



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÕES  
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA  
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO  
TRABALHO DE CURSO II

**(IR)RETROATIVIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO NO CRIME DE  
ESTELIONATO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.964/2019.**

ORIENTANDO: KLEUBER FERREIRA FILHO  
ORIENTADOR: PROF.º DR. ARI FERREIRA DE QUEIROZ

GOIÂNIA  
2022

KLEUBER FERREIRA FILHO

**(IR)RETROATIVIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO NO CRIME DE  
ESTELIONATO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.964/2019.**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicações, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof.º Orientador: Dr. Ari Ferreira de Queiroz.

GOIÂNIA

2022

KLEUBER FERREIRA FILHO

**(IR)RETROATIVIDADE DA REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO NO CRIME DE  
ESTELIONATO APÓS A VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.964/2019.**

Data da Defesa: \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Orientador: Prof. Titulação e Nome Completo

Nota

---

Examinador Convidado: Prof. Titulação e Nome Completo

Nota

*Minha querida avó paterna Maria de Lourdes da Silva (in memoriam), uma das grandes responsáveis por minha criação, pilar fundamental de minha vida, e que foi morar no Reino dos Céus no ano de 2021, nada disso seria possível sem o seu vigoroso amor. Fique em paz.*

*Reservo meus agradecimentos a Deus, por me capacitar durante toda a minha vida acadêmica, e ao meu Pai, Kleuber Ferreira, que nunca mediu esforços para que eu realizasse meus sonhos.*

## SUMÁRIO

RESUMO.....	2
PALAVRAS-CHAVE.....	2
INTRODUÇÃO .....	2
1. MODIFICAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTELIONATO.....	3
1.1. Pacote anticrime: “privatização” do direito penal .....	4
1.2. Natureza da <i>novatio legis</i> .....	5
1.3. Lei penal mais benéfica: a regra de direito intertemporal.....	6
2. PRINCIPAIS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE .....	9
2.1. Denúncia oferecida: ato jurídico perfeito .....	9
2.2. Ausência de autorização legislativa para “condição de prosseguibilidade” .....	11
3. PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE .....	13
3.1. Lei processual híbrida.....	13
3.2. Ponderação de direitos fundamentais liberais: retroatividade da lei penal mais benéfica x ato jurídico perfeito .....	15
3.3. Prazo para a vítima oferecer a representação.....	17
CONCLUSÃO .....	18
REFERÊNCIAS.....	19

**RESUMO:** A Lei n.º 13.964/2019 inseriu diversas modificações penais e processuais penais no ordenamento jurídico pátrio. Sem olvidar da conjugação de dois projetos de naturezas distintas, quais sejam, o “Projeto Moro” e o “Projeto Moraes”, a nova legislação alterou a ação penal para a persecução do crime de Estelionato. A partir de sua vigência, tornou-se imprescindível, como regra, a representação do ofendido para tanto. A par da alteração legislativa, surgiu uma calorosa celeuma jurídica: A *novatio legis* deverá retroagir ou a denúncia ofertada assume as vestes de “ato jurídico perfeito”? Dentre outros argumentos técnicos e coerentes, serão expostos nas linhas vindouras os principais posicionamentos doutrinários e pretorianos, bem como, ao final, exteriorizada uma conclusão à risca da boa técnica processual penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pacote. Anticrime. Estelionato. Retroatividade. Irretroatividade.

## INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei n.º 13.964/19, grifada pelo Congresso Nacional com a alcunha de “Pacote Anticrime”, o legislador ordinário modificou a regra da natureza da ação penal no crime de estelionato, infração penal disposta no artigo 171 do Código Penal, transmudando-se para a ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Esta modificação deu gênese a problemática da (ir)retroatividade da representação do ofendido no delito de estelionato após a vigência da referida legislação, haja vista a presença de norma processual híbrida e a necessária ponderação entre direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, em especial, a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu em confronto com o ato jurídico perfeito.

Assim sendo, tanto a doutrina especializada, quanto os diversos pretórios nacionais, debruçaram-se sobre a problemática, na qual divergiram demasiados posicionamentos.

Não obstante o imbróglio, no mês de março do último ano findo sobreveio a

fixação não vinculante pelo Superior Tribunal de Justiça do termo final para tal retroatividade nos crimes de estelionato cometidos antes da vigência do “Pacote Anticrime”, cujos processos criminais já estivessem com a denúncia oferecida, o que deságua na instabilidade à dogmática criminal, bem como fere de morte a regra de direito penal intertemporal previsto na Carta Magna.

Portanto, nada mais atual e prático que a captação dos entendimentos pretorianos e doutrinários acerca da referida retroatividade, bem como uma conclusão à risca do ordenamento jurídico pátrio, com o fito de assegurar a segurança jurídica na seara criminal.

## **1 MODIFICAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL NO CRIME DE ESTELIONATO**

O Código Repressivo tipificou o delito de estelionato por meio de conhecida redação esculpida no seu artigo 171, *caput, verbis*:

*Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.*

Em suma, trata-se de infração penal regida pela binômio vantagem ilícita/prejuízo alheio que visa coibir práticas intrínsecas nas relações sociais desde seus primórdios. Ora, deflagrada as conexões interpessoais, principalmente as de natureza financeira, o homem sempre lançou mão da fraude para dissimular seu verdadeiro objetivo. Assim procedeu Jacó, induzindo seu pai Isaque em erro, conforme exemplo explicitado pela Bíblia Sagrada.<sup>1</sup>

Diante disso, devido os parâmetros de política-criminal que sempre vigeram no Brasil, alçando posição de destaque aos delitos que protegem o patrimônio, o crime de estelionato fora positivado sendo perseguido por ação penal pública incondicionada, salvo as hipóteses de escusas absolutórias (v.g. artigo 182, do Código Penal).

Entrementes, com a retomada do prestígio da vítima no processo penal-constitucional, o legislador ordinário se viu munido de aparatos e fundamentação de

---

<sup>1</sup> BÍBLIA SAGRADA. *Gênesis*, Capítulo 27, versículos 27-29.

política-criminal moderna para alterar a regra da natureza da ação penal no crime em comento.

Assim sendo, a Lei n.º 13.964/2019 incluiu o parágrafo 5º no artigo 171 do Código Penal, para disciplinar a ação penal do delito de estelionato, *verbis*:

*§5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) 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.*

Portanto, não restam dúvidas da modificação da natureza da ação penal no crime de estelionato, sendo imprescindível a representação do ofendido para deflagrar a *persecutio criminis*, salvo as exceções contidas nos incisos do texto legal, em uma clara “privatização” do direito criminal.

### **1.1. Pacote anticrime: “privatização” do direito penal**

Findada a Segunda Guerra Mundial, com a emersão das atrocidades da Alemanha nazista, fora dispensado um novo prestígio à vítima na dogmática criminal, surgindo, por exemplo, o termo “vitimologia”, usado pela primeira vez por Benjamin Mendelson, em 1947.<sup>2</sup>

Com esta nova *mens legis*, há de citar a criação de inúmeros institutos penais e processuais penais que foram originados mais sob o enfoque do interesse da vítima. A partir destas concepções, a vontade da vítima é levada em consideração, surgindo como uma força capaz de influenciar o Estado de apurar fatos ilícitos, antijurídicos e culpáveis, bem como de aplicar sanção que vise reparar e ressocializar o infrator.

Ora, o direito de apurar e punir ilícitos criminais ficam nas mãos das vítimas nos crimes de ação penal privada, haja vista que o não oferecimento da queixa-crime no prazo decadencial, obsta a instrumentalização da pretensão punitiva.

Ademais, o não oferecimento da representação do ofendido, clara condição de procedibilidade da ação penal, impede o Estado de efetivar seu papel sancionador

---

<sup>2</sup> GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. p. 535. Niterói: Impetus. 2020.

face o cometimento de delitos.

Não menos importante, a própria criação dos Juizados Especiais Criminais, positivados pela Lei nº 9.099/95, grifa que seus objetivos serão, *sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.*

Ao explicar o hodierno aparato da dogmática criminal, discorre o professor Rogério Greco<sup>3</sup>:

*Vemos, assim, que a vítima, esquecida que foi durante décadas, começa a retomar posição de proeminência, sendo seus interesses priorizados pelo Estado. Essa influência da vítima no direito e no processo penal fez com que alguns autores cunhassem a expressão privatização do direito penal, entendendo-a como uma outra via de reação do Estado.*

Portanto, é clarividente a presença do fenômeno da “privatização do direito penal” na nova *mens legis* dispensada ao crime de estelionato, sendo insofismável a análise detida acerca da natureza da *novatio legis*, a fim de delimitação das consequências jurídicas processuais e materiais ao caso concreto.

## **1.2. Natureza da *novatio legis***

Face as esmagadoras alterações legislativas observadas no ordenamento jurídico pátrio, sempre foi objeto de estudo pela doutrina criminal a natureza da *novatio legis*, a fim de se aplicar as regras de direito intertemporal às disposições legais materiais ou estritamente processuais.

Ora, no âmbito do direito material, o tema não apresenta controvérsias, por força do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal. Assim, se for para beneficiar o réu, a lei penal deverá retroagir, vigendo o princípio da retroatividade ou, a depender do caso, o princípio da irretroatividade e ultratividade.

Porém, raciocínio diverso é aplicado ao processo penal. Nesta disciplina autônoma, fora consagrado o princípio da aplicabilidade imediata ou, como preferem,

---

<sup>3</sup> GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral (Volume 1)*. p. 13. Niterói: Impetus. 2021.

o *tempus regit actum*, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Penal.

Ocorre que há certas alterações legislativas que embora se insiram no âmbito do direito processual, dialogam claramente com normas materiais. Assim, coube a doutrina fazer sua diferenciação. Vejamos os ensinamentos do doutrinador Renato Brasileiro de Lima<sup>4</sup>:

*Apesar de o art. 2º do CPP não estabelecer qualquer distinção entre as normas processuais, doutrina e jurisprudência têm trabalho crescentemente com uma subdivisão dessas regras: a) **normas genuinamente processuais**: são aquelas que cuidam de procedimentos, atos processuais, técnicos do processo. A elas se aplica o art. 2º do CPP; b) **normas processuais materiais (mistas ou híbridas)**: são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal. Normas penais são aquelas que cuidam do crime, de pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas de punibilidade). [...] Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito penal, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.*

Assim sendo, não dispensa demasiado esforço concluir que a ausência de representação do ofendido no prazo decadencial de 06 meses, conforme preceitua o artigo 103 do Código Penal, acarreta a extinção da punibilidade do suposto infrator, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Estatuto Repressivo.

Portanto, é de clareza meridiana que a nova regra disciplinadora da ação penal no crime de estelionato, trazida à baila pelo “Pacote Anticrime”, versa sobre normas processuais materiais, devendo ser aplicado o mesmo critério intertemporal dispensado ao direito penal, haja vista ser benéfica ao acusado ao criar uma nova causa extintiva de punibilidade.

### **1.3. Lei penal mais benéfica: a regra de direito intertemporal**

Ultrapassadas as diferenciações acerca da natureza da *novatio legis*, resta apurar as consequências jurídicas do novo regramento imposto no ordenamento

---

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime (Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo)*. p. 72. Salvador: JusPodivm. 2020.

jurídico-positivo.

Ora, não restam dúvidas de que ao limitar o *jus puniendi* estatal, tendo em vista que o não oferecimento da representação do ofendido no prazo legal obsta a pretensão punitiva, o legislador ordinário positivou uma lei penal mais benéfica ao acusado, logo, dotada de retroatividade e ultratividade.

Ocorre que, ao aplicar a regra de direito penal intertemporal prevista na Carta Magna, a *novatio legis* deve retroagir a todos processos, seja investigativo ou judicial, que abarcam o crime de estelionato.

E é neste ponto que cinge-se toda a problemática desenvolvida no presente trabalho: até quando deverá retroagir o novo regramento? Haveria um marco temporal e procedimental para limitar um direito fundamental?

Nesta senda, emerge a citação do doutrinador Renato Brasileiro de Lima, que desde à publicação da Lei n.º 13.964/19 debruçou-se sobre a legislação e teceu comentários estritamente técnicos a seu respeito, *verbis*:<sup>5</sup>

*A mudança da espécie de ação penal em questão deverá provocar grande controvérsia, seja quanto aos processos criminais cuja denúncia ainda não tenha sido oferecida até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 (23/01/2020), seja quanto aos processos criminais que já estivessem em andamento.*

Assim sendo, na tentativa de impor uma limitação à retroatividade da lei penal mais benéfica, a dogmática criminal se dividiu. Quanto à problemática, surgiram dois momentos iniciais interpretativos distintos:

a) aos crimes de estelionato cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, cujas denúncias ainda não tivessem sido oferecidas por ocasião da vigência do referido diploma normativo (23/01/2020), a *novatio legis* retroagiria?

b) aos crimes de estelionato cometidos antes da vigência do artigo 171, §5º, do Código Penal, cujos processos criminais já estivessem em andamento por ocasião da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, a *novatio legis* retroagiria?

Pois bem. No tocante ao primeiro marco interpretativo, não houve maiores discussões sobre a retroatividade do novo regramento, sendo todos os especialistas

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 73.

favoráveis à retroação.

Ora, o Pacote Anticrime, ao alterar a ação penal do crime de estelionato, criou uma nova causa extintiva de punibilidade, qual seja, a decadência pelo não exercício do direito de representação no prazo legal de 6 meses, nos termos do artigo 38 do Código de Processo Penal e sua combinação com o artigo 107, inciso IV, do Código Penal, devendo retroagir a todos os crimes cujas denúncias não tivessem sido oferecidas.

No que tange aos processos em cursos, que já tiveram as denúncias oferecidas quando da entrada em vigor do Pacote Anticrime, a discussão jurídica aflorou.

Ora, ao permitir a retroatividade da representação do ofendido aos processos em cursos, o legislador, na verdade, criou uma “condição de prosseguibilidade” à ação penal, semelhante ao que fez no artigo 91 da Lei nº 9.099/1995, logo, a ausência da autorização da vítima desencadearia a extinção de punibilidade do acusado.

Neste ínterim, surgiram demasiados posicionamentos acerca de até qual momento retroagiria a novidade legislativa, aflorando debates na Suprema Corte, sem olvidar da produção intelectual dos doutrinadores, expostas em momentos oportunos.

Como ponto de destaque para captação do entendimento pretoriano que lança mão do argumento da retroatividade, merece citação a síntese da decisão no AgRG HC 180.421/SP<sup>6</sup>, sob a relatoria do Ministro Edson Fachin:

*A Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, mas concedeu o habeas corpus, de ofício, e trancou 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 n. 13.964/2019, nos termos do voto do Relator, vencido, em parte, o Ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso para conceder a ordem e trancar a ação penal. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 22.6.2021.*

Em lado diametralmente oposto, na defesa de um entendimento diverso do dispensado pelo relator do AgRG HC retro, cumpre destacar os fundamentos da decisão no HC 187.341/SP<sup>7</sup>, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

*[...] 2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória*

<sup>6</sup> AgRG HC 180.421/ Relator (a): Min. EDSON FACHIN, 2ª Turma, julgado em 22/06/2021, DJe – 128 Divulg 29-06-2021.

<sup>7</sup> HC 187.341/ Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, 1ª Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 263 Divulg 03-11-2020.

*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. [...]*

Portanto, entendendo a denúncia como ato jurídico perfeito, limitadora da retroatividade da lei penal mais benéfica ao acusado, ou não, merece apreço a discussão neste trabalho emergida. Para tanto, nada mais justo e condizente que a exposição, ponto a ponto, dos argumentos favoráveis e desfavoráveis às duas correntes que surgiram.

## **2 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE**

Conforme relatado em linhas pretéritas, o debate da retroação se emerge no tocante aos crimes cometidos antes da vigência do Pacote Anticrime, mas cujos processos criminais já estivessem em curso por ocasião da entrada em vigor da legislação em vertente.

Pois bem.

Parte da produção intelectual criminal, doravante exposta em diversas decisões da lavra dos Tribunais Superiores, advoga que a *novatio legis* não deve retroagir aos processos que já estivessem em curso em 23/01/2020. Para tanto, fundamentam sua posição em dois principais argumentos. Vejamos, detalhadamente, cada um destes.

### **2.1. Denúncia oferecida: ato jurídico perfeito**

Antes mesmo dos embates nos Tribunais Superiores, o já mencionado e cauteloso professor Renato Brasileiro de Lima previu a presente argumentação e a expôs na sua obra. Vejamos seus dizeres:

*Certamente haverá questionamentos quanto à necessidade de se intimar a vítima para oferecer a representação se acaso eventual processo criminal referente ao crime de estelionato já estivesse em andamento por ocasião da vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020). **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 alcançado pela mudança.***

E não aconteceu de forma distinta do previsto. Volumoso número de autores e magistrados lançam mão do argumento de que a denúncia oferecida assume as vestes de ato jurídico perfeito. Logo, com fulcro no artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna, “a lei não prejudicará [...] o ato jurídico perfeito”.

Ora, ao conferir estabilidade às relações jurídicas, não restam dúvidas que o constituinte originário daquela forma dispôs.

Para uma melhor compreensão, busquemos a definição de ato jurídico perfeito na *norma sobre normas*, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL n.º 4.657/42). E é em seu artigo 6º, §1º, que encontramos tratar-se o ato jurídico perfeito no “ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou”.

Desta feita, ao entender a denúncia ofertada sob a égide da ação penal pública incondicionada aos crimes de estelionato um ato jurídico perfeito, a nova lei não deverá prejudicá-la.

Ademais, a razão de ser da representação do ofendido está associada à fase pré-processual, ou seja, é uma condicionante à persecução penal. Noutro giro, oferecida a denúncia, a representação se torna irretratável, nos termos do artigo 25, do Código de Processo Penal.

Por fim, oferecida a denúncia sob a égide da lei vigente a época, qual seja, a que estabelecia a ação penal pública incondicionada para os crimes de estelionato, a condicionante processual do interesse da vítima já foi ultrapassada validamente, com fulcro no *tempus regit actum* (art. 1º, CPP).

No campo doutrinário, o professor Rogério Sanches Cunha<sup>8</sup>, desde a gênese da *novatio legis*, assim dispõe:

*“Se a inicial (denúncia) já foi ofertada, **trata-se de ato jurídico perfeito**, não*

---

<sup>8</sup> CUNHA, Rogério Sanches. Pacote anticrime (Lei 13.964/19: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP). p. 65. Salvador: JusPodivm, 2020.

*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”.*

Repise-se que se trata de argumentação interessante e coerente. Tanto é que assim entendeu a maioria da 3ª Seção no Tribunal da Cidadania no julgamento do HC 610.201/SP, em 24/03/2021. Na ocasião, foi decidido que a representação não seria exigível nos processos que já havia oferecimento de denúncia, pois: **(i)** ambas as Turmas do STF, bem como a 5ª Turma do STJ, já haviam decidido desta forma, com amparo no princípio da segurança jurídica; **(ii)** o Congresso decidiu não tratar-se de condição de prosseguibilidade (como fez no artigo 91 da Lei n.º 9099/95) e **(iii)** não seria possível aplicar a retroatividade sem algum parâmetro limitante.

Portanto, explicitado o argumento do ato jurídico perfeito, atentemos a outro fundamento demasiadamente utilizado pelos Tribunais Superiores.

## **2.2. Ausência de autorização legislativa para “condição de prosseguibilidade”**

Em sequência, outra argumentação dispensada pelos desfavoráveis a retroação da representação é a ausência de autorização legislativa para transformá-la em condição de prosseguibilidade.

Ora, no bojo do artigo 91 da Lei n.º 9099/95, o legislador ordinário exteriorizou, de forma positiva, a vontade de se ver a representação como condição de prosseguibilidade.

Já no “Pacote Anticrime”, o legislador, exercendo o poder popular, silenciou acerca da necessidade de representação para os processos que já estavam em curso.

Logo, ao lançar mão de uma interpretação *a contrario sensu*, esse silêncio legislativo não pode ser entendido como autorização para que a representação assumira as vestes de condição superveniente da ação aos processos já em andamento.

Caso assim não entendido, estar-se-ia conferindo efeito jurídico distinto

daquele previsto e positivado pelo legislador.

Insta ressaltar que há diversos precedentes com essa fundamentação na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>. Vejamos, *verbis*:

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

Assim sendo, aclarados os argumentos desfavoráveis à retroatividade, frise-se que esta tese prevaleceu nos Tribunais Superiores. Sem olvidar da esmagadora maioria dos *decisum* colegiados no Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>, na Edição n.º 184 da “Jurisprudência em TESES”, do Tribunal da Cidadania, publicada em 21/01/2022, fora destinado dois itens para o atual debate, quais sejam:

**“9) A exigência de representação da vítima como condição de procedibilidade para a ação penal por estelionato, inserida pela Lei n.º 13.964/2019, não alcança os processos cuja denúncia foi apresentada antes da vigência da referida norma. 10) A retroatividade da representação da vítima no crime de estelionato, inserida pelo Pacote Anticrime, deve se restringir à fase policial, pois não alcança o processo”.**

Portanto, doravante observemos os argumentos favoráveis à retroatividade, a fim de estabelecer qual, em tese, deveria prevalecer à risca do ordenamento jurídico pátrio.

<sup>9</sup> HC 187.341/ Relator (a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, 1ª Turma, julgado em 13/10/2020, DJe – 263 Divulg 03-11-2020.

<sup>10</sup> AgRg no RHC 146966/MS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 29/09/2021; AgRg no AREsp 1781548/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 08/02/2021; HC 602601/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 17/12/2020; AgRg no HC 603062/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 25/08/2020; AgRg na PET no AREsp 1649986/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020.

### 3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À RETROATIVIDADE

Sem embargo da ampla e técnica argumentação desfavorável à retroatividade da representação, em especial a 3ª Seção do Tribunal da Cidadania e a 1ª Turma do Pretório Excelso, observemos, detidamente, os argumentos favoráveis a tal retroação.

#### 3.1. Lei processual híbrida

Com vistas a evitar repetições desnecessárias, consigne-se que o referido tópico já fora abordado no item “1.2” deste artigo científico. Contudo, por uma questão de zelo, traz-se à baila seus principais aspectos técnicos.

De início, frise-se que entre as três espécies de ação penal previstas no ordenamento jurídico pátrio há uma gradação: **(i)** A ação penal privada rege pelo princípio da disponibilidade, incidindo diversas causas específicas de extinção da punibilidade do infrator, como a renúncia, perdão, entre outras; **(ii)** Já a ação penal pública incondicionada obedece o princípio da indisponibilidade, ou seja, a persecução penal é deflagrada de ofício pelo Estado; **(iii)** Por fim, a ação penal pública condicionada à representação ocupa posição intermediária, haja vista que dialoga com os dois princípios a depender da fase procedimental do *persecutio criminis*.

Logo, não restam dúvidas de que a ação penal pública condicionada à representação é menos gravosa ao acusado do que a ação penal pública incondicionada.

Ao positivar um condicionante ao exercício da pretensão punitiva, alterando a espécie da ação penal, o legislador instituiu um norma processual híbrida, haja vista que a ausência de representação do ofendido no prazo decadencial de 06 meses, conforme preceitua o artigo 103 do Código Penal, acarreta a extinção da punibilidade do suposto infrator, nos termos do artigo 107, inciso IV, do Código Penal.

Assim, embora inserido na legislação processual, por abranger aspectos de direito material, são aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e

retroatividade da nova lei benigna.

Portanto, a *novatio legis*, qual seja, a nova roupagem do artigo 171 do Código Penal, especificamente o seu §5º, deverá retroagir. Neste sentido, é a esmagadora jurisprudência<sup>11</sup> dos Tribunais Superiores.

Ademais, a preleção do professor Renato Brasileiro de Lima<sup>12</sup>:

*As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de caráter misto, regidas assim pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva. Assim, diante do advento de nova disciplina, a vigência da norma mais antiga ou mais nova será determinada pelos benefícios proporcionados ao réu no caso concreto. **Diante de tal quadro, parece notório que o §5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n.º 13.964/2019, é norma mais benéfica em relação ao regime anterior. E, pelo caráter misto, alcança casos anteriores à sua vigência.***

No mesmo sentido, o doutrinador Aury Lopes Junior<sup>13</sup>:

*Essa nova lei é mais benigna para o réu e deve retroagir, cabendo os juízes e os tribunais (pois ela se aplica em grau recursal!) suspender o feito e intimar a vítima para que se manifeste [...] Se a vítima não representar ou se manifestar expressamente no sentido de renunciar ao direito de representar, o feito será extinto, diante da extinção da punibilidade do art. 107, IV do CP.*

Por todo o exposto, não restam dúvidas acerca da necessidade da exigência trazida pelo Pacote Anticrime retroagir a todos os processos sem trânsito em julgado, momento em que se encerra a persecução penal e nasce a pretensão executória (Execução Penal). Contudo, conforme já relatado, o ponto de debate é se haveria ou não limite para tal retroatividade.

---

<sup>11</sup> HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020

<sup>12</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime (Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo)*. 2 ed. rev., ampl., e atual. p. 79. Salvador: JusPodivm. 2021.

<sup>13</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 18 ed. p. 127. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

### 3.2 Ponderação de direitos fundamentais liberais: retroatividade da lei penal mais benéfica x ato jurídico perfeito

Em um primeiro momento, cabe tecer breves comentários acerca dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Estes, que são gênero, se estratificam em 5 (cinco) importantes grupos no corpo da Carta Magna, especificamente do artigo 5º ao artigo 17.

Insta ressaltar que os direitos e deveres individuais e coletivos não se restringem apenas ao artigo 5º da Constituição Federal, podendo ser encontrados no decorrer do texto constitucional, decorrentes de princípios ou tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, conforme asseverado pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI 939-7/DF.

Pois bem.

Os direitos fundamentais, na dicção da doutrina contemporânea, são classificados em “dimensões”, aperfeiçoando o ideal de proibição de evolução reacionária.

Posto isto, os direitos fundamentais de 1ª dimensão elucidam a transformação do Estado autoritário para o Estado de Direito, em um inequívoco respeito às liberdades individuais, ou seja, grifados por um absenteísmo estatal.

Sendo fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, estes direitos relatam as autonomias públicas e traduzem o valor liberdade. Por isso, também são comumente chamados de “direitos negativos”, melhor dizendo, direitos que o cidadão invoca frente ao Estado para se fazer valer seus direitos de resistências. Neste sentido, preleciona Bonavides<sup>14</sup>:

*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades **têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado**, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, **são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.***

Superados esses excertos introdutórios, não dispensa demasiado esforço

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. p. 576. Salvador: JusPodivm. 2020.

concluir que tanto o ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI, CF/88), quanto a retroatividade da lei penal benéfica (artigo 5º, inciso XL, CF/88), são direitos fundamentais de primeira dimensão, cuja gênese se atribui ao Estado de Direito, absenteísta, de titularidade do cidadão e oponível ao Estado.

Portanto, em retorno ao ponto de debate deste artigo científico, não parece razoável utilizar o ato jurídico perfeito como limitador da retroatividade da lei penal benéfica, haja vista que fere de morte a própria razão de ser dos direitos fundamentais negativos.

Ora, entender a denúncia oferecida como ato jurídico perfeito, consumado e acabado, para limitar o marco processual da retroatividade da lei penal *in mellius* é evocar um direito negativo do cidadão em face dele próprio.

Nestes termos entendeu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado datado de 04/08/2020, publicado no seu Informativo 677. Devido a sua importância, vejamos a ementa:

*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. [...]. 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.** [...] (HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020)*

Ademais, lançando mão de uma interpretação teleológica, bem como da ponderação dos direitos fundamentais, é forçoso concluir que o próprio legislador constituinte originário trouxe exceção à prejudicialidade da nova lei ao ato jurídico perfeito. Ora, por expressa determinação constitucional, a lei penal deve retroagir se for para beneficiar o réu.

Portanto, a denúncia oferecida nos crimes de estelionato cujos processos já estavam em curso quando da entrada em vigência da Lei n.º 13.964/19 não seria óbice para a retroatividade da exigência da representação do ofendido, sob pena de inverter a razão dos direitos fundamentais e ferir a própria exceção elencada no texto constitucional.

### 3.3. Prazo para a vítima oferecer a representação

Entre os favoráveis à retroação em questão, há um ponto divergente. Reconhecida a exigência da retroatividade da representação dos ofendido aos processos em curso, qual seria o prazo para o oferecimento desta “condição de prosseguibilidade” e qual seria o marco temporal inicial, para fins de extinção da punibilidade?

Há quem entenda pela aplicação analógica do artigo 91 da Lei n.º 9.099/95, ou seja, que seja intimado o ofendido para oferecer representação no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de decadência. Há precedente<sup>15</sup> no Tribunal da Cidadania nesses dizeres. Vejamos:

*Ordem parcialmente concedida, confirmando-se 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.*

Entrementes, há quem advoga em sentido oposto. Ora, diante do silêncio do legislador ordinário ao disciplinar a questão, não se pode utilizar a legislação especial como fonte de subsídio quando existe regra geral que trata sobre o assunto. Assim, com amparo no artigo 103 do Código Penal e sua combinação com o artigo 38 do Código de Processo Penal, o prazo para o oferecimento da representação deverá ser de 6 (seis) meses. Desta forma, anota o professor Renato Brasileiro de Lima<sup>16</sup>:

*Quanto ao prazo para o oferecimento dessa representação por condição de*

<sup>15</sup> HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020

<sup>16</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime (Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo)*. 2 ed. rev., ampl., e atual. p.78. Salvador: JusPodivm. 2021.

*prossequibilidade, certamente haverá quem entenda que o prazo deverá ser aquele constante do art. 91 da Lei n.º 9.099/95 (30) dias. Mais uma vez, ousamos discordar. Diante do silêncio da Lei n.º 13.964/19, não se pode usar, por analogia, o art. 91 da Lei n.º 9.099/95. Referida lei só poderia ser usada, subsidiariamente, se o Código Penal e o Código de Processo Penal nada dispuserem acerca do assunto. Como há dispositivos expressos que contêm o prazo decadencial da representação de 6 (seis) meses, pensamos que este é o prazo que deve ser utilizado subsidiariamente.*

Em sequência, no tocante ao termo inicial para o oferecimento da condição de prossequibilidade, há apática corrente que defende a vigência da Lei n.º 13.964/19 como marco.

Contudo, prevalece o entendimento<sup>17</sup>, entre os favoráveis, que o termo inicial é o momento em que a vítima fora intimada, haja vista que só a partir deste momento que há em que se falar em decadência.

Por fim, ressalte-se que não sendo a representação do ofendido um peça solene, que há exigência de formalismo, se já consta nos autos do processo em trâmite algum requerimento para instauração da fase pré-processual, qual seja, o inquérito policial, é forçoso concluir pela incidência da plena manifestação da vítima no sentido de persecução penal.

## **CONCLUSÃO**

Por todo o exposto, é forçoso concluir que o novo regramento trazido pelo Pacote Anticrime se trata de lei penal mais benéfica ao Acusado. Ora, foi inserida uma nova causa de extinção de punibilidade, conforme exaustivamente explicitado em linhas pretéritas.

Em sequência, em que pese os argumentos desfavoráveis à retroatividade do novo regramento, não me parece razoável lançar mão de um direito fundamental de primeira geração, qual seja, o “ato jurídico perfeito” para limitar a retroação da lei penal mais benéfica, sob pena de inverter o destinatário e o sentido dos direitos absenteístas.

---

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 79.

Além disso, a própria Carta Magna traz exceção à segurança jurídica grifada pelo ato jurídico perfeito, qual seja, a retroatividade da lei penal mais benéfica. Logo, não vejo motivos técnicos suficientes para limitar o alcance do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Ademais, a argumentação de que não há autorização legislativa para transmutar a natureza jurídica da representação do ofendido para condição de prosseguibilidade, mais me parece revestida de caráter prático do que meramente técnico, ou seja, uma reversão ao julgamento. À risca da boa técnica processual, não restam dúvidas que a *novatio legis* deve retroagir a todos os processos que não estejam fulminados pelo trânsito em julgado, momento em que se encerra o *jus puniendi*.

Ainda, me filio ao posicionamento da incidência do prazo de 6 (seis) meses para que a vítima se manifeste favorável a continuação da persecução penal, após a devida intimação, haja vista não fazer sentido utilizar-se de analogia quando existe regra geral regente e em operação de decadência sem plena ciência.

Por fim, consigne-se ser de clareza meridiana que a representação do ofendido não exige formalidades. Portanto, os efeitos práticos da retroatividade só se dariam nos casos em que as vítimas realmente não quisessem continuar com o desgaste do processo penal, fazendo valer a *mens legis* do fenômeno da “privatização do direito penal”.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *A retroatividade da representação no crime de estelionato*, publicado em 24/02/2022. Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-retroatividade-da-representacao-no-crime-de-estelionato>>. Acesso em 05/03/2022

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed. Salvador: JusPodivm. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime (Lei 13.964/19: Comentários às*

*alterações no CP, CPP e LEP*). Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime (Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo)*. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime (Comentários à Lei n. 13.964/19 – Artigo por Artigo)*. 2 ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUCCHESI, Guilherme Brenner; ZONTA, Ivan Navarro. *Sobre a retroatividade da exigência de representação da vítima no crime de estelionato*, publicado em 28/07/2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/347690/retroatividade-representacao-da-vitima-no-crime-de-estelionato>>. Acesso em 03/03/2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 583.837/SC. Disponível em <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0677.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0677.pdf)>. Acesso em 21/02/2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 610.201/SP. Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20610201>>. Acesso em 22/02/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRG HC 180.421/SP. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840881>>. Acesso em 15/02/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 187.341/SP. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5941337>>. Acesso em 21/02/2022.