



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO
ESTELIONATO E OS REFLEXOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO À
MULHER

Luciana Léo Barcellos

Rio de Janeiro
2021

LUCIANA LÉO BARCELLOS

A AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO
ESTELIONATO E OS REFLEXOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA NA
PROTEÇÃO À MULHER

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

A AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO NO ESTELIONATO E OS REFLEXOS DA MUDANÇA LEGISLATIVA NA PROTEÇÃO À MULHER

Luciana Léo Barcellos

Graduada pela UNESA. Analista Judiciária do TJRJ – Assessora de Órgão Julgador Criminal. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UCAM.

Resumo – a Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anti-Crime” impôs a representação do lesado como condição de procedibilidade à investigação criminal e ao oferecimento da Denúncia em face do autor do crime de estelionato, excepcionando algumas situações. No presente trabalho, analisa-se essa mudança legislativa, a partir do conhecimento das peculiaridades da pessoa lesada no crime de estelionato e volta-se a atenção para a mulher vítima do crime conhecido como “estelionato emocional” e a possibilidade de fragilização dessa espécie de vítima frente à exigência de sua expressa manifestação em desfavor do agente criminoso.

Palavras Chave – Direito Penal. Estelionato. Ação Penal Estelionato Emocional.

Sumário - Introdução. 1. A imposição da representação do lesado no estelionato em confronto com os demais crimes contra o patrimônio. 2. O descabimento da representação do lesado no estelionato segundo os ensinamentos da criminologia. 3. A mudança legislativa e o indevido incremento da vulnerabilidade da mulher no estelionato emocional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise dos reflexos sociais e jurídicos da mudança trazida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote anti-crime”, ao dispor que a ação penal do crime de estelionato, que, até então, era de natureza pública incondicionada, passa a ser pública condicionada à representação do lesado.

A proposta é refletir sobre os motivos que levaram o legislador a instituir tal mudança, a partir de uma lei nova que tem como um dos fundamentos de sua propositura trazer celeridade e modernização à investigação e à persecução penais.

No primeiro capítulo, são apresentadas reflexões sobre a opção isolada do legislador em modificar a natureza da ação penal do crime de estelionato, mantendo-se a ação penal pública incondicionada para demais crimes patrimoniais que, em muitas das vezes, mostram-se menos danosos aos lesados e de menor impacto na esfera social e jurídica. A comunidade jurídica vem se manifestando, mesmo que de forma embrionária,

num sentido de que a mudança ora comentada apresenta uma motivação muito mais política do que propriamente uma justificativa jurídica, como, aliás, acontece com muitas das normas legais editadas em nosso País.

No segundo capítulo, aborda-se o descompasso entre a implementação da exigência da representação do lesado na ação penal pública do estelionato e os ensinamentos da criminologia e, mais especificamente, da vitimologia, a respeito do perfil do sujeito passivo daquele delito. Isso porque o crime de estelionato traz uma peculiaridade, que é alguma forma de “colaboração” do sujeito passivo com o autor do delito e, sem o que, a empreitada criminosa não encontra sucesso. E, em razão deste “atuar conjunto” – que se dá por diversas razões exploradas no presente trabalho – não é incomum que o lesado se sinta constrangido a representar contra o agente. Tal circunstância poderá gerar uma onda maior de impunidade a uma prática que vem crescendo em nossa sociedade.

No terceiro capítulo, debruça-se sobre os reflexos da obrigatoriedade de representação do lesado no crime de estelionato na proteção à mulher. Enquanto ainda se caminha a passos lentos na concretização de mecanismos de eficiência das normas produzidas para a proteção de grupos mais fragilizados – como a Lei Maria da Penha e o Estatuto do Idoso –, a legislação traz uma mudança que desguarnece estes grupos. E dentro desta realidade, será abordada a conduta conhecida como estelionato emocional ou estelionato sentimental, que tem como vítimas, em sua maioria, mulheres. Estas, além de amargarem um prejuízo material, em razão do delito, ainda são submetidas a constrangimentos quando optam por delatarem seu algoz. O julgamento recai sobre a ingenuidade da lesada ou mesmo lhe é imputada a responsabilidade pela situação, na medida em que aquela, ao buscar um companheiro, colocar-se-ia numa posição vulnerável propositadamente. Essa modalidade de estelionato vem crescendo ao longo do tempo e é importante que os operadores voltem sua atenção a essa realidade, de modo a se evitar que, mais uma vez, a legislação coopere para o desamparo de grupos vulneráveis.

O método eleito para a realização do trabalho é o hipotético-dedutivo. O desenvolvimento da pesquisa será lastreado em conhecimentos trazidos precipuamente pela Criminologia e pelo Direito Penal, assentando-se na doutrina e na jurisprudência, com vistas à comprovação das proposições apresentadas pelo artigo.

A dinâmica utilizada é a qualitativa, com o apoio de bibliografia sobre o tema e com olhos às novidades trazidas pela jurisprudência e doutrina a respeito do tema e dos reflexos práticos da mudança.

1. A IMPOSIÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DO LESADO NO ESTELIONATO EM CONFRONTO COM OS DEMAIS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Ao apagar das luzes do ano de 2019, ou, numa visão mais festiva, ao acender das luzes de Natal – já que publicada em 24 de dezembro daquele ano –, o cenário jurídico recebeu a Lei nº 13.964¹, conhecida como “Pacote anti-crime”, porquanto derivada de projeto de lei que recebeu esta mesma alcunha, apresentado pelo então Ministro da Justiça, com o propósito expresso de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Bastante modificada em relação ao projeto original, a nova lei não se mostrou imune a críticas oriundas dos pensadores e dos operadores do Direito, os quais, como sói acontecer, vêm travando longas batalhas entre si, em relação a grande parcela das modificações ali contidas. Ao que parece, no quesito quantidade de mudanças, a norma efetivamente inovou, dado que, num incomum amontoado de matérias, fez inserções no Código Penal, no Código de Processo Penal e em diversas leis atinentes a ambos os ramos do Direito. Contudo, o arrojado objetivo não parece se repetir quando se avalia o conteúdo das novidades apresentadas.

Uma das novidades que vêm merecendo debate diz respeito à modificação imposta à ação penal do crime de estelionato. Até então, esta ação era de natureza pública incondicionada; com a nova lei, teve acrescida a obrigatoriedade de representação do lesado, para seu intento, tornando-a ação penal pública condicionada a representação da vítima – como a lei denomina o sujeito passivo deste crime, num atecnismo lamentavelmente corriqueiro. Tal mudança está prevista no artigo 2º da Lei nº 13.964/19², que acrescenta o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal³ 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. (NR)

Conforme se verifica, o texto legal traz exceções a esta mudança. Entretanto,

¹ BRASIL. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

² Ibid.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

interessa, neste momento do debate, a análise da regra introduzida e seus reflexos na apuração e na punição do crime de estelionato.

Há muito que o estelionatário é figura não apreciada na sociedade; a ele, segundo Dante⁴, é destinado o oitavo círculo do inferno, onde aquele transgressor coexiste com ladrões, enganadores de toda a sorte e adutores, recebendo castigos terríveis e constantes. Ainda que não se pretenda averiguar a veracidade da informação trazida num dos grandes clássicos da literatura, dela se extrai a visão de que o crime de estelionato tem fortes e antigas raízes na sociedade, merecendo desta uma enérgica reprovação.

Sucedendo que a imposição da mencionada condição de procedibilidade à ação penal parece ir na contramão daquela ideia de reprovabilidade que, parece, vinha arraigada na sociedade e transbordava aos ensinamentos cristãos, que, desde sempre, influenciaram o Direito Penal, ganhando relevância jurídica, a partir da clara ofensa a um dos bens jurídicos tutelados pelo Estado, que é o patrimônio.

O crime de estelionato guarda uma peculiaridade que o distingue dos demais crimes patrimoniais, pois sua consecução depende da colaboração do lesado, que, de alguma forma, em alguma medida e por distintas motivações íntimas, adere à ideia apresentada pelo estelionatário e passa a atuar num concerto de ações com o sujeito ativo do crime, buscando também o sucesso da empreitada. A consumação do estelionato não depende apenas do agir do sujeito criminoso, mas está determinantemente atrelada à cooperação daquele que é o alvo da prática criminosa.

Como dizia Hungria⁵, a fraude é “uma forma evoluída de captação do alheio”, já que transcende ao manejo da força física para a obtenção da vantagem ilícita. Isso leva a uma conclusão evidente de que a fraude é o reflexo de um refinamento do agente, pois precedida de um grau, ainda que variável, de conhecimento das fragilidades humanas.

Por tal razão, não parece árdua a tarefa de concluir que os crimes cometidos com o emprego de tal artifício deveriam merecer uma contundente resposta penal. Aliás, assim o é, por exemplo, quando a fraude é empregada no crime de furto, alçada a circunstância que qualifica o delito, conforme dispõe o artigo 155, § 4º, II do Código Penal⁶, chegando a duplicar a pena base deste, em relação ao crime de furto simples, previsto no *caput* do

⁴ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

⁵HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – V. VII – arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955, p. 159.

⁶BRASIL, op. cit., nota 3.

mesmo artigo de lei.

Diante disso, merece reflexão a opção do legislador de construir mais uma barreira ao desenvolvimento da persecução penal, quando se esteja diante da prática em tese do crime previsto no artigo 171 do Código Penal⁷.

Aqueles que aplaudem a mudança, como Rogério Sanches Cunha [informação verbal]⁸, em sua maioria, costumam repousar sobre argumentos exclusivamente atrelados à prática e que, com facilidade, traduzem uma ineficiência estatal no combate à criminalidade. Assim, o que se verifica é a alegação de que o crime de estelionato é de difícil investigação, exatamente porque depende da ativa colaboração do sujeito passivo que, em muitas das vezes, sequer pretende ser identificado, e, com isso, as delegacias e órgãos investigativos acabam assoberbados de inquéritos policiais sem solução. Nessa toada, a conclusão “lógica” para desafogar aqueles órgãos seria transferir ao lesado a obrigação de manifestar expressamente o desejo de ver seu algoz punido. A julgar pelo sem-número de inquéritos policiais que investigam crimes de homicídio sem solução, Oxalá, que a moda de exigir a manifestação da vítima como diminuição do trabalho de investigação não pegue!

Evidente que o mencionado argumento ignora o exponencial aumento nas variedades de mecanismos enganosos utilizados para a prática do crime de estelionato. O advento da tecnologia e a sua popularização – que ocorre de forma mais rápida do que as melhorias da instrução formal dos indivíduos em nosso País – contribuíram bastante para o aumento do número de lesados potenciais, e concretos, desse delito.

Interessante notar que a evolução tecnológica não fez desaparecer as encanecidas práticas daquele delito. Nessa seara, o “velho” e “novo” vêm convivendo com tranquilidade. Parece lendário imaginar um indivíduo sendo vítima do “golpe do bilhete premiado”, mas basta uma pesquisa rápida nos julgados dos Tribunais para se encontrarem indivíduos denunciados por essa prática coexistindo com outros que se utilizaram das mais atualizadas ferramentas virtuais para ludibriarem seus alvos e obterem a vantagem ilícita desejada.

Outro argumento que busca defender a exigência de representação do lesado é o fato de que, em geral, o sujeito passivo não está preocupado com a punição do agente,

⁷ BRASIL, op. cit. nota 3.

⁸ CUNHA, Rogério Sanches. Aula ministrada por meio virtual, na plataforma Youtube, em novembro de 2020.

mas sim com a recomposição de seu patrimônio. Tal cenário seria bastante presente em crimes que envolvem instituições bancárias, que exigem a comunicação formal da ocorrência pelo lesado, em sede policial, a fim de tomarem as providências internas que gerarão a devolução do montante perdido pelo cliente.

Igualmente frágil mostra-se tal argumento. A vontade do lesado, ou da vítima, não é fator primordial em nosso ordenamento jurídico, quando se trate de crime patrimonial. Basta ver o crime de furto, em que o legislador, para entender aplicável uma reprimenda ao agente, satisfaz-se até mesmo com a tentativa do agente em subtrair coisa alheia móvel. E estando essa verificada, em nada importa a vontade do sujeito passivo em prosseguir ou não com a investigação policial ou com a ação penal, que mesmo depois do “aperfeiçoamento” trazido pela Lei nº 13.964/19⁹, foi mantida como pública incondicionada para esse crime.

Impossível evitar o pensamento de que a opção do legislador por impor a representação do lesado como condição de procedibilidade à persecução criminal no crime de estelionato teve bases políticas e calcadas no fato de que o estelionato, em suas diversas facetas, traz uma variedade de sujeitos ativos que foge ao estereótipo – ainda presente em nossa sociedade – do agente de crimes patrimoniais outros, como o roubo e o furto, abarcando distintas fatias da sociedade que guardam maior peso no cenário político e se mantêm flagrantemente protegidas pela nova exigência.

Tal reflexão que ora se propõe traz alicerces também advindos dos ensinamentos da Criminologia e da Vitimologia, que demonstram as peculiaridades do sujeito passivo do estelionato, que, em razão de ter atuação determinante para a realização do delito, no mais das vezes, apresenta-se desconfortável em colaborar ativamente com as investigações, oportunidade em que, decerto, suas motivações, nem sempre louváveis e ingênuas, serão expostas à luz solar e, em alguma medida, julgadas, assim como as de seu algoz.

2. O DESCABIMENTO DA REPRESENTAÇÃO DO LESADO NO ESTELIONATO SEGUNDO OS ENSINAMENTOS DA CRIMINOLOGIA

A tradição legislativa brasileira maneja a norma penal como instrumento de – tentativa de – pacificação social. Mas que não se entenda que a pretensa paz social seria

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

alcançada a partir da aplicação da norma penal, dotada de seu caráter retributivo e preventivo. Ao que parece, a momentânea saciedade popular é alcançada rapidamente apenas com produção de uma norma que aponte para o recrudescimento do ordenamento penal.

Assim foi, por exemplo, com a Lei dos Crimes Hediondos¹⁰. Tanto sua edição, quanto as modificações substanciais nela realizadas, como a inclusão em seu rol dos crimes de homicídio qualificado e de tortura, foram resultado de clamor social decorrente da ocorrência de crimes de grande repercussão nacional. Impende lembrar que uma nova lei sequer é aplicada ao fato que gerou a sua edição – em respeito à irretroatividade da lei menos benéfica –, mas, ainda assim, parece fornecer àqueles que por ela rogaram uma alentadora sensação de segurança.

Tal mecanismo de produção da lei penal é resultado de um Direito Penal de Emergência, combatido pelas ideias de Ferrajoli¹¹, desde os idos de 1970, em contraponto a novas leis antiterrorismo promulgadas na Itália e que, em seu entender, violavam direitos fundamentais. E certo é que aquele mecanismo, combatido desde o século passado, é ainda utilizado com frequência, embora já se conheça seu insucesso.

Como afirma Salo de Carvalho¹², “As ciências criminais, como nenhum outro ramo do direito, expõem de forma incontornável as feridas da cultura ocidental e do processo civilizatório.” E a crença de que o Direito Penal seria o remédio para muitas dessas feridas sofre o enfrentamento de grandes estudiosos da Filosofia do Direito, por todos Alessandro Baratta¹³, que busca demonstrar a frágil eficácia da reprimenda estatal como mecanismo de prevenção do crime e/ou de educação social, constituindo as ideias do que se conhece como “Direito Penal Mínimo”, que atualmente tem seus princípios reverberando até no E. Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Contudo, em sentido oposto, não só no Brasil, mas em diversos outros países do mundo ocidental, assiste-se a um incremento da pretensão punitivista, defendida por

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 2009, p. 649.

¹² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

¹³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 107.638/PE*. Relator: Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199231/false>>. [...] 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social.[...]. Acesso em: 15 mar. 2021.

aqueles que comungam das ideias de Jakobs¹⁵. Esta, como menciona Silva Sanchez¹⁶, era, tradicionalmente, uma pauta atrelada a grupos alinhados à direita política, mas que hoje transcendeu a essa característica e se disseminou em todos os “lados” das ideologias políticas.

Sucedem que essa ideia punitivista se encaixa bem às esferas de domínio do poder e, por isso, sempre foi aceita – e incentivada – quando aplicada a delitos cujos autores, em sua grande maioria, seriam aqueles menos favorecidos social e culturalmente. Aliás, um dos grandes debates travados hodiernamente diz respeito à constatação de que a pena de prisão sempre foi manejada como mecanismo de controle social e racial. E esse contexto explica a tão debatida desproporcionalidade entre as penas imputadas a crimes contra o patrimônio – cuja autoria é mais comumente identificada entre indivíduos de classes menos abastadas – e aquelas imputadas a crimes contra a vida, cujos autores não possuem um perfil social facilmente delineável.

O estelionato, porém, embora se trate de um crime contra o patrimônio necessita de seu autor uma capacidade maior de engendramento, de mimetização de suas intenções criminosas. Aliás, como bem recorda Hungria¹⁷, a nomenclatura estelionato vem da palavra latina *stellio*, que denomina o camaleão, animal experiente na arte do disfarce. Em razão disso, o estelionato, em certa medida, subverte o estereótipo de que o autor seria alguém de camada social inferior àquela ocupada pela vítima.

Lançada essa reflexão, impende agora destacar que o “Pacote Anti-Crime”, a despeito de sua alcunha e de sua promoção como mecanismo de recrudescimento das normas penais, quanto ao crime de estelionato, subverteu sua própria lógica ao exigir do lesado a representação como condição de procedibilidade à ação penal. Ao criar um obstáculo a mais à persecução penal, a lei beneficia o autor do delito, em detrimento não só do lesado, mas da própria sociedade, na medida em que muito corriqueiro ser o estelionatário um criminoso contumaz e alimentado pela imunidade.

A exigência da representação do lesado ignora os estudos de Criminologia e de Vitimologia, que demonstram que a vítima do estelionato guarda peculiaridades, na medida em que, como anteriormente mencionado, sua atuação é primordial para a

¹⁵ JAKOBS apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

¹⁶ SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001, p. 69.

¹⁷ HUNGRIA, op. cit., p. 162.

configuração do delito.

O artigo 171 do Código Penal¹⁸ define o crime de estelionato como a conduta de “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”. Essa manutenção em erro do indivíduo lesado, pode-se dar por diversos fatores, como ignorância, ingenuidade ou alguma característica similar, que faz com que a pessoa não perceba o intento criminoso do agente, mas também, e não incomum, pode ocorrer que a vítima colabore com a empreitada idealizada pelo agente, por acreditar que irá também auferir alguma vantagem.

Por qualquer das razões, o fato é que a vítima do estelionato, após a descoberta da fraude, amarga não só o prejuízo decorrente da prática criminosa, como também a sensação de vergonha, constrangimento ou até mesmo o medo de ter desvelada a pretensão que abriu caminho para sua “colaboração” com o estelionatário.

Segundo a classificação trazida por Benjamim Mendelson apud Moreira Filho¹⁹, a vítima do estelionato – tecnicamente denominada lesado(a) – estaria enquadrada como aquela menos culpada do que o delinquente ou vítima por ignorância, podendo haver casos em que se esteja diante de uma vítima tão ou mais culpada que o delinquente.

Em qualquer das hipóteses, exigir a representação da pessoa lesada para início da persecução penal é impor àquela a exposição de sentimentos vexatórios – como a ignorância ou mesmo a torpeza – gerando uma vitimização secundária capaz de afastá-la dos Órgãos Públicos competentes para a investigação e a punição do estelionatário. O resultado disso não é outro, senão um incentivo à impunidade desse tipo de criminoso que, repise-se, não raro, atua como um transgressor em série, deixando um rastro de lesados por seu caminho.

Nesse sentido, não se pode aceitar a ideia de que a gênese da obrigatoriedade de representação seja a proteção à vítima. Proteger o medo ou a vergonha não é proteger o indivíduo. Cabe ao Estado aparelhar-se, de modo a acolher e a respeitar a vítima do estelionato, ao passo que investiga a prática criminosa, buscando a identificação e a punição do autor e uma das modalidades de delito que mais cresce hoje no País, especialmente após essa nova realidade trazida pela pandemia de Covid-19, em que os meios eletrônicos têm sido maciçamente utilizados como mecanismo de manutenção da

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹ MENDELSON apud MOREIRA FILHO, Guaracy. *Criminologia e Vitimologia Aplicada*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008, p. 47.

comunicação e do consumo, criando um cenário fértil aos estelionatários.

3. A MUDANÇA LEGISLATIVA E O INDEVIDO INCREMENTO DA VULNERABILIDADE DA MULHER NO ESTELIONATO EMOCIONAL

A análise do alcance protetivo de uma norma penal demanda o entendimento dos mecanismos que conduzem uma sociedade a definir determinada conduta humana como crime. Vera Malaguti Batista²⁰ leciona que o crime, como objeto de estudo, “não é ontológico, não está dado pela natureza como o mar e os peixes, é uma construção histórico-social[...]” e, como tal, carrega em si conceitos advindos da ideologia dominante à época de sua criação.

Destarte, mostra-se inócuo um debate no âmbito do Direito Penal sem a presença de outros ramos do conhecimento como a História, a Sociologia, a Filosofia e ainda a Psicologia e a Psicanálise. Não cabe ao Direito entender-se como uma ilha, estudando a norma meramente a partir de seu conteúdo literal.

A disseminação – e distorção – das ideias positivistas no cenário brasileiro, por muito tempo, alimentou a crença de que a norma, especialmente a de caráter penal, fornece a noção de certo e errado à sociedade. Sucede que, ao contrário disso, é a sociedade que constrói a norma e preenche seu conteúdo com a percepção vigente de certo e errado, a partir de diversos outros interesses e visando, em última análise, à manutenção das estruturas de poder.

Nessa esteira é que se busca uma análise a respeito dos efeitos da comentada modificação legislativa sobre uma modalidade específica de estelionato, que tem como vítima, precipuamente, mulheres, que é o chamado estelionato emocional ou estelionato sentimental. Tal modalidade é assim denominada pela doutrina e pela jurisprudência. Não há no Código Penal²¹ um ordenamento específico a respeito e, portanto, a prática deste delito se subsume aos termos do artigo 171 daquele diploma legal²².

A caracterização desta prática se dá a partir da manipulação de sentimentos e emoções da vítima pelo agente criminoso, visando a angariar vantagens que não seriam possíveis fora de um contexto amoroso. Ou seja, a partir de uma crença de estar vivendo

²⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 3.

²² BRASIL, op. cit., nota 3.

uma relação amorosa, a vítima é ludibriada por seu algoz que, comumente, faz com que aquela contraia dívidas em nome próprio, para a satisfação de desejos alheios, além de adquirir bens em favor do criminoso, que requer tais benesses, muitas vezes, com a promessa de uma paga futura, que, por óbvio, não ocorre.

Evidente que tal modalidade delitiva pode vitimar qualquer pessoa que seja, ou esteja, vulnerável. Contudo, como já pontuado, a prática demonstra que as mulheres são as principais vítimas desse delito. A partir de uma análise histórica, é possível se entender tal cenário. Não faz muito tempo que se tornou possível à mulher colocar-se socialmente de modo a fazer suas próprias escolhas, especialmente quando estas envolvem relações amorosas. Vale recordar que há menos de duas décadas ainda assombrava várias passagens do Código Penal a expressão “mulher honesta”, sendo conferida àquela mulher que assim fosse considerada uma maior proteção em relação a outra que não gozasse de tal adjetivação. E certo é que, embora ocorram avanços expressivos nessa realidade social, a mulher ainda se encontra em um contexto de vulnerabilidade social.

Reconhecer a vulnerabilidade da mulher não é desvaliar todo um histórico de lutas do movimento feminista ou tampouco buscar fragilizar a figura feminina, mas ao contrário disso, é constatar que muito já se alcançou, mas sem perder de vista o quanto ainda se tem a conquistar para que se possa estabelecer uma igualdade de gêneros e, por conseguinte, uma equidade protetiva entre todos os indivíduos.

A História demonstra que a produção legislativa para gerar um efeito positivo impescinde do engajamento social em torno do cumprimento daquela norma. A edição da Lei Maria da Penha²³, por exemplo, foi um significativo avanço na proteção da integridade física e psicológica da mulher. Contudo, o potencial de seus efeitos protetivos somente será todo explorado quando manejado devidamente pelos órgãos estatais, tanto os policiais, quanto os judiciários. Mas a realidade demonstra que o Estado ainda falha em todas as fases desse processo protetivo, a começar pela ausência de uma escuta inclusiva daquela mulher vítima de violência em contexto doméstico que, por tal razão, muitas vezes, deixa de buscar a devida proteção.

O que dizer, então, quando a lei ainda impõe uma modificação que causa entraves a essa proteção? Sabendo que a mulher vítima de violência real, por vezes, é ignorada pelos órgãos que deviam atuar em sua proteção, não é difícil vislumbrar as dificuldades pelas quais passam as mulheres que são ludibriadas, mantidas em erro, no

²³ BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

curso de uma relação amorosa e, em razão disso, sofrem a dilapidação de seu patrimônio.

Exigir da mulher a representação para a persecução penal numa sociedade em que sabidamente não se confere àquela a proteção devida é impor a ela o silêncio e conferir ao estelionatário a benesse da impunidade. É corriqueiro que casos dessa natureza retratados na mídia tragam diversas mulheres vítimas de um único indivíduo, que se aproveita da fragilidade emocional das vítimas e delas extrai toda a sorte de bens materiais possíveis. À mulher, em geral, cabe um duro julgamento social, por ter buscado um relacionamento amoroso ou mesmo por ter sido por demais inocente.

Com a mudança legislativa, além de todo esse julgamento social, ainda é imposta à mulher uma conduta proativa de representação contra o lesado, sem a qual o Estado se manterá inerte. Ou seja, além dos danos já experimentados, a mulher ainda carregará o fardo de escolher se o autor do delito deverá ou não ser penalizado.

Ora, evidente que não se está a pregar que a vontade da mulher deva ser tutelada pelo Estado, mas também não se pode apagar da realidade o fato de que este mesmo Estado não dá conta de proteger a integridade física da mulher, de modo que esta possa exercer livremente seus direitos de escolha, sem correr o risco de sofrer danos físicos e/ou psicológicos em razão de sua busca pela punição do autor do crime.

Nesse sentido, cabe recordar o entendimento do E. Supremo Tribunal Federal no sentido de que as ações penais que julgam a prática de lesão corporal leve perpetrada em contexto de violência doméstica prescindem de representação. À época do julgamento da ADI nº 4424²⁴, aquela Corte entendeu que exigir a manifestação expressa da mulher agredida seria privá-la da proteção estatal à sua saúde e segurança.

Posto isso, o que se verifica é que a mudança legislativa em comento se mostrou um retrocesso na busca por mecanismos de proteção àqueles grupos reconhecidamente mais vulneráveis. Lamentavelmente, passados mais de trinta anos da Carta das Mulheres, apresentada pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher aos Constituintes de 1988, o legislador ainda não compreendeu a manifestação de que “para nós, mulheres, o exercício pleno da cidadania significa, sim, o direito à representação, à voz e à vez na vida pública, mas implica, ao mesmo tempo, a dignidade na vida cotidiana, que a lei pode inspirar e assegurar”²⁵.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4424/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres. *Carta das Mulheres aos Constituintes*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo a análise da mudança legislativa trazida pelo “Pacote Anti-Crime” que implementou a representação do lesado como condição de procedibilidade no crime de estelionato, tornando a ação penal pública condicionada à representação.

No primeiro capítulo, debateu-se a coerência da implementação daquela condição de procedibilidade para a investigação e instauração da ação penal no crime de estelionato frente aos demais crimes patrimoniais, buscando-se demonstrar a fragilidade do argumento manejado por aqueles que apoiaram a medida, a partir de uma visão mais utilitarista da norma penal. Isso porque tal corrente aplaudiu a inovação legislativa, por entender que seria um eficaz mecanismo de desafio das delegacias de polícia, que, comumente, empilham inquéritos policiais de estelionato, sem qualquer perspectiva, muitas vezes, de sequer identificar o autor do delito. Contudo, esse argumento não levou em conta que o sujeito passivo do estelionato possui características que o distinguem dos demais lesados ou das vítimas em outros delitos patrimoniais.

No segundo capítulo, foram apresentadas as peculiaridades do sujeito passivo do estelionato, que é aquele indivíduo que, de alguma forma e por distintas razões, desempenha uma função e acaba auxiliando o agente na prática do estelionato. E, por tal razão, ao tomar conhecimento de que foi vítima do delito, o lesado nutre, além do sentimento perda natural, constrangimentos e vergonha que o fragilizam demasiadamente.

A Vitimologia e a Criminologia se expressam a respeito dessa fragilidade do lesado e, ao se debruçar sobre tais ensinamentos, verifica-se que a exigência de representação imposta pela lei acaba por se caracterizar em uma vitimização secundária da vítima. Sendo assim, o resultado da mudança legislativa pode ser o incremento da impunidade no crime de estelionato.

No terceiro capítulo, refletiu-se sobre a intempestividade da mudança legislativa, especialmente quando se verifica que o crime de estelionato é uma das modalidades cuja prática mais aumenta na sociedade. Isso porque o avanço tecnológico e a expansão do uso de meios virtuais para a realização de negócios jurídicos e até para o desenvolvimento

de relações sociais criaram novos e férteis campos para a prática da debatida fraude.

Nesse cenário, destacou-se a disseminação do crime conhecido como “estelionato emocional”, que tem como vítimas, em sua grande maioria, mulheres. Estas são despojadas de seus bens por indivíduos que se mimetizam no universo da rede mundial de computadores e, não raro, atuam em série, deixando um verdadeiro rastro de destruição na vida de diversas vítimas.

Sucedem que a mudança legislativa, quando aplicada a essas hipóteses, fragiliza a investigação do delito e, evidentemente, distancia a perspectiva de uma condenação penal proporcional à conduta do agente, na medida em que somente com a representação de uma significativa quantidade de lesadas ter-se-á um concreto panorama das consequências da conduta em série do agente.

Cediço que a mulher ainda necessita de uma proteção especial do Estado. E isso se dá não por uma fragilidade intrínseca a ela, mas sim por uma construção histórica patriarcal que colocou a mulher, por séculos, em posição de desvantagem na sociedade.

Tal realidade não se modifica de uma hora para outra. A produção legislativa, em algumas situações, vem buscando extirpar esta desigualdade, assim como ocorreu com a criação da “Lei Maria da Penha” e com a tipificação do crime de feminicídio, entre outros exemplos, contudo, esse caminhar não comporta passos para trás. E a conclusão que se chega é que essa mudança legislativa se afigura como um passo atrás, deixando a descoberto uma significativa categoria de vítimas do estelionato.

REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb00002a.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Eurico. *Maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-03/maior-parte-presos-brasileiros-responde-traffic-roubo-qualificado>>. Acesso em: 30 mar. 2021.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

_____. Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres. *Carta das Mulheres aos Constituintes*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.072*, de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm>. Acesso em: 13 fev. 2020.

_____. *Lei nº 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 12 fev. 2020.

_____. *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4424/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 107.638/PE*. Relator: Min. Carmen Lúcia. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199231/false>>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CARONE, Carlos. *Estelionato na internet cresceu mais de 1.200 no DF durante pandemia*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/distrito-federal/estelionato-na-internet-cresceu-mais-de-1-200-no-df-durante-pandemia>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Por que uma Constituição da terra?* In: Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) – I Encontro Virtual, de 23 a 30 de junho de 2020. Disponível em <<https://docero.com.br/doc/nv1cxc5>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

_____. *Diritto e ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 2009.

FREITAS, Eduardo de. *IDH, escolarização no Brasil*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/brasil/idh-escolarizacao-no-brasil.htm>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal* (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) – V. VII – arts. 155 a 196. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

JAKOBS apud MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. *A terceira velocidade do direito penal: o ‘direito penal do inimigo’*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. Parte Especial. 17. ed. rev. e atual. V.2. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MOREIRA FILHO, Guaracy. *Criminologia e Vitimologia Aplicada*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2008.

PINHO, Ana Claudia Bastos de. *Garantismo penal: Ferrajoli por Ferrajoli colocando os pingos nos is*. Disponível em: <<https://factotumcultural.com.br/2020/08/01/garantismo-penal-ferrajoli-por-ferrajoli-colocando-os-pingos-nos-is/>>. Acesso em: 5 ago. 2020.

QUINTANEIRO, Tania. *Um Toque de Clássicos: Durkheim, Marx e Weber*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1995.

SÁNCHEZ, Jesus-María Silva. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2.ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2001.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa Silva. *Mentes Perigosas*. O psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.