

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-415-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- “A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais”, em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.
- “A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia”. No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.
- “A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional”. O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reempreendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- “A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero”. O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- “A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso”. Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- “A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional”. O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandato explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaining’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do *due process of law*, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objetiva a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento”. O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- “Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro.” O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- “Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada”. A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comércio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comércio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

A AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PÚBLICA CONDICIONADA NO CRIME DE ESTELIONATO: A RETROATIVIDADE DA REPRESENTAÇÃO COMO CRITÉRIO DE PROSSEGUIBILIDADE DAS AÇÕES PENAS EM CURSO PERANTE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

THE CRIMINAL ACTION OF PUBLIC INITIATIVE CONDITIONAL ON THE CRIME OF STELIONATE: THE RETROACTIVITY OF REPRESENTATION AS A CRITERION FOR THE CONTINUATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS UNDER WAY BEFORE CONSTITUTIONAL GUARANTEES.

Alexandre Junio de Oliveira Machado ¹

Gustavo Jabbur Machado ²

Resumo

O objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Entretanto, surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores. Através da pesquisa bibliográfica e documental foi possível realizar a análise, bem como com a utilização do método dedutivo. Uma decisão que seja coerente às garantias constitucionais torna-se salutar na solução da problemática apresentada.

Palavras-chave: Processo penal, Ação penal, Direito penal, Retroatividade, Estelionato

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of the study is to analyze the changes promoted by Law 13.964/2019, known as the anti-crime package law, regarding the criminal prosecution of the crime of swindle, which became a public initiative conditional on representation, except for legal exceptions. However, questions arose about the retroactivity of the criminal law, which presented doctrinal divergences and differentiated understanding by the Higher Courts. Through bibliographic and documentary research it was possible to perform the analysis, as well as with the use of the deductive method. A decision that is consistent with constitutional guarantees becomes salutary in solving the problem presented.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Criminal action, Criminal law, Retroactivity, Stelionate

¹ Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Criminologia pela Faculdade de Administração, Ciências e Educação. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes.

² Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Especialista em Direito Penal pela Faculdade da Grande Fortaleza. Bacharel em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

1. Introdução

O objetivo geral de investigação da pesquisa é analisar de que forma a alteração legislativa impactou nos processos em curso do crime de estelionato, bem como se será aplicada a retroatividade em benefício dos investigados e réus.

A escolha do tema é devido a novidade legislativa oriunda do conhecido pacote anticrime, a qual trouxe a discussão acerca da propositura da ação penal no crime de estelionato, que até a entrada em vigor da lei era de iniciativa pública incondicionada, porém se transformou em pública condicionada à representação da vítima, salvo as exceções contidas na própria norma.

Objetiva-se analisar os impactos nos processos no que se refere a retroatividade penal, uma vez que existem casos, sem julgamento, em que foram iniciadas as ações penais pelo Ministério Público, devido ao caráter de incondicionalidade do momento anterior. Mas também, existem investigações policiais, em andamento, por fatos ocorridos antes da vigência da lei, as quais necessitam de representação, atualmente, para instauração do inquérito policial e demais diligências, que anteriormente foram iniciadas de ofício pela autoridade policial, devido à exigência legislativa em vigor à época.

Percebe-se que a vítima do delito de estelionato tornou-se a responsável por manifestar se a conduta praticada pelo autor carece de persecução penal, de acordo com a afetação que o fato provocou na vida dela. Ou mesmo evitar a propositura da ação penal com o escopo de não se submeter ao constrangimento de reviver a situação e a exposição pessoal de ser identificada como vítima de um golpe.

Todavia, a legislação trouxe exceções nas situações em que figuram como sujeitos passivos determinados, para tais a ação penal continuará a ser de iniciativa pública incondicionada. No caso de idosos com mais de 70 anos, crianças ou adolescentes, administração pública direta ou indireta, pessoa com deficiência mental, bem como os incapazes, caberia ao Ministério Público propor a ação penal.

A discussão que se iniciou devido a retroatividade da lei penal mais benéfica, tendo em vista que muitos dos processos, em curso, poderiam ser arquivados, caso a vítima não manifestasse interesse no prosseguimento. Opiniões diversas, acerca do momento em que se realizaria a retroação da representação acarretaram divergências.

Tanto o Supremo Tribunal Federal, STF, quanto o Superior Tribunal de Justiça, STJ, já se manifestaram, em sede de habeas corpus, destaca-se a origem da divergência no Judiciário em que duas Turmas do STJ se divergiram na decisão quanto à retroatividade da lei penal, uma

entende que somente seria possível antes do oferecimento da denúncia como critério de procedibilidade, já a outra como critério de prosseguibilidade para garantir a norma mais benéfica, mesmo após o oferecimento da denúncia. No caso, o STF manifestou, por meio de uma Turma, no sentido de que a denúncia oferecida antes da lei, entrar em vigor, não poderia retroagir a representação, somente para casos na fase policial. Entretanto, serão analisados novos julgados dos Tribunais Superiores atuais referentes ao tema para que seja possível a reflexão acerca da divergência que a alteração legislativa ocasionou.

No contexto apresentado foi delimitado o objeto da pesquisa: a representação, prevista no § 5º do art. 171 do Código Penal, deve ser adotada como critério de prosseguibilidade nos processos em curso?

A reformulação pontual do Código Penal gerou incerteza na aplicação da norma aos processos, devido à omissão do legislador em disciplinar regras de transição, razão pela qual a importância do estudo para fomentar a discussão em prol da pacificação do tema.

2. Breves considerações acerca da retroatividade da lei penal mais benéfica assegurada constitucionalmente

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 - considera a retroatividade da lei penal mais benéfica como direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (BRASIL, 1988). Com isso, toda norma posterior mais favorável ao réu deve ser aplicada, mesmo que o processo esteja transitado em julgado, tendo em vista que na fase de execução penal podem ocorrer benefícios que a lei anterior não contemplava. Da mesma forma garante ao réu não ser prejudicado, caso uma lei mais gravosa seja sancionada antes do encerramento do processo, em que prevalecerá a mais benéfica. Pode-se citar, como exemplo, a lei penal no tempo do crime.

O Código Penal de 1940 - CP - trata da retroatividade no art. 2º, parágrafo único: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (BRASIL, 1940). O que demonstra que o dispositivo foi recepcionado pela CRFB/88, mas também integrou o texto constitucional como direito e garantia individual não tendo possibilidade de abolição por emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea pertencente ao art. 60 §4º, IV da CRFB/88, em que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição que tendente a abolir os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Segundo GRECO (2017), a retroatividade é a possibilidade de retroação da lei no tempo para regular fatos ocorridos anteriormente a sua entrada em vigor para beneficiar o réu. Infere-se, nas palavras do autor, que é importante ter assegurado o princípio da retroatividade como direito fundamental para assegurar aos cidadãos a plenitude de um julgamento de acordo com os anseios de justiça que o legislador apresentou, por meio de uma atualização normativa compatível com os tempos atuais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos ao tratar dos direitos civis, sendo aqueles que envolvem a liberdade, considerados como direitos de primeira dimensão, no art. 10 reza que: “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos ou deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (Assembleia Geral da ONU, 1948). A igualdade submete-se a ideia de que pela mesma prática delituosa um indivíduo não pode ser julgado de maneira diversa ao outro, de modo prejudicial, tendo como base o princípio da irretroatividade da lei penal, sempre que norma mais benéfica for aprovada é de se ter uma justa apreciação por parte dos tribunais.

3. Da ação penal do crime de estelionato em face da Lei nº 13.964/2019

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, entrou em vigor a partir de 23 de janeiro de 2020, com reformas pontuais a legislação penal e processual penal, entretanto, o legislador omitiu-se em estabelecer norma de transição para determinadas alterações (BRASIL, 2019).

Cita-se, como exemplo, o crime de estelionato, em que foi incluído no art. 171, § 5º do CP: “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; IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz” (BRASIL, 1940).

Observa-se que houve a modificação da ação penal no crime de estelionato, em que, anteriormente, era de iniciativa pública incondicionada e, atualmente, essa se tornou condicionada à representação da vítima, exceção para os sujeitos passivos elencados no rol taxativo. Ao incluir que o delito de estelionato se procede mediante representação, vislumbrou-se pelo princípio da irretroatividade da lei penal que existe um possível benefício ao réu, uma vez que a vítima precisa manifestar o interesse em prosseguir com o feito e, caso não se manifeste ou opte por não representar os autos seriam em tese arquivados e, automaticamente, extinta a punibilidade do indivíduo denunciado ou investigado pela prática do delito.

Ao transferir o interesse de agir do Ministério Público para a vítima surgiu a celeuma referente aos casos em andamento, nos quais a denúncia já tenha sido oferecida sem a representação da vítima, devido à lei, em vigor no momento do oferecimento da denúncia, disciplinar a ação penal como de iniciativa pública incondicionada, tais casos poderiam obstar o andamento processual até que houvesse uma manifestação retroativa da vítima, como critério de prosseguibilidade, ou seja, condição para que o processo prossiga. Diferentemente da procedibilidade que é a condição para iniciar o processo, que é adotada pós-vigência da nova norma, em que a representação da vítima é um critério de procedibilidade para iniciar a ação penal do delito de estelionato.

Embora o direito fundamental de retroatividade da lei penal mais benéfica esteja presente, estaria em colisão com outro da mesma natureza que seria o ato jurídico perfeito, previsto no art. 5º, inciso XXXVI, da CRFB/88, que por ora manifesta o princípio da segurança jurídica, ou seja, a denúncia oferecida dentro das formalidades legais por órgão competente.

Segundo definição doutrinária, o ato jurídico perfeito:

é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários à sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova (MORAES, 2012, p. 89 apud BASTOS, 1994, p. 43).

O ato jurídico perfeito deve garantir a segurança jurídica, no entanto, o beneficiário da alteração seria o réu, nesse caso o interesse de punir estatal confronta com o direito individual do cidadão em ser beneficiado com uma norma penal que possa lhe favorecer.

A resolução da colisão de princípios através do sopesamento:

o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto: se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, tem, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade, e, com isso, o direito fundamental do acusado. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios (ALEXY, 2017, p. 95).

Com base nos ensinamentos de ALEXY (2017), percebe-se que ao sopesar o princípio da segurança jurídica com o da irretroatividade penal existe um interesse maior para com os direitos fundamentais do cidadão, tendo em vista que a nova lei promove uma situação mais favorável aos indivíduos que cometerem o delito de estelionato na vigência atual, porque dependem do interesse da vítima em representar.

Com isso, o Estado não poderia suscitar um direito fundamental que contrariasse o do cidadão, de acordo com a proporcionalidade e com os preceitos democráticos e das garantias

individuais. O direito de punir por parte do Estado continuará em pauta, desde que em conformidade com a nova lei, no caso específico com a representação da vítima.

Ressalta-se que a denúncia com obediência às formalidades legais é considerada um ato jurídico perfeito, contudo, com a entrada em vigor da nova norma que exige a representação da vítima, tal ato se tornou questionável, por se encontrar em conflito com a lei em vigor, porque o interesse de agir deixa de pertencer ao órgão acusador.

A omissão do legislador em estabelecer uma regra de transição específica para os processos de estelionato, em curso, possibilita a analogia com a Lei nº 9.099/95, que dispõe dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em que inovou, à época, com a necessidade de representação para o delito de lesão corporal leve e culposa.

Todavia, tal norma apresentou a regra no art. 91: “Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência” (BRASIL, 1995).

Conquanto o fato de intimar a vítima para consultá-la sobre o interesse de representar para prosseguimento do processo, em andamento, dentro do prazo de trinta dias seria por analogia aceitável. Entretanto, o prazo legal de representação para os delitos que assim necessitam é de seis meses da data que a vítima tomou conhecimento da autoria, conforme art. 38 do Código de Processo Penal de 1941- CPP (BRASIL, 1941).

A analogia com o art. 91 da Lei nº 9.099/95 não seria prejudicial, porque o prazo de trinta dias seria uma disposição em contrário contida em lei especial (BRASIL, 1995). Vale ressaltar que o próprio CPP estabeleceu o prazo de seis meses como regra para o direito de representação, desde que não houvesse disposição em contrário (BRASIL, 1941).

O Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Ministérios Públicos dos Estados e da União aprovou o Enunciado 04: “nas investigações e processos em curso, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência” (CNPG, 2020).

O Enunciado demonstra que o Ministério Público fez analogia ao art. 91 da Lei nº 9.099/95, com a necessidade de a vítima representar no prazo de 30 dias, após intimação.

Constata-se, no Enunciado, que a prosseguibilidade é um critério adotado para a representação, pois, do contrário, ocorrerá a decadência e, consequentemente, a extinção da punibilidade, nos termos do art. 38 do CPP (BRASIL, 1941) e dos arts. 103 e 107, IV, do Código Penal – CP (BRASIL, 1940). O que ocasionará o arquivamento dos autos, por

causa da impossibilidade de prosseguimento do feito sem anuência da vítima ou de quem a represente, de acordo com as hipóteses legais.

Por sua vez, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais manifestou, através do Enunciado 6:

O artigo 171, § 5º, do CP, por possuir reflexos de natureza penal, aplica-se aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, operando-se a decadência na hipótese de ação penal ter se iniciado sem a manifestação da vítima e já houver transcorrido o prazo de seis meses contados da data em que o ofendido tomou conhecimento da autoria (CONJUR, 2020).

A mera exigência de uma representação em uma época que não havia tal possibilidade, sob pena de decadência de um direito que nem sequer foi disponibilizado à vítima, com a consequente extinção da punibilidade do acusado é algo inaceitável.

Além disso, possibilitaria a impunidade dos delitos praticados, bem como o sentimento de injustiça às vítimas por um ato impossível de ser exigido. O Enunciado vai de encontro as demais discussões em andamento, uma vez que não se manifestou acerca do direito de representação da vítima, porque a preocupação foi tão somente em beneficiar os réus, como se tivesse ocorrido a abolitio criminis, o que não procede, devido à continuidade de existência do tipo penal, todavia com a modificação da modalidade da ação penal.

4. Posicionamentos dos Tribunais Superiores e entendimentos doutrinários

No dia 09/06/2020, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do Habeas Corpus nº 573.853/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e por unanimidade dos demais ministros não conheceu o Habeas Corpus sob o argumento que a retroação da representação só seria cabível nas apurações em fase de inquérito policial, pois a representação seria um critério de procedibilidade e, não de prosseguibilidade (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 573.853/SC).

Já no dia 04/08/2020, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus 583.837/SC, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior e por unanimidade concedeu parcialmente a ordem do Habeas Corpus, com a argumentação de que a representação deveria retroagir para garantia do direito fundamental da retroatividade mais benéfica, por meio da analogia ao art. 91 da Lei nº 9.099/95, em que a vítima deveria ser intimada no prazo de 30 dias para manifestar o interesse de prosseguir com a ação penal, independente do oferecimento ou não de denúncia (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 583.837/SC).

A 1ª turma do Supremo Tribunal Federal, no dia 13/10/2020, através do relator Ministro Alexandre de Moraes, por unanimidade, denegou a ordem do Habeas Corpus 187.341, e entendeu não cabível a retroatividade nos casos em que o Ministério Público já tiver oferecido a denúncia, pelo fato de que na ocasião era um delito de ação penal pública incondicionada. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 187.341/SP).

Diante das primeiras decisões das respectivas Turmas dos Tribunais Superiores, constatou-se que a 1ª Turma do STF teve entendimento semelhante à 5ª Turma do STJ, no qual a retroação da representação estaria limitada à fase policial, anterior ao oferecimento da denúncia. Já a 6ª Turma do STJ manifestou-se pela retroação da representação, mesmo após o oferecimento da denúncia, não se limitando apenas a fase policial. É um tema que precisa ser pacificado, porque existem processos em curso no país e não se pode admitir a desigualdade nos julgamentos de mesmos tipos penais sob pena de infringir normas internacionais de Direitos Humanos, das quais o Brasil é signatário. Uma delas é o Pacto de São José da Costa Rica trata sobre o princípio da legalidade e da retroatividade no art. 9º:

Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

Se a mera possibilidade da lei estipular uma pena mais branda já é suficiente para retroação, no caso da representação no crime de estelionato poderia extinguir a punibilidade pela ausência do interesse de agir por parte da vítima, sem dúvida é uma possibilidade de ocorrência de um benefício favorável ao réu, porém constatável apenas se for dada a oportunidade para a vítima manifestar o interesse no prosseguimento ou não da ação.

Observa-se que na atualização legislativa, em questão, a garantia constitucional da retroatividade mais benéfica ao réu está condicionada a tornar a representação como um critério de prosseguibilidade, mesmo que temporariamente, enquanto houver processos em curso que necessitam da representação, posteriormente essa continuará como condição de procedibilidade, apenas. São situações motivadas pelas reformas pontuais das leis, em que a alteração inserida em uma norma material provoca modificações na lei processual, devido ao caráter misto.

Em continuação ao estudo das decisões proferidas, no dia 15/12/2020 a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do Julgamento do Habeas Corpus de

nº195384/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski denegou a ordem de Habeas Corpus, que tinha por autoridade coatora a 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça que proferira acórdão negando provimento ao Agravo Regimental no HC 627.820/SP, que havia negado sob o argumento de que era de 2017 e já havia denúncia oferecida, inclusive anterior a vigência da lei, o que contrariava o entendimento da própria 5ª turma de que não retroagiria para os casos de já oferecimento de denúncia. Enfatizou o relator do STF, inclusive que a decisão do STJ se alinhava perfeitamente com a Jurisprudência do próprio STF no sentido que seria inaplicável a retroatividade do artigo 171, § 5º do Código Penal, às hipóteses em que o Ministério Público tivesse oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. Sob a argumento de que no momento de oferecimento da denúncia a norma definia a ação como de iniciativa pública incondicionada, e nenhuma condição de procedibilidade era exigível na norma processual. Ainda, foi citado o voto do Ministro Alexandre de Moraes no HC 187.341/SP no mesmo sentido (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 195.384/SP).

No dia 18/12/2020 o Supremo Tribunal Federal se manifestou-se no HC 195.061, de relatoria da Ministra Rosa Weber, cuja discussão se daria em torno do objeto da Ação AREsp 1.593.458/SP, em embargos de declaração pela inexistência de omissão e inexistência de retroatividade da Lei nº 13.964/2019, ratificou nesse caso que a retroatividade atingiria tão somente casos anteriores à entrada em vigor da Lei, desde que não houvesse o oferecimento da denúncia (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC nº 195.061/SP).

No dia 24/03/2021 a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça se manifestou no HC 610.201. De relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, que se tornara um Informativo, resultou em indeferimento do HC e Inviolabilidade da Retroatividade, entendeu desaconselhável a retroatividade por dois motivos, quais sejam:

Um seria o fato de que os Tribunais Superiores funcionam na estrutura do Judiciário estabelecendo diretrizes aos demais órgãos Jurisdicionais e o outro que o próprio STF já havia se manifestado por ambas as turmas no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no crime tipificado no art. 171 do Código Penal.

Do ponto de vista Material ter-se-ia a irretroatividade do art. 171, §5º do Código Penal, uma vez que o legislador previu tão somente a condição de procedibilidade, permanecendo silente quanto à condição de prosseguibilidade. Frisou ainda a Segurança Jurídica e o Ato Jurídico Perfeito, vide art. 25 do Código de Processo Penal. Dizendo prevalecer tanto no Superior Tribunal de Justiça como Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a representação, nos delitos de ação penal pública condicionada dispensa formalidades, sendo

necessário tão somente a demonstração inequívoca da vítima com interesse na persecução penal. Razão pela qual restara indeferido o Writ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC nº 610.201/SP).

No dia 28/05/2021 o STF, pelo relator Ministro Roberto Barroso, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus, RHC nº: 0067300-87.2021.3.00.0000/SC interposto contra acórdão unânime da 5ª Turma do STJ, no qual buscava a defesa em Agravo regimental do HC originário, a retroatividade da representação, bem como o oferecimento de acordo de não persecução penal em fase recursal, razão pela qual, o qual dizia a defesa não ter sido analisado quando da apelação, e por conseguinte um óbice aos embargos de declaração ao tempo. O entendimento foi no sentido de que inexistiu o constrangimento ilegal alegado, sendo portanto, supressão de instância o referido Recurso em sede de Habeas Corpus e fundamentou no entendimento da sexta turma pela Ministra Laurita Vaz de que somente seria possível se houvesse o constrangimento ilegal, via embargos de declaração ou agravo regimental, o que não se amoldava ao caso (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC nº: 0067300-87.2021.3.00.0000/SC).

Quando parecia ter havido um consenso quanto a matéria, temos uma inovação trazida no dia 22/06/2021 o STF, pelo relator, Edson Fachin no Julgamento de um agravo regimental do contrariando os precedentes, decidiu o que após daria origem ao informativo 1023/2021, cujo trecho merece destaque:

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 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Informativo de nº: 1023/2021 em AGR/SP).

Na ocasião a Segunda Turma negou provimento ao agravo regimental, mas acabara concedendo de ofício o habeas corpus, para trancar a ação penal, com a aplicação retroativa, até o trânsito em julgado, merece destaque, uma vez que contraria o entendimento da Primeira Turma do mesmo Órgão, de outubro de 2020, citada anteriormente neste mesmo artigo

No dia 29/06/2021 o STF, pelo relator, Ministro Dias Toffoli, da Primeira Turma do STF, no julgamento de agravo que não admitira recurso extraordinário interposto contra acórdão da 5ª turma do STJ, a defesa baseava-se em dizer que a vítima teria tido ato incompatível com a representação, qual seja um acordo com o réu, em que pese o argumento defensivo, seu julgamento não fora provido o recurso, decidindo pela inocorrência de retroatividade ao caso em questão, e ainda que acordo realizado pelas partes até poderia ter efeitos benéficos ao réu, contudo não teria o condão de uma absolvição, sendo tido tão somente

como uma atenuante genérica, pela tese de arrependimento posterior, já que no caso já havia a denúncia do Membro do Ministério Público (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo em Recurso Extraordinário de nº: 2157150-15.2020.8.26.0000 /SP).

No dia 12/08/2021 o STF negara provimento ao Recurso em Habeas Corpus, pelo relator, Ministro Roberto Barroso no RHC 205.070, no qual o recurso fora interposto contra decisão unânime da 6ª turma do STJ, ocasião em que o Ministro chegou a dizer que o tema estaria, inclusive pacificado pelo STF, no sentido de que após o oferecimento da denúncia não mais que se falar em retroatividade da Lei nº 13.964/2019, citando como fundamento ainda, que, a Terceira Seção do STF em sede do julgamento do HC 610.201/SP pacificara o entendimento de que a norma que instituíra a condição de procedibilidade no art .171 do CP, não retroagiria aos casos em que já fora oferecida denúncia (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RHC nº 205.070/SC).

A doutrina, por sua vez apresenta algumas considerações a serem analisados sobre a retroatividade ou não da representação nos delitos de estelionato perante a alteração legislativa.

Portanto, o caminho ideal seria haver a retroatividade para se avaliar, nos casos de processos ainda em andamento, se a vítima quer mesmo processar, o acusado por estelionato. não precisa formal, constando em termo específico. É verdade que a vontade do ofendido quanto a representar, para que haja persecução penal, não precisa ser formal, constando em termo específico (NUCCI, 2021, p. 691).

NUCCI (2021) defendeu que a vontade do ofendido em representar não precisaria se dar de modo formal, por termo específico, podendo se dar em registro policial ou em fase policial. Frisando que, se não colhida a representação, ressalvadas as exceções (o sujeito passivo for a Administração Pública, direta ou indireta, crianças ou adolescentes, pessoa com deficiência mental, maiores de 70 (setenta) anos de idade ou incapazes), para todas as demais, deveria se colher referida representação no curso do processo, enquanto não transitado em julgado.

Mesmo após dizer seu posicionamento, NUCCI (2021) mencionou que a tendência dos Tribunais Superiores, seriam de não permitir a retroatividade, sobre a condição de procedibilidade se já houver sido recebida a denúncia, ocasião em que estaria consumado o ato e resultaria na dispensa, por conseguinte, a consulta à vítima.

Contudo, os Tribunais Superiores foram além, do que o autor chamou de tendência e restringiram ainda mais o benefício dos réus, vez que, não exigem a denúncia recebida, mas tão somente o seu oferecimento.

LIMA (2020) entende que a lei nº 13.964/19 transformou em crimes de ação penal pública condicionada à representação, vide art. (CP, art. 171, §5º).

Ao transformar o delito de estelionato em crime de ação penal pública condicionada à representação, pelo menos em regra, o Pacote Anticrime assume nítida natureza penal, já que cria, em favor do acusado, nova causa extintiva da punibilidade: a decadência, pelo não exercício do direito de representação no prazo legal de 6 (seis) meses (CPP, art. 38, c/c art. 107, inciso IV, do CP). (LIMA, 2020, p. 73).

Diante disso, LIMA (2020) entende que, para os crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 para crimes que não foram oferecidas denúncias, deveria então intimar a vítima a representar ou não, pois a atuação do MP dependeria da representação, e que o termo decadencial seria a partir da cientificação da vítima, quanto à necessidade de representação, no prazo de 6 (seis) meses. Já para os crimes anteriores à entrada em vigor da Lei, e que estejam com processos em andamento ele entende que o silêncio da Lei quanto à representação como condição de prosseguibilidade, ao contrário do que fez a Lei nº 9.099/95, nos crimes de lesão corporal leve e culposa, não serve de empecilho para incidência do novo regramento, vez que por ter natureza penal já basta para criar uma causa de extinção de punibilidade, qual seja a decadência, pelo não exercício do direito de representação no prazo de 6 (seis) meses. Para LIMA (2020), o prazo de 30 (trinta) dias só seria válido, subsidiariamente, se o CP em seu artigo.103 e o CPP em seu art. 38 não tratassem da matéria expressamente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.964/19, ao incluir o § 5º no art. 171 do Código Penal, promoveu a modificação da modalidade da ação penal pública de incondicionada para condicionada à representação da vítima ou de quem a representar, com a manutenção da incondicionalidade para determinados sujeitos passivos. Com isso, vislumbrou-se a possibilidade de uma norma penal mais benéfica aos réus, nos processos em curso, tendo em vista que a representação da vítima se tornou necessária para continuidade dos atos processuais. A adoção do direito fundamental à retroatividade penal é necessária para comprovar se existe interesse da vítima em prosseguir com a ação penal. Caso não haja, o réu será beneficiado com a extinção da punibilidade.

Entretanto, o legislador se omitiu em não apresentar uma regra de transição para os processos em andamento, o que ocasionou uma celeuma no âmbito jurídico. Contudo, a Lei nº 9.099/95 promoveu uma alteração similar, transformou em ação penal pública condicionada à representação os delitos de lesão corporal leve e culposa. Todavia, no art. 91, da Lei nº 9.099/95

uma regra de transição foi definida, a qual determinou a intimação das vítimas, desses delitos, para se manifestarem no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

A ausência de uma posição pacificada dos Tribunais Superiores tem possibilitado interpretações diversas quanto a retroação da representação, por isso é preciso que o tema apresente, o quanto antes, uma uniformização das decisões no país. Além disso, percebe-se que embora a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal e a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça terem se manifestado contrários à retroatividade para oferecimento da representação após o oferecimento da denúncia, o Ministério Público que é o titular da ação penal e o legitimado para oferecer a denúncia, por meio do Enunciado 04 se mostrou favorável a intimação da vítima para representar, mesmo já tendo a denúncia sido ofertada.

O recente informativo do Supremo Tribunal Federal de nº 1023/2021, trouxe uma possibilidade, até então desconhecida e muito atrativa para réus e condenados, além dos que militam no âmbito da advocacia criminal, com a possibilidade de se retroagir, inclusive para casos de condenação penal, tendo como limite tão somente o trânsito em julgado e não mais o oferecimento da denúncia, como os anteriores julgados acerca do tema em discussão. Longe de encerrar a discussão, no entanto já que mesmo após esse julgado e informativo, o mesmo órgão de Cúpula decidiu em sentido distinto.

O entendimento divergente da Primeira Turma do STF, poucos dias após o entendimento e Informativo oriundos da Segunda Turma do mesmo órgão, mostra a dificuldade e relevância do Tema que se mostra ainda sem uniformidade, no mesmo órgão de cúpula, inclusive e que servem de parâmetros para os demais órgãos, ou seja temos que a discussão ainda irá perdurar, e provavelmente ainda teremos julgados nos dois sentidos, caberá então à doutrina tentar elucidar o melhor caminho a se seguir, em que pese a doutrina não ter encarado ainda com grande afinco a discussão que merece ser amplamente explorada afim de dar condições e embasamento, até mesmo ao Judiciário em sua mister função e dizer o direito, quanto ao assunto contemporâneo que é a referida Legislação em comento.

A garantia dos direitos fundamentais tanto dos acusados quanto das vítimas seria materializada com a consulta à vítima da vontade de prosseguir com o processo, mediante a representação. Conforme, não há um entendimento doutrinário nem jurisprudencial que possa dirimir as controvérsias torna-se preponderante que as garantias constitucionais sejam observadas com a finalidade de se proporcionar o devido processo legal, mediante o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Espera-se que a postura adequada diante da omissão legislativa que deixou de criar regra de transição para os diversos processos do crime de estelionato, em curso nas várias comarcas

pelo país, é que seja realizada a analogia com o art. 91 da Lei nº 9.099/95, através da intimação das vítimas ou de quem as represente para manifestarem no prazo de 30 dias sobre a continuidade da ação penal, mesmo com as denúncias oferecidas, mas também na fase policial para que possam manifestar pelo prosseguimento do inquérito policial.

Em virtude da garantia do direito fundamental a retroatividade penal mais benéfica é salutar que o instituto da representação seja transitoriamente adotado como critério de prosseguibilidade nas ações em andamento, conquanto não perderá o critério de procedibilidade nos delitos praticados após a vigência da lei. As atualizações pontuais das leis são necessárias para adequação dos clamores sociais, entretanto é preciso ter uma preocupação legislativa com os reflexos que as lacunas podem promover na aplicação jurídica, tendo em vista determinadas omissões no texto legal são capazes de tornar a norma contrária a vontade do legislador, através da interpretação que se submete e provocar um efeito contrário ao ansiado.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1940. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1941. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 1995. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2019. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 195.061. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345333950&ext=.pdf> . Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 195.384. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345284646&ext=.pdf> . Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 573.093. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=202000865090&dt_publicacao=18/06/2020 . Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 583.837. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=202001217428&dt_publicacao=12/08/2020 . Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 610.201. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002258545&dt_publicacao=08/04/2021 . Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ARE 2157150-15.2020.8.26.0000 /SP). Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1240486620/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1331411-sp-2157150-1520208260000> . Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 187.341. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5941337> . Acesso em: 29 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RHC 205.070. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1265117860/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-205070-sc-0198949-1520203000000/inteiro-teor-1265117902> . Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RHC nº: 0067300-87.2021.3.00.0000/SC. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220157117/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-202245-sc-0067300-8720213000000/inteiro-teor-1220157118> . Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. INFORMATIVO nº: 1023/2021 em AGR/SP. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/> . Acesso em: 09 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário de nº: 2157150-15.2020.8.26.0000 /SP. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1240486620/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1331411-sp-2157150-1520208260000> . Acesso em: 09 set. 2021.

CNPG. Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019. Disponível em: https://cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf . Acesso em: 29 ago. 2021.

CONJUR. **Enunciados da Defensoria Pública de Minas Gerais**. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-20/leia-enunciados-defensoria-mg-lei-anticrime>. Acesso em: 29 ago. 2021.

COSTA RICA. **Pacto de São José da Costa Rica**. San José da Costa Rica: Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <http://dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeasjose.htm>. Acesso em: 08 set. 2021.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 19 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº13.964/19- Artigo por Artigo**. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: Assembleia Geral da ONU, 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/index.php/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 set. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.