

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUÍSA TELÉCIO FIRMINO

**LIMITES DA RETROATIVIDADE DO ART. 171 §5º DO CÓDIGO
PENAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

SANTA RITA
2021

LUÍSA TELÉCIO FIRMINO

**LIMITES DA RETROATIVIDADE DO ART. 171 §5º DO CÓDIGO
PENAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS
SUPERIORES**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, unidade Santa Rita, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof. Dr^a. Werna Karenina Marques de Sousa

SANTA RITA
2021

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

F525l Firmino, Luisa Telecio.

Limites da retroatividade do art. 171 §5º do Código Penal à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores / Luisa Telecio Firmino. - João Pessoa, 2021.
53 f.

Orientação: Werna Karenina Marques de Sousa.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. ação penal pública. 2. Estelionato. 3. Pacote anticrime. I. Sousa, Werna Karenina Marques de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

LUÍSA TELÉCIO FIRMINO

LIMITES DA RETROATIVIDADE DO ART. 171 §5º DO CÓDIGO PENAL
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba, unidade Santa
Rita, como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharela em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof. Dr^a. Werna Karenina Marques de Sousa

Banca Examinadora:

Data de aprovação: ____/____/____

Prof.^a. Dr^a. Werna Karenina Marques de Sousa (Orientadora)

Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (Examinador)

Prof. Me. Marcelo Fernandez Cardillo de Moraes Urani (Examinador)

Caçador de Mim

(Milton Nascimento)

*Por tanto amor, por tanta emoção
A vida me fez assim
Doce ou atroz, manso ou feroz
Eu, caçador de mim
Preso a canções
Entregue a paixões
Que nunca tiveram fim
Vou me encontrar longe do meu lugar
Eu, caçador de mim*

*Nada a temer
Senão o correr da luta
Nada a fazer
Senão esquecer o medo
Abrir o peito à força
Numa procura
Fugir às armadilhas da mata escura*

*Longe se vai sonhando demais
Mas onde se chega assim
Vou descobrir o que me faz sentir
Eu, caçador de mim*

*Nada a temer
Senão o correr da luta
Nada a fazer
Senão esquecer o medo
Abrir o peito à força
Numa procura
Fugir às armadilhas da mata escura*

*Vou descobrir o que me faz sentir
Eu, caçador de mim*

RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo traçar os limites da retroatividade do art. 171 § 5º do Código Penal, que mudou, via de regra, a natureza da ação penal do delito de estelionato de pública incondicionada para condicionada à representação, com introdução da Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Pacote Anticrime. Para tanto, primeiramente, fazendo uso de um método dedutivo, foi feito um estudo acerca dos conceitos e condições que regem a ação penal, dos princípios que norteiam a ação penal pública e da diferença entre a ação incondicionada para a condicionada à representação. Ainda, tratou de explanar acerca da retroatividade da lei penal mais benéfica no tempo, em especial nas leis de caráter material e mista. Por fim, foi feita uma análise dialética da compreensão da temática pelo Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Pontua-se que a natureza da pesquisa é qualitativa e seu resultado concluiu acerca da necessidade do Pleno do STF se manifestar sobre o tema a fim de dar maior segurança jurídica para o mesmo, além da natureza mista do art. 171 § 5º do CP, bem como a importância de se fazer uma interpretação extensiva do ordenamento jurídico e também fazer uso de analogias para interpretá-lo de maneira mais ampla a fim de sanar as lacunas deixadas pelo legislador.

PALAVRA-CHAVE: ação penal pública; estelionato; pacote anticrime;

ABSTRACT

The main objective of this work is to outline the limits of the retroactivity of art. 171 § 5 of the Penal Code, which changed, as a rule, the nature of the criminal action of the crime of embezzlement from an unconditioned public to conditioned to representation, with the introduction of Law No. 13.964/2019, also known as the Anti-Crime Package. For that, firstly, using a deductive method, a study was carried out concerning the concepts and conditions that govern the criminal action, the principles that guide the public criminal action and the difference between the unconditioned action and the one conditioned to representation. Still, it tried to explain about the retroactivity of the penal law that was more beneficial over time, especially in material and mixed laws. Finally, a dialectical analysis of the understanding of the theme by the Supreme Court of Justice and the Supreme Court was carried out. It is pointed out that the nature of the research is qualitative and its result concluded about the need for the STF Plenary to express itself on the subject in order to provide greater legal certainty for it, in addition to the mixed nature of art. 171 § 5 of the CP, as well as the importance of making an extensive interpretation of the legal system and also making use of analogies to interpret it more broadly in order to remedy the gaps left by the legislator.

KEYWORD: public criminal action; embezzlement; anti-crime package; representation; retroactivity;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgR – Agravo Regimental

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HC – Habeas Corpus

SC – Santa Catarina

SP – São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. AÇÃO PENAL DO CRIME DE ESTELIONATO.....	13
2.1. CONCEITO E CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL.....	13
2.2. PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA.....	16
2.3. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.....	18
2.4. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO.....	19
2.5. REDAÇÃO DO §5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL COM A CHEGADA DO PACOTE ANTICRIME.....	23
3. LEI PENAL E PROCESSUAL NO TEMPO.....	26
3.1. DA ENTRADA EM VIGOR À REVOGAÇÃO DA LEI PENAL, PROCESSUAL E MISTA.....	26
3.2 CONFLITOS DE LEIS PENAIS NO TEMPO.....	29
3.3. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA.....	30
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	33
4.1. ENTENDIMENTO DA 5ª TURMA DO STJ NO JULGAMENTO DO HC. 573.093/SC.....	33
4.2. ENTENDIMENTO DA 6ª TURMA DO STJ NO JULGAMENTO DO HC. 583.837/SC.....	36
4.3. ENTENDIMENTO DA 1ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC. 187.341/SP.....	39
4.4. ENTENDIMENTO DA 2ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC. 180.421 AGR/SP.....	42
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

1. INTRODUÇÃO

Com a introdução da Lei nº 13.964/19, também chamada de Pacote Anticrime, que adentrou no ordenamento jurídico brasileiro, no dia 24 de dezembro de 2019, o crime de estelionato teve a modalidade de ação penal alterada, passando de ação pública incondicionada para condicionada à representação, salvo quando praticado contra a Administração Pública, direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental ou maior de 70 anos de idade ou incapaz.

Assim, o Ministério Público, titular da ação penal pública, deve consultar a vítima para que esta se manifeste no prazo decadencial de seis meses acerca de sua vontade de representar em desfavor do suposto estelionatário. Salienta-se que tal mudança é mais benéfica para o réu, visto que a vítima pode escolher não representar, e desse modo o Ministério Público não fica obrigado a denunciar o investigado.

É importante evidenciar que a alteração legislativa tem caráter híbrido ou misto, possuindo teor tanto material quanto processual, dessa forma, considerando o art. 5º, inciso XL, da CRFB/88, a lei penal material deve retroagir para beneficiar o réu. Assim, no caso em questão, o art. 171 §5º considerado mais benéfico para o réu deve retroagir. Todavia, os limites dessa retroatividade têm gerado divergências doutrinárias e jurisprudenciais, uma vez que o legislador deixou em aberto como seria essa transição em relação às ações penais já em cursos e nos ainda em processo de investigação.

Dessa forma, salienta-se que a celeuma gerada diante das divergências de posicionamento formada pelos Tribunais Superiores acerca da natureza da nova norma processual, bem como se o § 5º do art. 171 é passível de retroatividade e quais os limites desta para beneficiar o réu é o cerne desta pesquisa, que tem como objetivo chegar ao entendimento que mais se adeque ao que ao que a Lei nº 13.964/19 propõe com a alteração legislativa e se adapte ao ordenamento jurídico brasileiro existente.

Nesse sentido, o presente trabalho irá primeiramente conceituar e trazer as condições da ação penal pública, e, por conseguinte de seus princípios. Ainda, irá conceituar as suas espécies: pública incondicionada e condicionada à representação, e posteriormente adentrar na alteração trazida pelo Pacote Anticrime ao delito de estelionato.

Em um segundo momento, será analisado a lei penal e processual, bem como a lei mista no tempo, desde a entrada em vigor até a sua revogação. Ainda, serão estudados os conflitos das leis penais no tempo e como é feito a retroatividade da lei penal mais benéfica para o réu sob o prisma da alteração da natureza da ação penal de pública incondicionada para condicionada à representação.

Por fim, no terceiro capítulo, será feito uma análise dos julgados dos Habeas Corpus da 5ª e 6ª Turma do STJ e 1ª e 2ª do STF no que diz respeito aos limites da retroatividade do §5º do art. 171 do Código Penal.

No que tange ao entendimento da 5ª Turma do STJ, evidencia-se que no julgamento do HC. 573.093/SC o Ministro Relator, Reynaldo Soares da Fonseca, pontuou que se trata de norma de caráter híbrido, mas a Lei nº 13.964/19 ao ser silente quanto aos processos em curso, deixa claro que só deve retroagir o art. 171 §5º do CP nos procedimentos que se encontram na fase policial, devendo assim, nos processos em curso, ser considerado o ato jurídico perfeito do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Em relação ao julgamento do HC. 583.837/SC pela 6ª Turma do STJ, o relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, entendeu pela ultratividade da lei penal mais benéfica, ou seja, sendo a alteração do Pacote Anticrime mais favorável para o réu, ao trazer a representação, esta deve ser observada para que seja dado prosseguimento aos processos em que já foi oferecida a denúncia, bem como os que se encontram na fase policial.

Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no dia 13 de outubro de 2020 a maioria dos ministros da 1ª Turma do STF entendeu pela não retroatividade do § 5º do art. 171, seguindo o voto do Ministro Relator, Alexandre de Moraes, que seguiu a mesma linha de raciocínio da 5ª Turma do STJ, ao pontuar que o oferecimento da denúncia consubstancia ato jurídico perfeito, devendo assim a representação ser consultada apenas nos casos em que se encontram em processo de investigação preliminar.

Por fim, em junho de 2021, a 2ª Turma do STF, entendeu diferentemente da 1ª Turma do STF, ao julgar o HC. 180.421 AgR/SP, reconhecendo o caráter misto da “*novatio legis*” e assim determinando que a representação seja consultada nos processos na fase policial e nos em andamento sem o trânsito em julgado.

A metodologia utilizada será o método dedutivo, uma vez que por meio de premissas gerais acerca da natureza processual do crime de estelionato o trabalho

se encaminhará a especificar o conteúdo, considerando todas as suas particularidades. Para além disso, irá também fazer uso de um método dialético a fim de explanar acerca das divergências jurisprudenciais existentes sobre o assunto no Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Em relação à natureza da pesquisa, esta é qualitativa, objetivando inicialmente descrever os objetos para posteriormente assumir um carácter exploratório de análise crítica. Serão utilizadas fontes bibliográficas, encontradas na doutrina, sites de pesquisa e artigos, bem como matérias documentais oriundos das jurisprudências e da legislação.

Portanto, conclui-se, conforme se deu o último entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Guardião da Constituição, que o art. 171 § 5º do Código Penal trata-se de norma de natureza mista, devendo retroagir para beneficiar o suposto estelionatário tanto na fase policial quanto nos processos cuja ação já foi oferecida, sendo seu limite o trânsito em julgado da ação penal.

2. AÇÃO PENAL E O CRIME DE ESTELIONATO

Neste capítulo, primeiramente, será conceituado a ação penal e suas condições de existência. Logo em seguida, os princípios que regem a ação penal pública, depois as características da ação penal pública incondicionada e da condicionada à representação, para por fim trazer a mudança trazida ao crime de estelionato com o advento da redação do §5º do art. 171 do Código Penal oriunda do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19).

2.1. CONCEITO E CONDIÇÕES DA AÇÃO PENAL

Com base no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de Direito, dessa forma, a ação penal encontra seu fundamento para existir na Carta Magna (CARNEIRO, 2021, online). Contudo, também está regulamentada no ordenamento pátrio infraconstitucional nos artigos 100 ao 106 do Código Penal e nos artigos 24 a 62 do Código de Processo Penal (CARNEIRO, 2021, online).

A ação penal trata-se de um direito público subjetivo de provocar o Estado a fim deste exercer seu papel de jurisdição ao analisar o litígio *in concreto*. Segundo o TUCCI (2003, p. 79), citado por Guilherme Nucci (2016, p.178), a ação penal é a *“atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato (em linha de princípio, até porque, com ela, se concretiza), autônomo, público, genérico e subjetivo, qual seja o direito à jurisdição”* (Teoria do direito processual penal, p. 79).

Em linhas gerais, para o doutrinador Guilherme Nucci (2016, p. 148): *“É o direito do Estado-acusação ou do ofendido de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto.”*

Logo, ao exercer o direito de ação o indivíduo está invocando a prestação jurisdicional estatal para requerer em juízo que um direito violado seja reparado (BITENCOURT, 2015, p. 870). Assim, a persecução penal traz como fim assegurar a busca pela justiça no caso concreto, e conseqüentemente, promover a harmonia social.

Antes de tudo, é importante pontuar que a ação penal inicia-se com o oferecimento da denúncia ou da queixa, que será recebida pelo juiz e este irá verificar se estão presentes os requisitos mínimos de condições da ação (NUCCI, 2016, p. 152).

Insta salientar que o Código de Processo Penal não elenca de forma expressa as condições genéricas para propor uma ação penal, sendo indicadas pela jurisprudência e pela doutrina três principais condições: interesse processual, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam* (MASSON, 2020, p. 752). Pontua-se que há doutrinadores como Afrânio Silva Jardim que traz a justa causa como condição genérica da ação penal (MASSON, 2020, p. 752). Todas essas condições serão analisadas pelo magistrado ao receber a denúncia ou a queixa.

No que tange a possibilidade jurídica do pedido, significa imputar ao réu a autoria de um fato delituoso, estando assim presente o fato típico, antijurídico e a culpabilidade do agente, e conseqüentemente, desejando obter, dessa forma, a condenação do mesmo ao pedir isso em juízo.

Para o doutrinador Guilherme Nucci, (2016, p 115 e 116):

Para haver a ação penal, é fundamental existir, ao menos em tese e de acordo com uma demonstração prévia e provisória, uma infração penal. Logicamente, nada impede que, diante do mecanismo existente de produção de prova pré-constituída (inquérito policial ou procedimento legal que o substitua) – para garantia do próprio indiciado –, verifique o juiz não haver possibilidade para o pedido formulado, rejeitando desde logo a denúncia. Invadiu o mérito, porque o primeiro estágio da persecução penal (investigação) trouxe provas suficientes da inviabilidade de realização do segundo estágio, isto é, do ajuizamento da ação, com todo o constrangimento acarretado pela situação ao réu. A possibilidade jurídica do pedido liga-se apenas à viabilidade de ajuizamento da ação penal para que, ao final, seja produzido um juízo de mérito pelo magistrado, não significando que não possa haver, desde logo, quando for possível, a antecipação dessa avaliação de mérito, encerrando-se de vez a questão, quando as provas permitirem, no interesse do próprio indivíduo.

Logo, a possibilidade jurídica do pedido, nada mais é do que um pedido amparado por lei, pois caso a infração penal não esteja prevista no âmbito legal, não será possível a instauração da ação penal, que será reconhecida e improvida por meio de uma decisão de mérito.

Ainda, salienta-se que é sobre a causa de pedir que o juiz deve fazer a apreciação da possibilidade jurídica do pedido, desvinculada sobre qualquer tipo de

prova preexistente, bem como pontua-se que o fato deve ser analisado na inicial sem se discutir sua veracidade, a fim de concluir se no âmbito do direito material o ordenamento lhe comina uma sanção, em abstrato (LIMA, 2020, p. 298).

Quanto ao interesse de agir, implica em verificar que se a pretensão formulada satisfaz o interesse contido no direito subjetivo do titular, podendo, tal interesse ser analisado em três aspectos: o da necessidade, o da adequação e da utilidade.

Primeiramente, o da necessidade se analisa se o litígio pode ser resolvido extrajudicialmente, ou se será preciso fazer uso da via judicial. Já o da adequação se analisa o pedido formulado em relação à tutela jurisdicional que se deseja alcançar. Por fim, o da utilidade checa se há a necessidade de ser aplicada uma sanção estatal, ou seja, se o Estado deve fazer uso do '*jus puniendi*'.

A legitimidade *ad causam*, também chamada de legitimidade para agir, para Alfredo Buzaid trata-se da pertinência subjetivo para a ação (MASSON, 2020, p. 753).

Ademais, pontua Cleber Masson (2020, p. 753):

Nesses termos, apenas a pessoa cuja titularidade da ação penal é garantida pela lei tem o poder de ajuizá-la (legitimidade ativa), bem como somente aquele supostamente responsável pelo fato definido como infração penal pode figurar no polo passivo dessa mesma ação (legitimidade passiva).

Destarte ao fato de que nas infrações penais de ação penal pública, somente o Ministério Público é o titular para propor a ação, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. Do mesmo modo, nos delitos de ação penal privada a iniciativa deve ser do particular, não podendo assim o Ministério Público propor, pois isso seria considerado ilegítimo.

Por fim, há de se falar na justa causa que nada mais é do que a presença de um lastro mínimo de prova, na maioria das vezes oriundo da fase do processo de investigação preliminar.

Além disso, quanto às causas para a rejeição da denúncia ou queixa, seus critérios encontram previsão legal no art. 395 do CPP: a) inépcia, b) ausência de pressuposto processual, c) falta de condição para o exercício da ação, c) falta de justa causa para exercício da ação penal (NUCCI, 2016, p. 154).

A *priori*, entende-se o direito de ação como um direito estritamente processual, inclinando-se para aplicação do princípio do '*tempus regit the actum*',

também conhecido como princípio da aplicação imediata das normas processuais, segundo o qual encontra seu embasamento no art. 2º do CPP que diz: “A *lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*”.

Todavia, ao analisar os reflexos desse direito, compreende a relação do mesmo com o direito material, ao constatar que a mudança de modalidade de ação penal pode trazer determinadas prerrogativas para o réu, reconhecendo assim seu caráter material. Logo, conclui-se que a mudança do tipo de ação penal tem caráter híbrido ou misto, ou seja, tanto material quanto processual.

Nesse sentido, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 293), pontua o seguinte:

A constatação de sua natureza mista tem extrema importância quando nos deparamos com as recentes leis que introduziram modificações quanto às espécies de ação penal. Basta ver, nessa linha, o exemplo do Projeto Anticrime, que transformou os crimes de estelionato, pelo menos em regra, em crimes de ação penal pública condicionada à representação (CP, 171, §5º). Fosse o direito de ação considerado de natureza estritamente processual, aplicar-se-ia o art. 2º do CPP, com a regra do princípio da aplicação imediata. Porém, a partir do momento em que se constata os reflexos que o exercício do direito de ação produz em relação ao *ius puniendi*, não se pode deixar de aplicar a regra da retroatividade da lei mais gravosa, ou da retroatividade da lei mais benéfica.

Dessa forma, o jurista deixa claro que a alteração trazida pelo Pacote Anticrime tem natureza mista, além de dar condição mais favorável para o réu, devendo assim prevalecer a regra de direito material que é a do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Todavia, caso fosse de caráter meramente processual a “*novatio legis*”, aplicar-se-ia o art. 2º do CPP, segundo o qual segue o princípio da aplicação imediata da norma processual.

2.2. PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A ação penal pública é regida por alguns princípios com o objetivo de norteá-la no sistema processual penal, dentre esses se encontram a oficialidade, a obrigatoriedade, a indivisibilidade, a indisponibilidade, a intranscendência, a oficiosidade e a suficiência.

No que tange a oficialidade o órgão oficial para propor a ação penal é o Ministério Público, bem como o responsável pela persecução penal será o Estado através de seus órgãos oficiais e respectivas autoridades competentes de modo que fica mitigado o princípio da paridade das armas, uma vez que o Estado é detentor de mais prerrogativas do que o réu (particular) dentro do processo penal.

Já em relação à obrigatoriedade, tal princípio também é chamado de legalidade, pois o Ministério Público, titular da denúncia, tem o dever de propô-la caso esteja presentes todos os elementos para a sua propositura. Nesse sentido Masson (2020, p. 757) pontua o seguinte:

Pela mesma razão, o arquivamento do inquérito policial há de ser necessariamente motivado (art. 28 do CPP), dependendo de ordem expressa emitida pelo representante do *Parquet*, com posterior apreciação pela instância de revisão ministerial, para fins de homologação (ou rejeição). Em outras palavras, não há espaço no sistema processual brasileiro para o arquivamento implícito.

Logo, até mesmo o processo investigativo em crimes de ação penal pública encontra-se condicionado pelo princípio da obrigatoriedade.

Por conseguinte, o princípio da indivisibilidade, derivado do princípio da obrigatoriedade versa que a ação penal deve englobar todos que participaram da infração penal dentre esses coautores e partícipes (MASSON, 2020, p. 757).

Contudo, há correntes doutrinárias e jurisprudenciais que falam do princípio da divisibilidade, já que pode denunciar primeiro um depois os outros sujeitos pelo cometimento de uma mesma infração, bem como é permitido o aditamento da denúncia.

Para Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 328):

Nos Tribunais Superiores, tem prevalecido o entendimento de que, na ação penal pública, vigora o princípio da divisibilidade. Como já se pronunciou o STJ, o princípio da indivisibilidade da ação penal aplica-se tão somente à ação penal privada (CPP, art. 48). Não há nulidade no oferecimento de denúncia contra determinados agentes do crime, desmembrando-se o processo em relação a suposto coautor, a fim de se coligir elementos probatórios hábeis à sua determinação.

Em relação ao princípio da indisponibilidade, o Ministério Público não pode desistir da denúncia oferecida, nem mesmo do recurso interposto. Nesse sentido o doutrinador Renato Brasileiro (2020, p. 327) afirma:

Também conhecido como princípio da indesistibilidade, funciona como desdobramento lógico do princípio da obrigatoriedade. Em outras palavras, se o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia, caso visualize a presença das condições da ação penal e a existência de justa causa (princípio da obrigatoriedade), também não pode dispor ao desistir do processo em curso (indisponibilidade). Enquanto o princípio da obrigatoriedade é aplicável à fase pré-processual, reserva-se o princípio da indisponibilidade para a fase processual. (LIMA, 2020, p. 327)

Logo, o jurista diz que o *Parquet* não pode dispor como queira da ação penal pública, devendo, depois de oferecida prosseguir com a mesma obrigatoriamente e em observância aos princípios que a rege.

Já o da intranscendência, segue a seguinte lógica: tal qual nenhuma pena passará da pessoa do condenado, nenhuma ação penal pode passar da pessoa do réu.

O princípio da oficiosidade diz respeito ao fato dos órgãos responsáveis pela persecução penal agirem de ofício, com exceção de quando se tratar de um delito de ação condicionada à representação.

Por fim, o princípio da suficiência diz que a ação penal resolve por si só a problemática não vinculada ao âmbito cível.

2.3. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA

Conforme o art. 129, I, da CRFB/88, é função institucional do Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, sendo, portanto, o *dominus littis* desta ação (BITENCOURT, 2015). Ainda, a peça inaugural utilizada pelo *Parquet* é a denúncia.

A ação penal pública incondicionada trata-se da espécie de ação penal cujo titular é o Ministério Público, e este se encontra obrigado a mover a ação penal, ao constatar a existência de indícios de autoria e materialidade do delito, independentemente da representação da vítima.

Nessa linha, pontua-se o seguinte:

Recaindo a titularidade da ação penal pública sobre o Ministério Público, é de se concluir que não foram recepcionadas pela Constituição Federal, dispositivos legais que permitiam que o delegado da polícia iniciasse o processo penal na delegacia, ou que o juiz instaurasse um processo penal condenatório de ofício. Não há mais espaço, portanto, para o denominado *processo judicialiforme*. Como visto acima, até o advento da Constituição Federal de 1988, era possível que o órgão jurisdicional desse início a um

processo condenatório de ofício (ação penal de ofício). Era o que ocorria nas hipóteses estabelecidas na revogada Lei n° 4.611/65 (crimes culposos de lesão corporal ou de homicídio) e nos casos de contravenções penais: vide arts. 26 e 531 (o art. 531 teve sua redação alterada pela Lei n° 11.719/08). Consistia o processo *judicialiforme*, assim, na possibilidade de se dar início ao processo penal através de auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade policial ou judiciária, daí por que era denominado de ação penal *ex officio* (sem provocação). (LIMA, 2020, p. 333)

No Brasil, a regra é que os crimes sejam denunciados por meio de ação penal pública incondicionada, apenas quando vier expresso que seja de ação condicionada à representação ou à requisição, ou de ação privada.

Contudo, é importante evidenciar que conforme o art. 5°, inciso I, do CPP, a autoridade policial diante de um crime de ação penal pública incondicionada pode instaurar de ofício o inquérito para investigar, sem precisar assim da manifestação da vontade da vítima ou de terceiros.

Todavia, ao contrário da ação penal condicionada à representação que está sujeita ao prazo decadencial de (seis) meses contados a partir da data em que o ofendido conhece o suposto autor do crime, a ação pública incondicionada sujeita-se apenas a prescrição do crime para ser proposta no prazo legal (LIMA, 2020, p. 334).

2.4. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO

Trata-se de espécie de ação penal pública, promovida pelo Ministério Público, mas necessita de cumprimento de condição imposta por lei, no caso, a representação, que nada mais é do que a manifestação da vontade da vítima.

Assim, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 335) diz o seguinte:

Em regra, a representação funciona como uma condição específica da ação penal. Ou seja, em relação a alguns delitos, a lei impõe o implemento dessa condição para que o órgão do Ministério Público possa promover a ação penal pública. Assim, caso o processo penal ainda não tenha tido início, e a atuação do Ministério Público dependa de representação, temos que esta funciona como condição específica de procedibilidade, sem a qual é inviável a instauração do processo penal, como deixa entrever o art. 24 do CPP e o art. 100, §1°, do CP. Se, porventura, for oferecida denúncia sem o implemento de representação do ofendido, deverá o magistrado rejeitar a peça acusatória, nos exatos termos do art. 395, II, segunda parte, do CPP, pois estaria faltando uma condição para o exercício da ação penal.

Logo, a representação é condição necessária para os casos em que a lei determina, não podendo assim, a ação ser proposta sem que haja a manifestação da vítima.

O jurista Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 872) sobre a ação pública condicionada à representação dispõe o seguinte:

Embora a ação continue pública, em determinados crimes, por considerar os efeitos mais graves aos interesses individuais, o Estado atribui ao ofendido o direito de avaliar a oportunidade e a conveniência de promover a ação penal, pois este poderá preferir suportar a lesão sofrida a expor-se nos tribunais. Na ação penal pública condicionada há uma relação complexa de interesses, do ofendido e do Estado. De um lado, o direito legítimo do ofendido de manter o crime ignorado; de outro lado, o interesse público do Estado em puni-lo: assim, não se move sem a representação do ofendido, mas, iniciada a ação pública pela denúncia prossegue até a decisão final sob o comando do Ministério Público.

Contudo, tal condição de procedibilidade da ação, no caso em questão, a representação, também pode ser condição de prosseguibilidade para o processo, como ocorreu no crime de lesão corporal leve e culposa. Nessa linha de raciocínio, o doutrinador Renato Brasileiro diz o seguinte:

Se, em regra, a representação funciona como condição específica da ação penal, não se pode perder de vista que, caso o processo já esteja em andamento, e a lei passe a condicionar seu prosseguimento ao implemento da representação, esta funcionará como condição de prosseguibilidade. É o que ocorreu em virtude do art. 91 da Lei nº 9.099/95: em relação aos processos relativos aos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa que estavam em andamento quando a Lei de Juizados Especiais entrou em vigor (26/11/95), a representação funcionou não como uma condição específica de procedibilidade, mas sim como uma condição de prosseguibilidade, porquanto a lei condicionou o prosseguimento do feito ao implemento da representação no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência. (LIMA, 2020, p.335)

Desse modo, sendo a lei silente quanto ao prazo para representar a fim de dá prosseguimento ao processo deve-se buscar na legislação um meio harmônico de inserir um prazo, seja até mesmo buscando em outra lei, diante da omissão aparente.

Dessa forma, como a Lei Anticrime não dispôs do tempo hábil para haver a representação a fim de dá prosseguimento ao processo, assim, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais editou um enunciado com a seguinte redação: *“nas investigações ou processos em curso, o ofendido ou seu representante legal*

será intimado para oferecer representação no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência” (FONSECA, 2020, online).

A escolha do prazo de 30 (trinta) dias trata-se de uma interpretação analógica do art. 91 da Lei nº 9.099/95 com o art. 3º do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, a advogada Renata Fonseca pontua o exposto a seguir:

Diante do novo quadro legislativo do crime de estelionato partes dos especialistas no assunto entende que a alteração legislativa pode gerar uma maior impunidade aos autores do delito, assim como também pode ser prejudicial aos mais humildes, que poderão ver a necessidade de representar como uma dificuldade de acesso ao Judiciário.

Já outra parte dos especialistas defende que a alteração é um avanço que poderá ser estendido a todos os outros crimes contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça. Para essa corrente, além de desafogar o Judiciário, a necessidade de representação da vítima traz como objetivo principal o que já é realidade em outros países, qual seja a reparação do dano e não a prisão do acusado. (FONSECA, 2020, online)

Dessa forma, no crime de estelionato, que não mais é de ação penal pública incondicionada, mas sim condicionada à representação, em via de regra, tal condição aparenta ser mais benéfica para o réu, uma vez que o Ministério Público não poderá mais mover a ação penal sem antes consultar a vítima. Assim, fica o questionamento: uma Lei, como o Pacote Anticrime, que surgiu no ordenamento jurídico para combater a criminalidade passa a impor uma condição para que o suposto acusado seja efetivamente denunciado, impedindo que seja diretamente denunciado pelo Ministério Público sem que haja qualquer condição.

É importante evidenciar que a representação não exige formalismo, trata-se de um procedimento em que o ofendido ou seu representante legal meramente declara sua vontade expressando ao Ministério Público seu anseio em representar em desfavor do suposto acusado, ao narrar os fatos de que queira que seja promovida uma ação penal em desfavor do investigado (CARNEIRO, 2021, online apud GRECO, 2009, p. 212)

Trata-se de um procedimento bem informal como entende a jurisprudência majoritária:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. PLEITO PELA INCIDÊNCIA IMEDIATA DO § 5.º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 13.964/2019. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. HC N. 583.837/SC. REPRESENTAÇÃO É ATO QUE DISPENSA MAIORES FORMALIDADES. PRECEDENTES. VONTADE DA VÍTIMA PRESENTE NOS AUTOS. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO

INFIRMA ESPECIFICAMENTE O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC n. 583.837/SC, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, firmou entendimento pela necessidade de aplicação imediata aos processos em curso do comando normativo insculpido no § 5.º do art. 171 do Código Penal, com a redação da Lei n. 13.964/2019.

2. *In casu*, entretanto, não se aplica a citada compreensão, na medida em que a condição de procedibilidade - representação - pode ser depreendida do boletim de ocorrência e da portaria policial.

3. ***A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que a representação é ato que dispensa maiores formalidades, sendo suficiente que a vítima ou quem a represente legalmente apresente manifestação para que os fatos sejam devidamente apurados, tal como ocorre na hipótese dos autos. (...)***

7. Agravo regimental desprovido. (STJ,2020, *online*)

Todavia, mesmo assim, é mais uma barreira para a vítima vê a efetivação da justiça no caso concreto. Além disso, muitas vezes com receio e até mesmo medo do suposto estelionatário a vítima opta por não denunciar, a fim de não entrar em conflito judiciário, impedindo assim o combate a esse tipo de delito.

Ademais, embora haja casos em que há reparação do dano do réu para a vítima, esse tipo de reparação raramente ocorre, estando a vítima lesada na maior parte do tempo.

Contudo, é fato que tal mudança beneficiou o suposto estelionatário, uma vez que esse tipo de crime é difícil de provar no Judiciário e de se encontrar de fato o réu, fazendo assim com que pessoas inocentes não passe pelo transtorno de serem denunciadas erroneamente.

Segunda a Delegada da Polícia Civil da Bahia, Débora Pereira (2020, *online*) no artigo *Modificações ao Artigo 171 do Código Penal (Crime de Estelionato) Realizadas Através da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) – Repercussões na Atividade de Investigação da Polícia Civil*:

O crime de estelionato tem se tornado cada vez mais de difícil elucidação, sobretudo com as práticas realizadas em ambiente virtual, e, de fato, é complexo para a vítima identificar o autor do delito sem uma investigação criminal mais acurada por parte da polícia civil, com o uso de técnicas especiais para o desvelamento e indicação do autor, que normalmente se encobre através de sutis formas de fraudes que iludem até as pessoas mais cuidadosas que acabam caindo em armadilhas gerando lesões patrimoniais às vítimas.

Assim, é importante pontuar que o delito de estelionato causa um dano patrimonial à vítima, e atualmente, na maioria das vezes tem sido cometido por meio do âmbito virtual, o que torna mais difícil encontrar o estelionatário.

2.5. ALTERAÇÃO NA REDAÇÃO DO §5º DO ART. 171 COM A CHEGADA DO PACOTE ANTICRIME

Antes da introdução da Lei n. 13.964/2019, o estelionato era um delito de ação penal pública incondicionada, salvo quando praticado as hipóteses do art. 182 do Código Penal (LIMA, 2020).

Com a entrada em vigor da Lei supracitada, também conhecida como Pacote Anticrime, o art. 171 do CP, que versa sobre o crime de estelionato, passou a ter uma nova redação com a inclusão do § 5º que diz: *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.*

Dessa forma, o crime de estelionato teve, em via de regra, a natureza de sua ação penal alterada, passando de incondicionada para condicionada à representação, com exceção das particularidades citadas anteriormente.

É importante pontuar que quando o Projeto de Lei do Pacote Anticrime estava tramitando na Câmara dos Deputados, foi criado um Grupo de Trabalho de Penal “que se propôs *analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos projetos de Lei n.º 10.732/2018, 10.373/2018 e n.º 882/2019 – GTPENAL*” (PEREIRA, 2020, *online*).

Assim, foi definido que a regra geral é que o crime de estelionato passasse a ser de condicionado à representação. Nesse sentido, o Capitão Augusto (PEREIRA, 2020, *online*), deputado relator, explicou o seguinte:

O Projeto de Lei n o 10.372, de 2018, propõe a inclusão do §5o ao tipo penal inscrito no art. 171 do Código Penal (Estelionato), tornando a ação penal condicionada à representação da vítima, nos seguintes termos: “Art. 171. (...)(...) § 5º. Somente se procede mediante representação.” Conforme atual sistemática penal, a ação penal em relação ao tipo penal descrito no art. 171 do Código Penal é, em regra, pública incondicionada. Entretanto, o art. 182 do mesmo código, estabelece que a ação penal é pública condicionada a representação caso o sujeito passivo do crime de estelionato seja: a) o cônjuge desquitado ou judicialmente separado; b) o irmão, legítimo ou ilegítimo; e, c) o tio ou sobrinho, com quem o agente coabita. Desse modo, concordamos em tornar a ação pública condicionada

a representação da vítima como regra geral. Porém, em meu entendimento, se deve manter a ação penal pública incondicionada quando a vítima for: a) a Administração Pública, direta ou indireta; b) criança ou adolescente; ou, c) pessoa com deficiência mental. Sendo assim, acolhemos tal sugestão em nossa proposta de unificação, com os ajustes indicados. (PEREIRA, 2020, *online*)

Contudo, muito se tem debatido acerca dos desdobramentos dessa alteração, visto que havia processos que ainda estavam em fase de investigação e outros cujas ações penais já estavam em andamento antes mesmo de se exigir o consentimento da vítima.

Insta salientar que a mudança de modalidade de ação penal, de incondicionada para condicionada à representação trouxe mais benefício para o réu, visto que surge uma causa excludente de punibilidade, no caso: o não exercício do prazo decadencial de 6 (seis) meses para representar.

Em relação aos crimes que estavam em processo de investigação, que ainda não haviam sido denunciados, cabe ser dado início ao prazo decadencial de seis meses, dando ciência à vítima de quem é o suposto autor do crime e a informando acerca de seu direito de representar ou não.

Já em relação às ações penais que já estavam em curso, isso vêm suscitando debates doutrinários e jurisprudenciais, pois para uma parte dos juristas não se cabe mais falar em prazo para representar depois que já foi oferecida a denúncia, pois se trata de ato jurídico perfeito, não cabendo mais discutir condição de procedibilidade. Todavia, a outra parcela dos juristas defende que se deve considerar a representação como condição de prosseguibilidade da ação.

Assim, pontua Renato Brasileiro de Lima (2020, p.366):

É bem provável que parte da doutrina sustente que se a denúncia já havia sido oferecida pelo Ministério Público, tratar-se-ia de ato jurídico perfeito, não sendo alcançada pela mudança. Ao contrário da Lei nº 9.099/95, que fez expressa menção à representação como condição de prosseguibilidade para os crimes de lesão corporal leve e culposa (Lei nº 9.099/95, art. 91), a Lei nº 13.964/19 silenciou acerca da necessidade de representação para os processos que já estavam em andamento. Esse silêncio eloquente significa dizer que a representação jamais poderia ser considerada condição superveniente da ação para os processos criminais referentes a crimes de estelionato que já estavam em andamento quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19.

Nesse sentido que, como foi dito anteriormente, no ponto 1.3, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais adotou o entendimento de que seria de 30 dias o

prazo para promover a representação e dá prosseguimento ao processo como forma de sanar a lacuna deixada pela Lei Anticrime. Diferentemente do que ocorreu com a Lei nº 9.099/95 que já trouxe um prazo determinado.

3 LEI PENAL E PROCESSUAL NO TEMPO

Este capítulo trata acerca da temporalidade da lei penal e processual, para isso, será feito primeiramente uma breve introdução acerca da lei no tempo em que passa a vigorar, em seguida como são revogadas, depois será feito uma análise dos conflitos das leis penais no tempo para por fim, analisar como se dar a retroatividade da lei penal mais benéfica no tempo, em especial quando se trata de lei que muda a natureza processual da ação penal.

3.1. DA ENTRADA EM VIGOR À REVOGAÇÃO DA LEI PENAL, PROCESSUAL E MISTA

Primeiramente, para entrada de vigor de uma lei, é preciso que esta passe por um processo legislativo hígido. No Brasil, a Constituição disciplina tal processo. Ademais, segundo o art. 22 da CRFB/88, é competência privativa da União legislar sobre direito penal e processual.

Nesse sentido, sobre a temporalidade da lei penal o jurista Cezar Roberto dispõe:

Assim como nenhuma forma de manifestação de vida consegue evitar a ação corrosiva e implacável do tempo, a lei penal também nasce, vive e morre. E, desde que uma lei entra em vigor, ela rege todos os atos abrangidos por sua destinação, até que cesse a sua vigência. A lei anterior, como regra, perde a sua vigência quando entra em vigor uma nova lei regulamentando a mesma matéria. E como diz Damásio de Jesus “entre estes dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage nem tem ultra-atividade. É o princípio do *tempus regit actum*” (JESUS, p. 61-2). Em outros termos, a lei aplicável à repressão da prática do crime é a lei vigente do tempo de sua execução. Essa é uma garantia do cidadão: além da segurança jurídica, garante-se-lhe que não será surpreendido por lei *ad hoc*, criminalizando condutas, inclusive a posteriori, que até então não eram tipificadas como crime. (BITENCOURT, 2015, p. 205)

Dessa forma, Bitencourt pontua que a lei penal vigente é a que está em vigor durante a execução de um crime, pois isso dá mais segurança jurídica ao sistema.

Quanto ao tempo de duração da lei, insta salientar que uma lei só deve ser revogada por outra de mesmo grau hierárquico, contudo, há a exceção, como é o caso das leis temporárias e excepcionais que são autorrevogáveis, pois ao serem criadas já possuem seu tempo determinado para durar.

Quanto à revogação, essa pode ser de três tipos: expressa, tácita ou global (MASSON, 2020, p. 107).

Em relação à expressa é quando a lei revogadora indica expressamente os dispositivos a serem revogados por meio dela. Já quanto à tácita a nova lei mostra-se incompatível com a anterior, mesmo não mencionando expressamente a revogação (MASSON, 2020, p. 107). Por fim, a global ocorre quando a nova lei passar a regular trata dos dispositivos presentes na anterior, sendo de forma mais atual e relevante, tornando a antiga norma desnecessária e irrelevante.

Contudo, a lei penal se difere da processual penal em alguns aspectos, dentre eles, o principal é quanto à maneira que se comporta ao longo do tempo. Em relação à lei processual, segundo o art. 2º do Código de Processo Penal, vigora o princípio do *tempus regit actum*, já que sua aplicação é imediata, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob vigência anterior. Segundo Brasileiro:

Como se vê, por força do art. 2º do CPP, incide no processo penal o princípio da aplicabilidade imediata, no sentido de que a norma processual aplica-se tão logo entre em vigor, sem prejuízo da validade dos atos já praticados anteriormente. O fundamento da aplicação imediata da lei processual é se presume seja ela mais perfeita do que a anterior, por atentar mais aos interesses da Justiça, salvaguardar melhor o direito das partes, garantir defesa mais ampla ao acusado, etc. Portanto, ao contrário da lei penal, que leva em conta o momento da prática delituosa (*tempus delicti*), a aplicação imediata da lei processual leva em consideração o momento da prática do ato processual (*tempus regit actum*). (LIMA, 2020, p. 92):

Já quanto à lei penal, essa passa, na maioria das vezes, por período de “*vacatio legis*” e tem seu conteúdo pautado a disciplinar o direito material.

Sobre o período para entrada em vigor da lei penal, (VOLPI e VOLPI, 2020, *online*) dispõem:

Vacatio legis é o período que medeia a publicação da lei e a sua entrada em vigor. Esse período tem como objetivo fazer com que os futuros destinatários da lei a conheçam e se preparem para bem cumpri-la quando da sua entrada em vigor.

A lei durante a *vacatio legis* ainda não está em vigor e não produz qualquer efeito, não podendo ser aplicada ao réu ainda que seja uma lei penal benéfica. Durante esse período, a lei não produz qualquer efeito jurídico.

Dessa forma, a lei penal ao surgir no ordenamento jurídico passa por um período de *vacatio* até poder produzir eficácia, tal período faz-se necessário para que a sociedade tome conhecimento de qual conduta está sendo criminalizada.

Importante salientar que no âmbito penal a lei pode ser de caráter penal, processual penal ou mista, abrangendo, esta última, a duas espécies no seu conteúdo. Caso for mista, também chamada de híbrida, prevalecerá as regras de direito material sobre ela.

Todavia há divergências doutrinárias quanto a esse tipo de normas processuais materiais:

Não há consenso na doutrina acerca do conceito de normas processuais materiais ou mistas. Uma primeira corrente sustenta que normas processuais materiais ou mistas são aquelas que, apesar de disciplinadas em diplomas processuais penais, dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva, tais como aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, etc. Uma segunda corrente, de caráter ampliativo, sustenta que normas processuais materiais são aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente -, ou seja, todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja de direito ou garantia constitucional do cidadão.

Independentemente da corrente que se queira adotar, é certo que às normas processuais materiais se aplicam o mesmo critério do direito penal, isto é, tratando-se de norma benéfica ao agente, mesmo depois de sua revogação, referida lei continuará a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência (ultratatividade da lei processual penal mista mais benéfica); nas hipóteses de *novatio legis in melius*, referida norma será dotada de caráter retroativo, a ela se conferindo o poder de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente a sua vigência. (LIMA, 2020, p. 92-93):

Dessa forma, sobre as normas híbridas, de conteúdo processual e material, deve-se observar se estas são mais benéficas ou não para o réu, por em se tratando de norma que dê melhor tratamento para o réu, deve retroagir para regulamentar fatos anteriores a sua entrada em vigo, tal qual ocorre com as normas de direito material, nos termos do art. 5º inciso XL, da CRFB/88.

Salienta-se que no direito penal, em regra, conforme o art. 4º do Código Penal prevalece a teoria da atividade considerando praticado o crime no momento da ação ou da omissão, mesmo que outro seja o momento do resultado.

Desse modo, há como regra geral a aplicação da lei vigente no momento da prática do delito (*tempus regit actum*). Contudo, o §2º do Código Penal traz o seguinte: “a lei posterior, de qualquer modo favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decidida com sentença transitada em julgado.”. Ainda, a

Constituição, no art. 5º, inciso XL, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Assim, haverá a retroatividade e ultratividade da lei que versa sobre direito material e desse modo, reduz proibições e aumenta a liberdade, assegurando melhor tratamento ao réu (BITENCOURT, 2015).

É importante pontuar que, se a lei revogada for mais benéfica para o réu, ela terá ultratividade, ou seja, se a lei anterior for mais favorável ela passará a valer para fatos presentes que ocorreram no momento em que ela era vigente. Além disso, se a lei revogadora for mais benéfica, essa será retroativa e atingirá fatos que ocorreram antes mesmo da sua vigência.

Insta pontuar que segundo a Súmula 611 do STF, mesmo transitada em julgado a sentença penal condenatória, o juiz de execução pode aplicar a lei mais benigna ao caso. Contudo, para a aplicação da nova lei deve haver despacho do juiz, de ofício ou a requerimento do condenado ou do Ministério Público (BITENCOURT, 2015).

3.2. CONFLITOS DE LEIS PENAIS NO TEMPO

No que tange aos conflitos das leis penais no tempo é importante está atendo as seguintes hipóteses: *abolitio criminis*, *novatio legis* incriminadora, *novatio legis in pejus*, *novatio legis in melius*.

Quanto à *abolitio criminis*, trata-se de nova lei que deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. Além disso, a lei posterior mais benigna atinge fatos julgados ou em execução, bem como faz desaparecer todos os efeitos penais do condenado no que diz respeito ao ilícito descriminalizado.

Em relação à *novatio legis incriminadora* trata-se de nova lei que considera crime fato anteriormente não tipificado. Pontua-se que é irretroativa, pois não é benéfica para o réu, e ainda, não se aplica a fatos anteriores a sua vigência.

No que diz respeito à *novatio legis in pejus*, é uma lei posterior que agrava a situação do sujeito, não retroagindo, já que se trata de lei que dá tratamento mais gravoso para o réu. Esse tipo de lei, considerada *lex gavior* (lei severa), não retroage.

Por fim, quanto à *novatio legis in mellius* trata-se de *lex mitior* (lei benigna), que mesmo sem descriminalizar a conduta tida como criminosa, dar tratamento mais favorável ao agente, sendo assim, tal lei retroagirá.

3.3. A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

O doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2015, p. 207-208) traz a seguinte lição:

Assim, pode-se resumir o conflito do direito intertemporal no seguinte princípio: o da retroatividade e ultratividade da lei mais benéfica. A lei penal mais benéfica, repetindo, não só é retroativa, mas também ultrativa. A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica, sob o império da qual foi praticado o fato delituoso, deve prevalecer sempre que, havendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legal anterior era mais benéfico ao agente. Esses efeitos retroativo e ultrativo, consagrados pela Constituição, que configurarem lei penal mais benigna, aplicam-se às norma de Direito Penal material, tais como nas hipóteses de reconhecimento de causas extintivas de punibilidade, tipificação de novas condutas, cominação de penas, alteração de regimes de cumprimento de penas, ou a qualquer norma penal que, de qualquer modo, agrave a situação jurídico-penal do indiciado, réu ou condenado, conforme já reconhece o próprio Supremo Tribunal Federal.

No caso do crime de estelionato, que teve natureza da ação penal alterada pelo Pacote Anticrime, a mudança pode ser considerada como uma *novatio legis in mellius*, uma vez que estando a representação como condição para propositura da ação, a vítima pode escolher não representar e assim, extinguir a punibilidade do agente, bem como a representação está sujeita a um prazo decadência de seis meses.

Desse modo, embora a lei não fale expressamente acerca da retroatividade, em se tratando de processos que estão na fase de investigação, é fato que se deve aplicar a nova alteração legislativa que incrementa o procedimento para ser investida a ação penal. Contudo, no que tange aos processos já em curso, ou seja, que já foram movidas as ações penais há de se analisar jurisprudencialmente se a representação deve ser vista como condição de prosseguibilidade, adotando analogicamente o prazo de 30 dias para representar, conforme o art. 91 da Lei nº 9.099/95, ou se deve considerar o ato jurídico perfeito. Essa questão será analisada no ponto a seguir por meio de análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Todavia, insta pontuar que sobre o caráter retroativo da Lei nº 9.099/95 a doutrina e a jurisprudência dizem o seguinte, como pontua Brasileiro (LIMA, 2020, p. 93):

Não obstante, não se pode perder de vista que a Lei nº 9.099/95, também introduziu no ordenamento jurídico institutos despenalizadores que produzem nítidos reflexos no exercício do *jus puniendi*, tais como a composição civil dos danos, a transação penal, a exigência de representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa e a suspensão condicional do processo. A título de exemplo, basta pensar que o cumprimento das condições fixadas na proposta de suspensão condicional do processo acarreta a extinção da punibilidade (Lei nº 9.099/95, art. 89, §5º). Na mesma linha, a composição civil dos danos é causa de renúncia ao direito de queixa ou representação (Lei nº 9.099/95, art. 74, parágrafo único).

Diante da natureza mista da Lei nº 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal acabou por concluir que as normas de direito penal nelas inserida que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição federal. Assim, conferiu interpretação conforme ao art. 90, da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réu contidas na citada lei.

Além do mais, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.719, foi decidido, ao analisar a Lei 9.099/1995, que as normas de caráter de material com conteúdo mais favorável para o acusado devem retroagir para beneficiá-lo nos termos do art. 90 da Lei 9.099/1995 (CARNEIRO, 2021, *online apud* STF, ADI 1719, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho de 2007).

Logo, pontua-se o caráter misto da Lei nº 9.099/95 bem parecido com a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/19 ao §5º do art. 171 do CP. Salienta-se que esta última lei ao trazer a representação como condição de procedibilidade da ação dar condição mais benéfica para o réu sendo portando uma norma processual de caráter misto.

Sobre normas processuais matérias ou híbridas, Renato Brasileiro (LIMA, 2020, p. 92) pontua o seguinte:

[...] são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal. Normas penais são aquelas que cuidam do crime, da pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas da punibilidade). De sua vez, normas processuais penais são aquelas que versam sobre o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa

sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.

Portanto, normas penais mistas devem retroagir ou até mesmo ter ultratividade quando o objetivo for: beneficiar o réu.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo, fazendo uso de uma metodologia dialética, bem como, adotando um caráter mais crítico, será analisado o entendimento firmado pela 5ª e 6ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça e da 1ª e 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no julgamento de Habeas Corpus que debatem os limites da retroatividade do §5º do art. 171 do Código Penal.

4.1. ENTENDIMENTO DA 5ª TURMA DO STJ NO JULGAMENTO DO HC. 573.093/SC

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina impetrou o Habeas Corpus nº 573.093/SC a fim de anular a condenação de um réu pelo crime de estelionato, alegando haver a necessidade da representação para promover a ação penal, com fundamento no art. 171 §5º do Código Penal.

A Defensoria sustentou que a Lei 13.964/2019, ao trazer a representação como condição para propositura da ação penal, deu tratamento de caráter processual e material mais benéfico para o réu, devendo assim alcançar os processos em curso, pois se trata de norma posterior mais benéfica para o réu (STJ, 2020, *ONLINE*). Desse modo, argumentou o seguinte:

Essa alteração legislativa possui cunho penal material (ou ao menos mista) e, por evidente, constitui uma lei penal posterior que favorece o PACIENTE, porque se trata de uma exigência mais gravosa para a instauração de investigação ou oferecimento de denúncia pelo crime de estelionato, razão pela qual deve ser aplicada retroativamente de imediato a ele, em respeito ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. (STJ, 2020, *ONLINE*)

Assim, a Defensoria defendeu a aplicação retroativa do §5º do art. 171, a fim de alcançar processos que já estão em curso, por se tratar de norma materialmente mais benéfica para réu.

Em junho de 2020, o Supremo Tribunal de Justiça julgou o Habeas Corpus, cujo Ministro Relator foi Reynaldo Soares da Fonseca, que entendeu que a Lei 13.964/2019 ao mudar a natureza da ação penal do crime de estelionato, salvo para algumas exceções, pretendeu apenas afetar os processos ainda na fase policial (STJ, 2021, *ONLINE*).

O Ministro Relator, em seu voto reconheceu que o tema é novo, não sendo debatido amplamente nos Tribunais Superiores, contudo, com fundamento na lei e no que se discute no âmbito doutrinário teceu a sua decisão.

É importante pontuar que o Min. Reynaldo da Fonseca reconheceu o caráter misto da nova redação do Código Penal quanto ao crime de estelionato, bem como ressaltou que a representação está sujeita a um prazo decadencial disposto no art. 38 do CPP, que se não exercido pode ocasionar a extinção da punibilidade nos termos do art. 107, IV, do CP.

Além disso, o Ministro reconheceu a semelhança da alteração trazida pelo Pacote Anticrime com a Lei 9.099/1995, que em seu art. 88 passou a exigir a representação nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa. Todavia, nesta última Lei, o legislador tratou de como seria dada a representação quanto aos processos em curso, ao dizer em seu art. 91 que o ofendido ou representante legal terá trinta dias para representar após ser notificado, sob pena de decadência do direito.

Contudo, diferentemente, o Ministro pontuou que a Lei n. 13.964/2019 ficou em silêncio quanto aos processos em curso. Sendo assim, pelo fato do legislador não ter revelado a sua intenção quanto se seria retroativo ou não, o Ministro optou por se filiar a corrente que defende se tratar de ato jurídico perfeito o oferecimento da denúncia.

Assim, Reynaldo da Fonseca, adotou a posição do doutrinador Rogério Sanches Cunha, segundo o qual, no caso em questão a representação não passou de condição de procedibilidade para condição de prosseguibilidade, como ocorreu com o advento da Lei 9.099/1995.

Como o legislador que elaborou o Pacote Anticrime foi silente quanto ao que ocorreria com os processos em curso, deve-se considerar o ato jurídico perfeito dos casos em que a denúncia já foi oferecida. Dessa forma, o Ministro (2020, *online*) citou Rogério Sanches em seu voto (FONSECA, 2020 *apud* SANCHES, 2020):

[...] tendo em vista que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos de punibilidade, a regra do § 5º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temo que diferenciar duas hipóteses: **a) se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a**

natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995)

b) “se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da novel lei.” (Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413) - negritei. (STJ, 2020, *online*)

Assim, diante da falta de jurisprudência sobre a matéria, o Ministro Relator, adotou a posição mais razoável, a de que no silêncio eloquente do legislador deve-se considerar apenas a representação como condição de procedibilidade, devendo ser objeto de questionamento não nos processos em que já foram oferecidos denúncia, mas sim dos ainda não tiveram ação penal apresentada, ou seja, dos que se encontram na fase policial.

Mas afinal, o que se entende por ato jurídico perfeito?

Salienta-se que quanto aos limites à retroatividade da lei, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição dispôs que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Ademais, o art. 6, §1º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro instituiu o ato jurídico perfeito *o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*. Ainda, para o jurista Marcelo Henrique Giannini (2014, *online*):

O ato jurídico perfeito refere-se à situação consumada, incorporada ao patrimônio jurídico ou à personalidade do respectivo titular pelo fato de o direito ter sido efetivamente exercido (e ter produzido seus efeitos) por atender aos requisitos exigidos pela legislação em vigor à época.

Assim, considerar o ato jurídico perfeito é desconsiderar o cabimento da retroatividade da lei mais benéfica, por entender que esta já produziu seus efeitos e desse modo se consumou.

Dessa forma, a ementa da decisão do Ministro Relator do STJ (2020, *online*) foi a seguinte:

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

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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

3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade. Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413. 4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido.

5. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior, fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal. Além disso, não é socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade.

6. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 2021, *ONLINE*)

3.2. ENTENDIMENTO DA 6ª TURMA DO STJ NO JULGAMENTO DO HC. 583.837/SC

No dia 04 de agosto de 2020, a 6ª Turma do STJ julgou o HC. 583.837/SC, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina alegando que o §5º do art. 171 do Código Penal trata-se de norma material mais benéfica para o réu, devendo retroagir nos termos do art. 2º do Código Penal, bem como do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Ainda, pontuou a ausência de norma de transição que impossibilita a representação da vítima, devido à falta de previsão legal. Dessa forma, sendo ausente a representação deve-se considerar extinta a punibilidade conforme o art. 107, IV, do Código Penal.

Desse modo, o Relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, decidiu da seguinte forma, primeiramente considerando o caráter misto na nova alteração legislativa, e a retroatividade e ultratividade das leis mais benéficas tal como foi reconhecido pela 5ª Turma do STJ no julgamento do HC n. 573.093/SC.

Ao fazer uma análise, o Ministro concluiu que a ação penal pública incondicionada é mais gravosa para o réu, já a ação privada é menos gravosa e a condicionada à representação é intermediária. Senda assim, a alteração legislativa mais benéfica, deve retroagir para abranger casos posterior à sua vigência.

O Relator ressaltou ainda que se trata de norma de caráter misto devendo observância ao que a Constituição dispõe sobre direito penal. Além disso, a Lei n. 13.964/2019 foi omissa em disciplinar os conflitos oriundos da aplicação da lei penal no tempo, não tratando de aplicar retroativamente a nova regra.

Além de tudo, após fazer uma interpretação de todo o contexto jurídico que a norma está inserida pontuou que tal alteração legislativa traz uma condição de procedibilidade com efeito extintivo da punibilidade, mas a intenção do legislador não foi essa.

Na opinião do Min. Sebastião Júnior, o trânsito em julgado da ação penal é o limite da retroatividade da norma. Logo, não há mais o que se discutir em caso de haver mérito definitivo.

Contudo, entende-se como limite de retroação do art. 171, § 5º do Código Penal o alcance a todos os processos em curso, sem trânsito em julgado. Todavia, nos casos em que a vítima ainda não se manifestou quanto a sua vontade de prosseguir com a ação, isso não gera a extinção da punibilidade automaticamente.

Insta pontuar também que o Ministro fez alusão a Lei n. 9.099/1995 que passou a prever em seu art. 91 o prazo para se pronunciar em casos de ação penal que requer representação quando o processo já está em curso, assim afirmou o seguinte (2020, online):

A Lei n. 9.099/1995, em seu art. 91, trouxe disciplina para questão semelhante. Ao transformar a ação penal dos crimes de menor potencial ofensivo de ação pública incondicionada para pública condicionada à representação, determinou a intimação do ofendido ou do seu representante

legal para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

Dessa forma, o relator encontrou no ordenamento jurídico uma saída para estabelecer um prazo quanto à representação nos casos em que se debate a prosseguibilidade da ação penal. Ademais, quanto à outra posição firmada pelo presente Tribunal, que se deve considerar o ato jurídico perfeito após o oferecimento da denúncia, o Relator STJ (2020, *online*) teceu o seguinte comentário (JÚNIOR, 2020 apud MENDES e BRANCO, 2018):

Tanto o ato jurídico perfeito quanto a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais que podem ser considerados de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal.

Essa localização é importante para o desfecho aqui proposto. Por se tratar de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais,

voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo dever de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual

(MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pág. 137/138). Por estarem positivadas topograficamente no art. 5º, no título que disciplina os direitos e as garantias fundamentais, no capítulo que dispõe sobre os direitos e os deveres individuais e coletivos, fica claro que o constituinte conferiu a esses direitos fundamentais a mesma estatura constitucional. (STJ, 2020, *online*)

Ainda, o Ministro (STJ, 2020, *online*) informa o porquê não se considerar ato jurídico perfeito quando se debruçamos num caso de retroatividade da lei penal mais benéfica para o réu.

No presente caso, considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza do próprio direito fundamental, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão, contrassenso quando delimitamos os destinatários dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pág. 209/226).

Além disso, ainda que fosse possível, falar em ato jurídico perfeito nessa hipótese, valendo-se do princípio da proporcionalidade, salvaguardar a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal melhor protege a dignidade da pessoa humana.

Por essas razões é que entendo inoponível a proteção do ato jurídico perfeito à retroatividade do mencionado dispositivo. (STJ, 2020, *online*)

Por fim, o Ministro entendeu pela aplicação retroativa do art. 171 § 5º do Código Penal, bem como a aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 devendo assim a vítima ter o prazo decadencial de 30 dias para representar nas ações que já estão em curso, deferindo parcialmente a liminar.

Desse modo, a ementa da decisão da 6ª Turma (STJ, 2020, *online*) foi a seguinte:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA.

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.

2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.

4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que a mesma não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995. (STJ, 2020, *online*)

3.3. ENTENDIMENTO DA 1ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC. 187.341/SP

No dia 13 de outubro de 2020, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu de maneira semelhante a 5ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, reforçando a tese de que a alteração trazida pelo Pacote Anticrime não deve

retroagir nos processos em que já foi oferecida a denúncia, devendo assim considerar o ato jurídico perfeito.

No voto proferido pelo Relator, o Ministro Alexandre de Moraes, disse sobre a alteração da legislação trazida pelo Pacote Anticrime o seguinte (2021, online):

Trata-se de uma legítima opção do Congresso Nacional que, priorizando o combate a criminalidade organizada, estabeleceu novos mecanismos para a solução dos delitos praticados sem violência ou grave ameaça, entre eles, o acordo de não persecução penal e a necessidade da vítima manifestar sua vontade para o processamento da ação penal pelo delito de estelionato.

Observe-se que tal medida surgiu de proposta encaminhada à Comissão de Juristas, da qual tive a honra de presidir, pelo Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, a partir da constatação fática de que em milhares de inquéritos de estelionato, após obter seu devido ressarcimento, a vítima não mais demonstrava interesse na continuidade da investigação, inclusive, deixando de comparecer às delegacias, quando devidamente intimada para complementação de seus depoimentos. (STF, 2020, *online*)

Dessa forma, salienta-se que a mudança feita pelo legislador foi necessária no âmbito processual devido à quantidade significativa de vítimas que tiveram seu dano reparado e assim não quiseram mais participar de uma ação penal. Sendo, por isso, que o Pacote Anticrime traz uma alteração branda para o delito de estelionato, no caso, coloca a representação da ação penal.

Além disso, o Min. Alexandre de Moraes disse que no caso das exceções trazidas no §5º do art. 171, que são quando a vítima for Administração Pública, direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz, continua ação penal incondicionada, pois para além da reparação de um dano, contra tais vítimas envolve a violação de outros bens jurídicos.

O Relator pontuou que se trata de uma norma de caráter misto, possuindo natureza penal e processual, dessa forma, nos termos do art. 2º do CPP, a sua aplicação será retroativa antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Contudo, por conseguinte o Ministro Alexandre de Moraes afirmou:

[...] é inaplicável a inovação legislativa em relação à todas as ações penais já iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, no momento do oferecimento da denúncia a norma processual então aplicável definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição para a instauração da persecução penal em juízo.

Tendo o início da ação penal se concretizado sob a égide da legislação processual anterior – que não exigia a ‘representação da vítima’

como condição de procedibilidade – consubstanciou-se, em respeito ao artigo 2º do Código de Processo Penal, o ato jurídico perfeito e, conseqüentemente, a possibilidade de continuidade da ação penal sem necessidade da aplicação retroativa do artigo 171, §5º do Código penal. (STF,2020, *Online*)

Assim, entendeu o Min. que após o oferecimento da denúncia, se deve considerar o ato jurídico perfeito, tal como entendeu a 5ª Turma do STJ, bem como defendeu o doutrinador Rogério Sanches.

O Min Relator explicou ainda que a representação não era exigida como condição de procedibilidade na legislação processual anterior, dessa forma, aplicando o art. 2º do Código de Processo Penal, consubstanciou o ato jurídico perfeito o oferecimento da denúncia anterior a Lei 13.964/19, não havendo por que em se falar em aplicação retroativa do §5º do art. 171 do CP. Sendo assim, Alexandre de Moraes citou julgados em que a Suprema Corte reconheceu o princípio do *tempus regit actum* e observância ao ato jurídico perfeito.

Por fim, o Min. concluiu (STF, 2020, *online*):

Observe-se que, entendimento diverso, necessitaria de expressa previsão legal, pois estaria transformando a 'representação da vítima' em condição de prosseguibilidade da ação penal, alterando sua tradicional natureza jurídica de 'condição de procedibilidade' (ROGÉRIO SANCHES CUNHA. Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP, Salvador: JusPodivm, 2020, p. 65 ss; LUCIANO ANDERSON DE SOUZA e GUILHERME MADEIRA DEZEM. Comentários ao Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019, São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2020). (STF, 2020, *online*)

Dessa forma, manteve seu posicionamento de que a representação deve ser tratada como condição de procedibilidade da ação penal, e não colocada como condição de prosseguibilidade.

Ainda, afirmou que diferentemente do art. 90 da Lei nº 9.099/90 que afastou a incidência do art. 2º do CPP, ao colocar a representação como condição de prosseguibilidade nos delitos de lesão corporal leve e lesão culposa, nos casos em que a ação penal já estava em curso, o legislador ao trazer o texto do art. 171 §5º do CP não objetivou afastar o que dispõe o art. 2º do CPP.

Além disso, chegou à conclusão de que por não existir a retratação da representação depois do oferecimento da denúncia, se deve considerar o ato jurídico perfeito nos termos do art. 25 do CPP.

Dessa forma, votou pelo indeferimento do Habeas Corpus com o seguinte argumento:

[...] sendo inaplicável a aplicação retroativa do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual então aplicável definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo. (STF, 2020, online)

Assim, considerou o ato jurídico perfeito do oferecimento da denúncia, bem como a incidência do art. 2º do CPP.

Desse modo, a ementa da decisão foi a seguinte:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 ("PACOTE ANTICRIME"). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPÇÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1.Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração.

2.Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”.

3.Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo.

4.A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público.

5.Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem. (STF, 2020, *Online*)

3.4. ENTENDIMENTO DA 2ª TURMA DO STF NO JULGAMENTO DO HC. 180.421 AGR/SP

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal por meio do Informativo nº 1023/2021, firmou o seguinte entendimento no julgamento, no dia 22 de junho de 2021, do HC. 180.421 AgR/SP, cujo relator era o Min. Edson Fachin (STF, 2021, *online*):

A alteração promovida pela Lei 13.964/2019, que introduziu o § 5º ao art. 171 do Código Penal (CP), ao condicionar o exercício da pretensão punitiva do Estado à representação da pessoa ofendida, deve ser aplicada de forma retroativa a abranger tanto as ações penais não iniciadas quanto as ações penais em curso até o trânsito em julgado.

Ainda que a Lei 13.964/2019 não tenha introduzido, no CP, dispositivo semelhante ao contido no art. 91 da Lei 9.099/1995, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em razão do princípio constitucional da lei penal mais favorável, a modificação da natureza da ação penal de pública para pública condicionada à representação, por obstar a própria aplicação da sanção penal, deve retroagir e ter aplicação mesmo em ações penais já iniciadas.

Mesmo que o legislador ordinário tenha silenciado sobre o tema, o art. 5º, XL, da Constituição Federal (CF), é norma constitucional de eficácia plena e aplicação imediata. É dizer, não se pode condicionar a aplicação do referido dispositivo constitucional à regulação legislativa. Além disso, consoante o art. 3º do Código de Processo Penal (CPP), a lei processual penal é norma que admite “a interpretação extensiva e aplicação analógica”, de modo que não há óbice, por exemplo, na aplicação, por analogia, do art. 91 da Lei 9.099/1995, nem da incidência do art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil (CPC), que informa que os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, assim como a legitimidade de agir podem ser conhecidas pelo magistrado de ofício, “em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado”.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, mas concedeu o habeas corpus, de ofício, para trancar a ação penal, com a aplicação retroativa, até o trânsito em julgado, do disposto no art. 171, § 5º, do CP, com a alteração introduzida pela Lei 13.964/2019. Vencido, em parte, o ministro Ricardo Lewandowski, que deu provimento ao recurso para conceder a ordem e trancar a ação penal. (STF, 2020, *online*)

Dessa forma, primeiramente reconheceu que a alteração trazida pela Lei 13.964/2019 por ser de caráter misto e mais benéfico para o réu deve retroagir, para valer para as ações penais ainda não iniciadas, bem como as que estavam em curso no momento do surgimento da alteração legislativa.

Isso porque, por força do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, que consagra o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, entende-se que o § 5º do art. 171 do Código Penal ao trazer a representação como condição para propositura da ação penal, dar tratamento mais benéfico para o réu, pois isso implica

até mesmo em condição de extinção da punibilidade em virtude da decadência do direito de representação.

Contudo, a Lei 13.964/2019 foi silente quanto à aplicação de tal condição nas ações penais que já estavam em curso, diferentemente de como agiu o legislador quando elaborou a Lei 9.099/1995 sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que em seu art. 91 trata das ações cuja denúncia já foi oferecida.

Desse modo, a 2ª Turma do STF, entendeu partindo do art. 3º do Código de Processo Penal, segundo a qual admitirá, a lei processual, a interpretação extensiva e a aplicação analógica além de suplemento dos princípios gerais do direito.

Importante evidenciar que se entende como interpretação extensiva, segundo o jurista Renato Brasileiro, o seguinte:

“De seu turno, na interpretação extensiva, expressamente admitida pelo art. 3º do CPP, a lei disse menos do que deveria dizer. Por consequência, para que se possa conhecer a exata amplitude da lei, o intérprete necessita ampliar o seu campo de incidência.” (LIMA, 2020, p. 96)

Já em relação ao uso de analogia, Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 87) traz a seguinte referência (NUCCI apud MAXIMILIANO):

Quanto à analogia, ensina Carlos Maximiliano que “no sentido primitivo, tradicional, oriundo da Matemática, é uma semelhança de relações. (...) Passar, por interferência, de um assunto a outro de espécie diversa é raciocinar por analogia. Esta se baseia na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança, possam consequentemente assemelhar-se quanto a um outro mais. Se entre a hipótese conhecida e a nova a semelhança se encontra em circunstância que se deve reconhecer como essencial, isto é, como aquela da qual dependem todas as consequências merecedoras de apreço na questão discutida; ou, por outra, se a circunstância comum aos dois casos, com as consequências que da mesma decorrem, é causa principal de todos os efeitos; o argumento adquire a força de uma indução rigorosa” (Hermenêutica e aplicação do direito, p. 253).

Na literatura, se buscarmos exemplos de analogia e interpretação extensiva encontramos a obra *“O conto da ilha desconhecida”*, do escritor José Saramago, que conta a história de um súdito que pede ao rei, do reino em que mora, uma embarcação, a fim de conhecer alguma ilha desconhecida. Todavia, sabe-se que todas as ilhas são conhecidas e já estão mapeadas. Mesmo assim, o homem implora ao rei uma embarcação até este ceder. Então, o homem vai juntamente com uma mulher, que trabalhava no castelo, rumo a conhecer o desconhecido, dando o

nome do barco de Ilha Desconhecida (SANTIN, 2015, online). Por fim, José Saramago conclui o seguinte: *É preciso sair da ilha para ver a ilha. Não nos vemos se não saímos de nós. Se não saímos de nós próprios* (SARAMAGO, 1998).

A conclusão de Saramago, quer dizer que nós, seres humanos, somos ilhas desconhecidas, que precisamos sair dos “lugares” em que nos encontramos com pré-noções da realidade, com *script* já pronto e nossa história de vida medida na régua. Logo, é preciso mudar de pensamento, ter a mente aberta para construir sua própria história.

Dessa forma, tal questão nos remete a interpretação de um processo bem como do ordenamento jurídico, primeiramente cabe ao jurista ao se debruçar sobre um texto jurídico ser imparcial, ter o campo de visão aberto para novas interpretações a fim de ser capaz de compreender o ordenamento jurídico como um todo.

As normas jurídicas são ilhas desconhecidas, saber o que de fato o legislador quis fazer, partindo de uma hermenêutica meramente literal, não é a melhor maneira de se interpretar. É preciso enxergar a amplitude do ordenamento jurídico, todas as normas que o compõe para que em harmonia a todo o sistema se busque a melhor maneira de se resolver o problema, tendo por finalidade a efetivação da justiça e conseqüentemente a promoção da harmonia social.

Desse modo, a aplicação analógica do art. 91 da Lei 9.099/1995 que dispõe: *“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”* (BRASIL, 1995, online), conjugado com o art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil¹ nas ações penais que já tiveram sido oferecidas a denúncia é interpretar como um todo o ordenamento jurídico.

¹ **Art. 485.** O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código

Nesse sentido, sobre a aplicação supletiva e subsidiária do novo Código de Processo Civil ao processo penal, Renato Brasileiro afirma:

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil em 2016, há de se ter extrema cautela com a sua aplicação ao processo penal. Como se trata de diploma processual muito mais moderno que o nosso Código de Processo Penal, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, não temos dúvida em afirmar que haverá grande euforia e entusiasmo com a possibilidade de aplicação de seus institutos ao processo penal brasileiro. No entanto, a aplicação do novo CPC ao processo penal só pode ocorrer de maneira subsidiária. O emprego da analogia permitido pelo art. 3º do CPP pressupõe a inexistência de lei disciplinando matéria específica, constatando-se, pois, a lacuna involuntária da lei. Não é critério para a resolução de conflitos entre regra. Por ser a analogia recurso de autointegração (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4º), e não instrumento de derrogação de texto ou de procedimento legal, o emprego da analogia só pode ser admitido quando a lei for omissa. (LIMA, 2020, p.100)

Dessa forma, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que nos processos em que a denúncia já estiver sido oferecida pelo Ministério Público cabe à intimação da vítima para que no prazo de 30 (trinta) dias manifeste seu interesse de representar ou não contra o suposto estelionatário conforme dispõe o art. 91 da Lei do Juizados Especiais que também foi aplicada analogicamente aos crimes de lesão corporal leve e culposa.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que por se tratar de direito subjetivo do acusado, ao analisar a Lei 9.099/1995, em normas de conteúdo material, se mais benéfica ao réu, devem agir retroativamente para beneficiá-lo (CARNEIRO, 2021, online). Assim, trata a seguinte ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. artigo 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O artigo 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no artigo 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o artigo 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao artigo 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidos nessa lei. (CARNEIRO, 2021, apud STF, 2007, *online*).

Insta salientar que a jurisprudência do STF é firme no sentido de que a mudança de natureza processual da ação penal de incondicionada para

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos **incisos IV, V, VI e IX**, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

condicionada á representação configura tratamento mais benéfico para o réu, devendo retroagir conforme o princípio elencado no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho que ora se encerra foi possível analisar as condições da ação penal, os princípios que a rege, a diferença entre a ação penal pública incondicionada para a condicionada à representação, bem como a necessidade em tratar acerca dos limites da retroatividade da modalidade de ação penal do crime de estelionato. Além de como se comporta a lei penal no tempo, os conflitos entre as leis penais e o caráter retroativo da lei material e mista.

Em linhas gerais, esta monografia mostra os impactos trazidos pela Lei nº 13.964/19, conhecida como Pacote Anticrime, ao mudar a natureza da ação do delito de estelionato, tanto para o réu quanto para a vítima, nos processos ainda em curso ou na fase de investigação.

Dessa forma, mostra como os doutrinadores e a jurisprudência vem se inclinando para, diante de algumas lacunas deixadas pelo legislador, assegurar processualmente o cumprimento do art. 171 §5º do Código Penal ao mesmo tempo em que se tenta combater o crime de estelionato e em via de mão dupla assegurar ao suposto estelionatário todos os direitos que o ordenamento jurídico brasileiro lhe garante.

A mudança de ação penal pública incondicionada para condicionada à representação trata-se de condição mais benéfica para o réu, uma vez que a decadência do direito de representação enseja na extinção da punibilidade do acusado.

Conclui-se que ainda não há um entendimento firme consolidado acerca dos limites da retroatividade do art. 171 §5º do Código Penal na jurisprudência. Dessa forma, a fim de dar maior segurança jurídica faz de fundamental importância que o Pleno do Supremo Tribunal Federal se manifeste sobre o tema (FERREIRA e PEREZ, 2021, *online*) com certa rapidez, tendo em vista o aumento significativo do de crimes de estelionatos cometidos principalmente no âmbito virtual.

Além disso, pontua-se que é fato que possui natureza mista a mudança trazida pelo Pacote Anticrime ao delito de estelionato, tendo caráter tanto processual quanto material. Assim, deve prevalecer a regra da retroatividade da lei penal mais benéfica nos termos do art. 5º, inciso XL, da CRFB/88.

Contudo, os limites dessa retroatividade é o que vem sendo colocado em questão. De um lado defende-se que deve retroagir aos processos em que se

encontram na fase policial e cuja denúncia ainda não foi oferecida, devendo considerar o ato jurídico perfeito das ações penais que já estão em curso. De outro, o ordenamento jurídico tem sido interpretado de forma extensiva devendo-se usar como analogia o art. 91 da Lei 9.099/1995 a fim de que no prazo de 30 dias a vítima seja intimada a representar nos processos em que a denúncia já foi oferecida.

Segundo entendeu primeiramente a 5ª Turma do STJ, a retroatividade do §5º do art. 171 do CP deve restringir-se à fase policial, não abrangendo assim, os processos em curso, uma vez que deve ser considerado o oferecimento da denúncia como um ato jurídico perfeito.

Já para a 6ª Turma do STJ a retroatividade tem seu limite no trânsito em julgado da ação penal, devendo assim, nos casos em que se necessita da representação para dar prosseguimento a ação considerar de maneira analógica o art. 91 da Lei n. 9.099/95.

Contudo, a 1ª Turma do STF entendeu de modo similar à 5ª Turma do STJ segundo o qual se deve considerar o ato jurídico perfeito das ações penais já em curso, não devendo passar de condição de procedibilidade para condição de prosseguibilidade a representação.

Todavia, na jurisprudência tem se firmado o entendimento de que a representação no crime de estelionato retroage nas ações penais ainda não iniciadas e as já em curso até o trânsito em julgado, conforme o Informativo nº 1023 emitido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, partindo de uma interpretação extensiva e sistêmica do ordenamento jurídico e fazendo uso de analogia nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, o limite da retroatividade das ações penais já em curso deve ser regulamentado pelo art. 91 da Lei nº 9.099/95, bem como do enunciado editado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais, devendo assim o ofendido ou seu representante legal ser intimado para no prazo decadencial de trinta dias manifestar o seu interesse em representar ou não em desfavor do suposto estelionatário.

Por fim, conclui-se que o presente trabalho cumpre o seu papel em sua integralidade em definir os limites da retroatividade do art. 171 §5º do Código Penal, bem como direciona para que a jurisprudência continue a firmar o mesmo entendimento que teve a 2ª Turma do STF, fazendo uso de uma interpretação mais extensiva e harmônica do ordenamento jurídico.

Ademais, a fim de dar maior segurança ao entendimento firmado espera-se, num futuro próximo, que o Supremo Tribunal Federal edite súmulas ou até mesmo o legislador infraconstitucional se posicione acerca da temática, para que a vítima e o réu não fiquem dependentes de analogias e diversas interpretações dos Tribunais Superiores do Brasil.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1** – 21. Ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Artigo 91 da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11303861/artigo-91-da-lei-n-9099-de-26-de-setembro-de-1995>>. Acesso em 25 de setembro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DOU, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1940.

BRASIL. Decreto-Lei Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1941.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Lei do Pacote Anticrime**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm >. Acesso em 03 de nov. de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11303861/artigo-91-da-lei-n-9099-de-26-de-setembro-de-1995>>.

CÂMARA FEDERAL. **Análise do Pacote Anticrime pelo Grupo de Trabalho Penal da Câmara dos Deputados**. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210103>. Pág, 175. Acesso em 20 de setembro de 2021;

CARNEIRO, Marcella Vieira de Queiroz. **O pacote anticrime e a irretroatividade da necessidade de representação no estelionato quanto aos processos em curso**. Conteúdo Jurídico. Pub. em: 11 de jan de 2021. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56044/o-pacote-anticrime-e-a-irretroatividade-da-necessidade-de-representao-no-estelionato-quanto-aos-processos-em-curso>>. Acesso em 20 de setembro de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**- 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413.

FONSECA, Renata Freire de Andrade. **Mudança no crime de estelionato a partir do Pacote Anticrime**. Migalhas. 21 de jul. de 2020. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/depeso/330913/mudancas-no-crime-de-estelionato-a-partir-do-pacote-anticrime> >. Acesso em: 21 de setembro de 2021.

GIANNINI, Marcelo Henrique. **Aspectos do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Conteúdo Jurídico. 06 out 2014. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/41122/aspectos-do-direito-adquirido-ato-juridico-perfeito-e-coisa-julgada>>. Acesso em: 21 de setembro de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único** – 8. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)** – v. 1 – 14. Ed. – [2. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MPPR. Ministério Público do Estado do Paraná. **Estelionato e representação da vítima: Análise do entendimento jurisprudencial sobre a modificação da Lei n. 13.964/2019**. 2020. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_-_Estelionato_e_representacao_da_vitima_versao_final.pdf>. Acesso em 8 de out. de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 13. Ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Débora Mendes Freitas. **Modificações ao Artigo 171 do Código Penal (Crime de Estelionato) Realizadas Através da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) – Repercussões na Atividade de Investigação da Polícia Civil**. Disponível: <<http://www.adpeb.com.br/v18/wp/wp-content/uploads/2020/01/Altera%C3%A7%C3%A3o-do-art.-171-Lei-anticrime.pdf>>. Acesso em: 27 de ago. de 2021.

PEREZ e FERREIRA, Stephanie Carolyn e André. **Até que momento pode retroagir a norma que exige representação no estelionato?**. Conjur. Pub. 19 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-19/opiniao-norma-exige-representacao-estelionato>>. Acesso em: 03 de outubro de 2021.

SANTIN, Juliana. **PORQUE E MESMO NECESSÁRIO SAIR DA ILHA PARA VER A ILHA**. OBVIOUS. Disponível em: <http://obviousmag.org/algo_pensa_em_mim/2015/porque-e-mesmo-necessario-sair-da-ilha-para-ver-a-ilha.html>. Acesso em: 23 de set. de 2021.

SARAMAGO, José. **O conto da Ilha Desconhecida**. Companhia das Letras; 1ª edição. 3 dezembro 1998.

STF, ADI 1719, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007. MPPR. 2020. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_-_Estelionato_e_representacao_da_vitima_versao_final.pdf>. Acesso em 03 de nov. de 2021

STF. INFORMATIVO N° 1023. 2021. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/informativoSTF/anexo/INFORMATIVO_STF_PDF/Informativo_stf_1023.pdf>>. Acesso em 03 de nov. de 2021

STJ. Para Quinta Turma, exigência de representação para ação por estelionato não afeta processos em curso. Notícias. Pub. 10 de jun de 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Quinta-Turma--exigencia-de-representacao-para-acao-por-estelionato-nao-afeta-processos-em-curso.aspx> . Acesso em 03 de nov. de 2021

STJ. AgRg no AREsp 1668091/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 04/09/2020. MPPR. 2020. Disponível em: <[https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo -
Estelionato e representacao da vitima versao final.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo-_Estelionato_e_representacao_da_vitima_versao_final.pdf)>. Acesso em 03 de nov. de 2021

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal : estudo sistemático**. Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

VOLPI e VOLPI, Matheus Tauan e Murilo Alan. **Retroatividade da lei que alterou a natureza da ação penal nos crimes de estelionato**. IBCCRIM. Publicado 31 de maio de 2020. Disponível em: <<https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/450>>. Acesso em: 06 de ago de 2021.

STF. **Voto do min. Alexandre de Moraes**. 2020. Hc 187341, relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-263 DIVULG 03-11-2020 PUBLIC 04-11-2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes.pdf> >. Acesso em 03 de nov. de 2021

STF. **Voto do Min. Reynaldo Soares da Fonseca**. Rhc 139.715/sp, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 02/02/2021, DJe 04/02/2021. 2020. Disponível em: <[https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/01_STJ - _Acordao - _HC_573093_5T.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/01_STJ_-_Acordao_-_HC_573093_5T.pdf)>. Acesso em 03 de nov. de 2021