país;**³⁹ (grifo nosso)

Para fins de definição, em consonância com o entendimento consolidado internacionalmente, compreende-se como vítima as pessoas que “individual ou coletivamente, tenham sofrido dano, seja mental seja físico, sofrimento emocional e perda econômica, ou que sofreram danos substancial de seus direitos fundamentais, por meio de ações ou omissões que violam a lei penal vigente [...] sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, idade, língua, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou outras, crenças ou práticas culturais, situação econômica, nascimento ou situação familiar, origem étnica ou social ou capacidade física”⁴⁰.

Posteriormente, a ONU redigiu as Resoluções nº 1988/21, 60/147 e 2005/20 com o intuito de criar diretrizes, princípios e planos a serem seguidos pelos Estados-Membros, enfatizando o direito da vítima de ser protegida de sofrimento durante o processo de justiça, bem como do direito de informação e dignidade.

No mesmo contexto, a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, adotada em 25 de outubro de 2012, representou um marco importante na proteção e no reconhecimento dos direitos das vítimas da criminalidade na União Europeia, estabelecendo normas mínimas para assegurar que elas recebam o apoio e a proteção necessária⁴¹.

Anteriormente à implementação daquela Diretiva, os direitos das vítimas de criminalidade variavam significativamente entre os Estados-Membros da União Europeia. Muitos países tinham sistemas jurídicos que focavam principalmente na punição do infrator, deixando-as em segundo plano e levando à falta de apoio adequado, informação e proteção daquelas pessoas que sofriam os efeitos do crime. Diante da disparidade e da necessidade de garantir uma abordagem mais harmonizada e eficaz em toda a comunidade europeia, a Diretiva 2012/29/UE foi elaborada, cujo principal objetivo era assegurar que todas as vítimas tivessem acesso a medidas de apoio e proteção, independentemente de sua localidade na União Europeia.

³⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Anexo da Resolução 40/34, da Assembleia Geral de 29 de novembro de 1985, p. 274-277. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf>. Acesso em: 15/03/2024.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2012/29/EU. Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>>. Acesso em: 15/03/2024.

Esses instrumentos normativos foram de suma importância devido à abordagem mais equitativa e restaurativa da justiça criminal. Ao garantir que as vítimas tenham **voz e participação ativa no processo penal**, contribuem para uma justiça mais centrada nas necessidades delas e na reparação do dano causado pelo crime. Verificou-se que o fenômeno não apenas beneficia as vítimas individualmente, mas também fortalece o sistema de justiça como um **todo**.

No Brasil, os direitos das vítimas no sistema jurídico pátrio avançaram. A Lei nº 9.807/1999, conhecida como a Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas, representou uma baliza significativa no que diz respeito à salvaguarda daqueles que são vitimados por crimes, estimulando a **colaboração** com a Justiça, aumentando a **eficiência** das investigações e dos processos judiciais e, assim, reduzindo a **impunidade**.

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006⁴²) foi outro marco histórico no que se refere às vítimas de violência doméstica, estabelecendo **medidas de protetivas e tratamento (penal e processual) mais severo** aos agressores, além de reconhecer o direito das vítimas de participar ativamente do processo penal, incluindo o de **ser informado** sobre o andamento do processo e o de **apresentar** suas próprias provas e testemunhas.

Nessa esteira, a Lei nº 13.721/2018⁴³ alterou o parágrafo único do art. 158 do Código de Processo Penal e assentou a **prioridade** de atendimento às mulheres vítimas de violência nos serviços públicos de segurança e saúde, sem filas ou espera, concedendo acompanhamento psicossocial durante todo o processo penal.

3.3. Resolução nº 243/2021 do CNMP

Diante do cenário nacional e internacional, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) promulgou a Resolução nº 243 de 18 de outubro de 2021, dispondo sobre a Política Institucional de Proteção e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas⁴⁴, ao estabelecer diretrizes e normas para a atuação dos membros do Ministério Público brasileiro em diversas áreas, abordando desde a transparência e prestação de contas até o combate à corrupção e a proteção de grupos vulneráveis.

De certo modo, isto surge em um contexto de identificação da necessidade de colocar as vítimas no centro do sistema de justiça criminal brasileiro, em vez de tratá-las como simples fonte ou meio de prova, desprovidas do apoio e da atenção adequados durante o processo penal, provocando a revitimização, a ausência de informação e o desamparo daqueles que já haviam sofrido as consequências de um crime.

A elaboração da Resolução nº 243/2021 pelo CNMP ocorreu em conjunto com a campanha “Movimento Nacional em Defesa das Vítimas”, uma iniciativa conjunta do

⁴²BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 15/03/2024.

⁴³BRASIL. Lei nº 13.721, de 2 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13721.htm>. Acesso em: 15/03/2024.

⁴⁴CNMP. Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resoluo-n-243-2021.pdf>>. Acesso em: 15/03/2024.

Ministério Público Federal, do Conselho Nacional do Ministério Público e da Escola Superior do Ministério Público da União, criando-se uma sinergia que visa dar voz, reconhecimento e apoio integral às vítimas da criminalidade em todo o país.

O principal objetivo do Movimento Nacional em Defesa das Vítimas⁴⁵ é promover uma cultura de respeito e proteção aos direitos das vítimas da criminalidade no Brasil. Para alcançar esses propósitos, o CNMP estabeleceu uma série de metas e ações⁴⁶: (I) sensibilização da sociedade e dos órgãos do sistema de justiça para a importância do acolhimento e apoio às vítimas; (II) garantia de que as vítimas tenham acesso à informação sobre os seus direitos e os serviços disponíveis para seu apoio; (III) fortalecimento das redes de atendimento às vítimas em todo o país, incluindo centros de apoio psicossocial, casas de acolhimento e unidades especializadas; e (IV) estímulo à criação de políticas públicas voltadas às vítimas da criminalidade, primando por sua proteção, assistência e reparação. No mais, diversas ações foram desenvolvidas pelo CNMP, como: (I) criação de centros de apoio às vítimas; (II) capacitação de profissionais; (III) campanhas da conscientização; e (IV) incentivo à Lei de Medidas Protetivas.⁴⁷

Desafios na implementação plena da Resolução nº 243/2021 e no alcance do Movimento Nacional em Defesa das Vítimas ainda precisam ser superados, a exemplo da necessidade de se garantir recursos adequados às novas unidades especializadas, a capacitação contínua dos membros e servidores e a superação de resistências à mudança⁴⁸. Logo, é fundamental que haja um processo contínuo de monitoramento e de medição dos impactos da Resolução nº 243/2021, permitindo identificar áreas, que precisam de ajustes, avaliar a eficácia das medidas concretizadas e assegurar que os objetivos almejados sejam alcançados.

3.4. O interesse assistente de acusação no processo penal do art. 268 do CPP

Uma das finalidades do processo penal é a busca pela restauração do *status quo ante*, isto é, o retorno ao estado original, em que se encontrava antes da prática da infração penal, dentro da realidade (fática e juridicamente) **possível**.

Nos crimes contra o patrimônio, isso também implica na restituição dos valores, saídos da esfera econômica da vítima. Esse é o **principal interesse** da vítima no processo penal, razão legitimadora para a sua inclusão na condição de assistente de acusação (art. 268⁴⁹ do CP).

⁴⁵CNMP. MOVIMENTO NACIONAL EM DEFESA DAS VÍTIMAS. Disponível em: <<https://www.direitosdavitima.mp.br/>> Acesso em: 15/03/2024.

⁴⁶CNMP. Linhas de Ação. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/defesadasvítimas/movimento-em-defesa-das-vítimas/linhas-de-acao>>. Acesso em: 15/03/2024.

⁴⁷CNMP. BOAS PRÁTICAS. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvítimas/boas-praticas-no-brasil>. Acesso em: 15/03/2024.

⁴⁸ Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/relat%C3%B3rios/2022/MPAP_-_Relat%C3%B3rio_Final_de_Correi%C3%A7%C3%A3o_30.06.pdf. Acesso em 20/03/2024.

⁴⁹ Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no [Art. 31](#).

O *status* da vítima, a título de assistente de acusação no processo penal, confere-lhe **direitos e deveres processuais**, sobretudo no que diz respeito ao interesse patrimonial violado, como explica Guilherme de Souza Nucci:

[assistente de acusação] é a posição ocupada pelo ofendido, quando ingressa no feito, atuando, ao lado do Ministério Público, no polo ativo. Trata-se, ao mesmo tempo, de sujeito e **parte secundária** no processo penal. Não intervém obrigatoriamente, mas, fazendo-o, exerce nitidamente o direito de agir, manifestando pretensão contraposta à do acusado. A posição da vítima, no processo penal, atuando como assistente de acusação, não mais pode ser analisada como o mero intuito de conseguir a sentença condenatória, para que sirva de título executivo judicial a ser deduzido no cível, em ação civil *ex delicto*, tendo por objetivo a reparação do dano. Como explica Bento de Faria, “não é, portanto, mero auxiliar da acusação, pois atua com o direito de agir [...]. Cooperar assim na repressão do crime, não transforma a posição do assistente em oponente, nem expressa a consagração do direito de vingança. O *interesse social* que orienta a sua atividade havia de repelir semelhante conceituação, tanto mais quando esse direito não é assegurado a *qualquer*, mas tão somente deferido à *vítima da ofensa*” (Código de Processo Penal, v.2, p.21).⁵⁰ (grifo nosso)

Consoante doutrina nacional majoritária, a figura do assistente de acusação foi recepcionada pela CF/88⁵¹, defendendo-se a ideia de que o art. 268 do CPP encontra-se em plena harmonia com os princípios constitucionais vigentes⁵², porém não se nega que se trata de um tema polêmico no campo do direito processual penal. Senão, vejamos:

Pela expressão “privatização do processo penal”, entende-se o movimento político criminal que tem por finalidade conferir um papel de destaque à vítima no processo penal, ou seja, tornar a vítima um sujeito do processo, possibilitando à vítima o exercício de vingança. Sob o argumento de que, por muito tempo, a vítima foi colocada de lado pelo direito processual penal, busca-se, mais recentemente, reverter a todo custo esse quadro, atribuindo, desta forma, à vítima um papel de importância dentro deste ramo do direito. Contudo, ao se proceder, desta forma, **macula-se o caráter de direito público do processo penal, desconsidera-se a natureza indisponível dos direitos com os quais lida processo e se sobreleve, em excesso, a busca da satisfação dos direitos da vítima.**⁵³ (grifo nosso)

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 653.

⁵¹ AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **Assistente de Acusação: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 32, abr./jun. 2009, p. 18. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2718246/Bernardo_Montalvao_Varjao_de_Azevedo.pdf>.

Acesso em: 20/03/2024.

⁵² *Ibid.* Alguns autores citados são Julio Fabbrini Mirabete, Damásio Evangelista de Jesus, Fernando Capez, Ada Pellegrini Grinover, Sergio Demoro Hamilton, Eugenio Pacelli Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Fernando da Costa Tourinho Filho, José Frederico Marques e dentro outros.

⁵³ *Ibid.*, p. 24.

Marcellus Polastri Lima, em seu livro "Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal", faz análises críticas e reflexões profundas sobre a temática, reputando a presença do assistente de acusação no Código de Processo Penal como um indício da **privatização** do processo penal⁵⁴.

Assim, devemos discutir as limitações e os desafios enfrentados pelo assistente de acusação. Entre eles, estão questões relacionadas à capacidade financeira da vítima para arcar com os custos do processo, bem como a necessidade de uma atuação equilibrada e ética por parte do assistente de acusação, abordando a relação complexa entre o assistente de acusação, o Ministério Público e a defesa, e ressaltando a importância do respeito às prerrogativas de cada um. Conseqüentemente, depreende-se que o assistente de acusação não é um substituto do Ministério Público, mas um auxiliar, atuando em conformidade com os seus **interesses próprios** e dentro dos limites legais, em especial quando o processo se relaciona com delitos de caráter eminentemente patrimonial.

4. MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA ALÉM DA PENA

4.1. Introdução

No universo da Justiça criminal contemporânea, constata-se uma mudança gradual no tocante às abordagens tradicionais de punição. Paulatinamente, busca-se medidas alternativas, que vão além da simples imposição de penas e de sanções de natureza exclusivamente penal, refletindo uma crescente compreensão de que a justiça não se resume apenas a punir o autor da conduta delituosa, mas também a reabilitar, restaurar danos e promover a inclusão social, contexto no qual a **autonomia de vontade da vítima** assume maior protagonismo, fenômeno conexo à presente tese de concedê-la o direito de representação a outros crimes similares (e menos graves) ao estelionato.

As origens das medidas alternativas à pena remontam a diferentes momentos históricos, porém, foi a partir do século XX que houve um incremento dessas práticas, vinculado ao conceito do **direito ao desenvolvimento** “historicamente atrelado à criação do sistema contemporâneo de direitos humanos internacionais”⁵⁵, desaguando na aprovação, em 04 de dezembro de 1986, da Resolução nº 41/128 pela ONU, que define, em seu art. 1º, § 1º:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.⁵⁶

⁵⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal**. Rio de Janeiro, Lumen, 2000, p. 154.

⁵⁵ MACÁRIO, Camila. REBOUÇAS, Gabriela. **Sobre Justiça Restaurativa e Fraternalidade: qualificando o acesso à Justiça**. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos | e-ISSN: 2525-9679 | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 70 – 86 | Jan/Jun. 2018, p. 72.

⁵⁶ ACNUDH. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Resolução 41/128, 04 de dezembro de 1986.

4.2. Justiça Restaurativa

No meio dessa efervescência, a Justiça Restaurativa tornou-se um paradigma, que ganha espaço e relevância no mundo a fora, abordando a **resolução de conflitos, por meio de diálogo e negociação**, e incentivando a vítima e o agressor a participarem ativamente do processo de reparação do dano, da restauração das relações, da responsabilização e da transformação do infrator, respeitando o papel central da autonomia da vítima.

No plano internacional, diversos tratados e convenções incentivam a adoção de medidas alternativas. A Resolução da ONU nº 12/2002, que estabelece os princípios essenciais para a implementação de programas de Justiça Restaurativa na esfera criminal, regulamenta o **método** que envolve a participação ativa da vítima, do ofensor e, se for o caso, de outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime na solução dos conflitos nascidos do delito, muitas vezes com a assistência de um mediador. Essa perspectiva procura, como dito acima, não apenas punir o infrator, mas também restaurar os danos causados, promover a **reconciliação** entre as partes envolvidas e **evitar a reincidência**.

A ideia central é transformar o conflito em oportunidades de crescimento e aprendizado, fundadas na necessidade de humanização do sistema penal.

No Brasil, as práticas da Justiça Restaurativa são incentivadas pela Resolução nº 225/2016 e pelo Programa Fazendo Justiça, ambos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Na mesma esteira, o CNMP editou a Resolução CNMP nº 243/2021 e 181/2017, cujo objetivo declarado merece a seguinte transcrição, *in textus*:

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem **celeridade na resolução dos casos menos graves**, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e **minoração dos efeitos deletérios** de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, **reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...]**.⁵⁷ (grifo nosso)

4.3. Representação do ofendido como elemento facilitador da reparação do dano, princípio vital do direito penal contemporâneo (art. 387, IV, do CPP)

Disponível: <<https://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Declara%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-Direito-ao-Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 20/03/2024.

⁵⁷ CNMP. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2017/Resolucao-n-181-2017.pdf>>. Acesso em: 20/03/2024.

No mesmo cenário do surgimento dos movimentos em prol das medidas para além da pena e da Justiça Restaurativa, o princípio da reparação do dano (ou da responsabilidade civil no direito penal) realça a importância de que o infrator seja penalizado não apenas pela infração penal cometida, mas também responsabilizado pela indenização quanto aos prejuízos sofridos pela vítima.

A Lei nº 11.719/2008⁵⁸ inseriu o inciso IV no art. 387 do CPP, autorizando o juiz a fixar de um valor mínimo para a reparação da vítima, a título de indenização por danos causados pelo infrator no cometimento do delito⁵⁹, desde que haja **prévio** pedido por parte do ofendido ou do MP, segundo entendimento esposado pelo STJ⁶⁰.

4.4. O pagamento da dívida tributária (ou “reparação do dano”) como causa de extinção de punibilidade dos crimes contra a ordem tributária da Lei nº 11.941/2009 e da Lei nº 10.684/2003

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.273, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade dos trechos das Leis nº 11.941/2009 e 10.684/2003, que atenuam a responsabilização penal de crimes tributários, suspendendo a pretensão punitiva do Estado, enquanto perdurar o parcelamento do débito, e extinguindo a punibilidade com o pagamento integral.

Em seu voto na ADI nº 4.273, o Ministro Relator externou que o Estado deve perseguir a imposição da pena somente em caráter **secundário**, quando outras medidas **administrativas** se mostrarem incapazes de tutelar o bem jurídico protegido pelas leis que tipificam os crimes contra a ordem tributária, como o sistema e as normas que regulam a fiscalização, a cobrança e o efetivo pagamento dos tributos. Confira-se:

A preponderância conferida pelo legislador à política arrecadatória, em relação à incidência das sanções penais, guarda conformidade e harmonia, ademais, com os **princípios da intervenção mínima (ou da subsidiariedade) e da fragmentariedade (ou essencialidade)**, que informam o direito penal. Tais princípios são **expressão do postulado constitucional da proporcionalidade**, o qual encontra fundamento no devido processo legal em sua acepção substantiva (CF, art. 5º, LIV).

[...]

A sanção penal deve ser, portanto, a ultima ratio para a proteção do bem jurídico tutelado pelas normas instituidoras dos crimes contra a ordem tributária que as medidas previstas na Lei n. 11.941/2009 abrangem. Desse modo, a incidência da pena se justificará quando as **normas tributárias** que disciplinam a fiscalização e a arrecadação dos tributos – aí incluídas, por certo, as reguladoras do parcelamento conducente à extinção do crédito tributário – se mostrarem **insuficientes** para a

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando. **A Reforma do Código De Processo Penal**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 40, abr/jun. 2011. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2665201/Fernando_Tourinho_Filho.pdf>. Acesso em: 20/03/2024.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 867.

⁶⁰ REsp 1.193.083/RS, Quinta Turma, Min. Laurita Vaz, j. 20/08/2013.

proteção do bem jurídico tutelado pelas normas penais. (ADI 4273, Relator(a): NUNES MARQUES, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 31-08-2023 PUBLIC 01-09-2023).

Sem perder de perspectiva que o crime contra a ordem tributária é de ação penal pública incondicionada e ofende o **interesse geral e público** (ainda que secundário⁶¹) – merecendo, pois, tratamento mais severo e rigoroso pela lei penal –, parece **contraditório** (desproporcional e irrazoável) negar aos crimes patrimoniais contra **particular**, sem violência nem grave ameaça (como furto, apropriação indébita e receptação), o benefício legal da exigência da representação do ofendido (como visto no item 2.4) para a persecução criminal – concedido pela *novatio legis in mellius* ao estelionato –, permitindo, assim, a **negociação** civil entre os envolvidos, de modo a facilitar a **reparação do dano**.

5. ANALOGIA IN BONAM PARTEM E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

5.1. Analogia in malam et in bonam partem

Dentre os princípios que orientam a interpretação e a aplicação do Direito Penal, o princípio da legalidade estrita do art. 5º, XXXIX⁶², da CF/88 (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*) assume hegemonia, notadamente, por consistir em uma limitação capital imposta ao poder punitivo estatal, vedando-se o manejo da analogia como método de integração do direito para subsumir um fato à norma penal, a fim de criminalizar condutas similares não previstas expressamente em lei.

Conceitualmente, a analogia é um método de integração do direito, que se traduz na aplicação de norma reguladora de uma hipótese a outro caso semelhante, porém não contemplado pelo arcabouço legal⁶³.

A seleção das condutas a serem reprimidas criminalmente submete-se à política legislativa, orientada pelo princípio da **fragmentariedade**⁶⁴, de modo que o silêncio da lei, no campo penal, há de ser reputada **eloquente** e, assim, insuscetível de integração, desprezando-se a analogia *in mallan partem*, seja tendente para tipificar novas infrações penais, seja para agravar penas.

⁶¹ CONJUR. STF valida extinção de pena por crime tributário na quitação da dívida. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/stf-suspende-julgamento-atenuacao.pdf>>. Acesso em: 20/03/2024.

⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

⁶³ MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**, vol. 1, 11ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 132-133.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 53-54.

Em sentido oposto, a analogia *in bonam partem*, compreendida como aquela que favorece o réu, ampliando o escopo do *status libertatis*, é, sabidamente, abraçada pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores⁶⁵.

5.2. Analogia *in bonam partem* da representação do ofendido do art. 171, § 5º, do CP

O estelionato é um crime patrimonial, que se consuma com a obtenção de vantagem econômica indevida e traz em seu âmago o *modus operandi*, **reprovável**, do artifício, do ardil e da fraude, porque faz com que a vítima, em erro, colabore com a empreitada criminosa.

Considerando a *ratio* da existência da ação penal pública condicionada à representação do ofendido e a possibilidade de se fomentar analogia *in bonam partem*, como visto anteriormente, o raciocínio jurídico recomenda, s.m.j., a **extensão** da exigência de representação do ofendido, como condição especial de procedibilidade da persecução penal, aos crimes de furto simples (art. 155, *caput*, do CP), apropriação indébita simples (art. 168, *caput*, do CP), receptação simples (art. 180, *caput*, do CP) e receptação culposa (art. 180, § 3º, do CP).

Se o legislador instituiu a ação penal pública condicionada à representação do ofendido para processar o crime de estelionato – atribuindo repreensão penal **menos** severa –, ainda que em se tratando de conduta dolosa, com emprego do censurável meio fraudulento e pena privativa de liberdade de 1 a 5 anos de reclusão, o corolário lógico reivindica a adoção da analogia *in bonam partem* e, *ipso facto*, a necessidade de representação do ofendido para a persecução dos crimes acima mencionados, que sequer envolvem o uso de artifício ardil e possuem penas máximas mais **reduzidas**, indicando **menor reprovabilidade** social e legislativa, sobretudo a receptação na modalidade meramente culposa, que constitui mera infração de menor potencial ofensivo, definida no art. 61 da Lei nº 9.099/95.

Nessa linha de pensamento, observa-se a recente disposição por parte do legislador de infligir disciplina jurídica mais gravosa aos delitos cometidos com emprego de violência ou grave ameaça (que não é a tese vertente), reservando um regime mais brando e consensual àqueles sem essas elementares. A título de exemplificação, veda-se aos crimes com violência ou grave ameaça (1) o reconhecimento do arrependimento posterior (art. 16 do CP), (2) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, I, do CP), (3) a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A, *caput*, do CPP), além de (4) permitir ao juiz aumentar a pena do crime mais grave até o triplo, na hipótese de crime continuado

⁶⁵ STF, ARE 1391514 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 10/11/2022, publicado em 23/11/2022; STF, ARE 1327963 RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/2021, publicado em 13/02/2023; STF, ARE 1384388 AgR-segundo, Relator Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 22/08/2022, publicado em 24/08/2022; STJ, REsp 1977135, Relator Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, publicado em 28/11/2022; STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 2364094, Relator Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, publicado em 18/12/2023.

praticado com violência ou grave ameaça (art. 71, parágrafo único, do CP), entre outros institutos.

5.3. Princípio da proporcionalidade

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no exercício de seus direitos e liberdades, proclama que “todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”⁶⁶.

A norma traz à discussão o princípio da **proporcionalidade**, como uma das razões legitimadoras da conformidade constitucional da lei penal, de modo que se deduz que o tratamento legislativo deve ser adequado, necessário e proporcional à gravidade dos delitos praticados, reforçando a proibição do excesso na resposta dada pelo Estado em relação a um fato considerado penalmente típico.

Na CF/88, o princípio da proporcionalidade é um axioma **implícito**⁶⁷, derivado do Estado Democrático de Direito e do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV), que estabelecem o limite da atuação estatal no que diz respeito ao exercício do poder de restringir direitos, sobretudo os direitos e garantias fundamentais, que há de ser comedido e justificado, nunca arbitrário.

No contexto do direito penal e em termos práticos, isso significa que crime, igualmente ou **menos grave**, não pode ser tratado com **maior rigor** e severidade do que a infração penal, ontologicamente, **mais reprovável** e censurável.

O princípio da proporcionalidade pode ser detectado na fixação das penas em abstrato para os diferentes tipos penais com graduação e escalonamento da reprimenda, de acordo com a gravidade em abstrato do delito e a relevância do **bem jurídico** ofendido.

De igual modo, o princípio da proporcionalidade incide em conformidade com as **elementares** do tipo penal. Algumas revelam **maior gravidade e censurabilidade**, como o emprego de violência ou grave ameaça, merecendo sanção em abstrato mais alta.

Logo, não parece razoável e proporcional que a lei atribua tratamento mais benéfico ao estelionato, ao exigir representação do ofendido (autorizativa para a persecução criminal), dispensando-a, no entanto, às infrações penais **menos** graves, tanto do ponto de vista **pena** privativa de liberdade, quanto do da presença de

⁶⁶ UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Artigo 29.2. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 15/03/2024.

⁶⁷ Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-da-proporcionalidade/515414918#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20proporcionalidade%20C3%A9,principalmente%2C%20direitos%20e%20garantias%20fundamentais..> Acesso em: 20/03/2024.

elementar reprovável do meio fraudulento, cabendo à doutrina defender e à jurisprudência estendê-la por analogia *in bonam partem*.

6. CONCLUSÃO

Ao cabo, foram examinadas: (1) a *ratio* da ação penal pública condicionada à representação do ofendido, que aponta para a existência de crimes que afetam **imediatamente o interesse do particular** e, de forma indireta, o interesse geral; (2) a importância do papel da vítima no processo penal contemporâneo, que objetiva não apenas punir o autor do crime, mas também **restaurar os danos** causados àquela, promover a **reconciliação** entre as partes envolvidas, reduzir o conflito social e, assim, **evitar a reincidência**; e (3) a aplicação da **analogia in bonam partem** e do princípio da **proporcionalidade** no caso estudado.

Destarte, conclui-se pela possibilidade de se estender, por analogia *in bonam partem*, a nova regra da representação do ofendido do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do CP) aos crimes de furto do art. 155, de apropriação indébita do art. 168 e de receptação simples e culposa do art. 180, *caput* e § 3º, todos do CP, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, porquanto não se pode tratar com **menos rigor** infração patrimonial **mais gravosa**, que possui **elementar reprovável do meio fraudulento e pena privativa de liberdade maior** em comparação com os demais crimes patrimoniais analisados.

Assim, a representação do ofendido, nesses delitos, poderá funcionar como instrumento indutor **da pacificação do conflito e da reparação do dano**, uma vez que a vítima possuirá, à sua disposição e como vantajosa moeda de troca, a faculdade de obstar a deflagração da ação penal pública **condicionada**.

Verão de 2024.

*