

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O CRIME DE ESTELIONATO À LUZ DA LEI FEDERAL N° 13.964/2019 -
MUDANÇAS DE PARADIGMA**

DIOGO GUIMARÃES DE MACEDO

Rio de Janeiro

2021

DIOGO GUIMARÃES DE MACEDO

**O CRIME DE ESTELIONATO À LUZ DA LEI FEDERAL Nº 13.964/2019 -
MUDANÇAS DE PARADIGMA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo César Pompílio da Hora.**

Rio de Janeiro

2021

GM141c Guimarães de Macedo , Diogo
 O CRIME DE ESTELIONATO À LUZ DA LEI FEDERAL N°
 13.964/2019 - MUDANÇAS DE PARADIGMA / Diogo
 Guimarães de Macedo . -- Rio de Janeiro, 2021.
 66 f.

 Orientador: Nilo César Pompílio da Hora.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

 1. Estelionato. 2. Lei. 13.964/2019. I. Pompílio
 da Hora, Nilo César , orient. II. Título.

DIOGO GUIMARÃES DE MACEDO

**O CRIME DE ESTELIONATO À LUZ DA LEI FEDERAL Nº 13.964/2019 -
MUDANÇAS DE PARADIGMA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Nilo César Pompílio da Hora.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021

ATA DE APRESENTAÇÃO DE MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE CURSO

DATA DA APRESENTAÇÃO: _____/_____/_____

Na data supramencionada, a **BANCA EXAMINADORA** integrada pelos (as) professores (as)

Reuniu-se para examinar a **MONOGRAFIA** do discente:

DRE _____,

INTITULADA

APÓS A EXPOSIÇÃO DO TRABALHO DE MONOGRAFIA PELO (A) DISCENTE, ARGUIÇÃO DOS MEMBROS DA BANCA E DELIBERAÇÃO SIGILOSA, FORAM ATRIBUÍDAS AS SEGUINTE NOTAS POR EXAMINADOR (A)

	Respeito à Forma (Até 2,0)	Apresentação Oral (Até 2,0)	Conteúdo (Até 5,0)	Atualidade e Relevância (Até 1,0)	TOTAL
Prof. Orientador(a)					
Prof. Membro 01					
Prof. Membro 02					
Prof. Membro 03					
				MÉDIA FINAL	

PROF. ORIENTADOR (A): _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 01: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 02: _____ NOTA: _____

PROF. MEMBRO 03: _____ NOTA: _____

MÉDIA FINAL*: _____

*O trabalho recebe indicação para o PRÊMIO SAN TIAGO DANTAS? (Se a média final for 10,0 dez)

() SIM () NÃO

AGRADECIMENTOS

Sem Deus, não somos nada. De fato, a consciência do Ser superior nos dá a certeza de que Ele olha por nós e guarda o nosso caminhar. As orações e as respostas que Deus me proveu desde sempre me permitiram chegar até aqui e, indubitavelmente, a Ele primeiramente dedico a conclusão de mais uma etapa em minha jornada nesta vida.

Este mesmo Deus me concedeu uma família maravilhosa, a qual também dedico este trabalho, sobretudo aos meus pais, que me estimularam sempre ao estudo e nunca me desestimularam de seguir os meus sonhos.

A Faculdade Nacional de Direito me proporcionou encontros com pessoas maravilhosas, as quais pude trocar experiências e absorver conhecimentos que nunca havia tido contato. Destes, cito principalmente meu grande mestre e orientador, Prof. Dr. Nilo César Martins Pompílio da Hora, pessoa da mais extrema generosidade, que tenho como mentor intelectual e moral; um grande amigo, um pai, um irmão mais velho. Tenho orgulho de ser um dos “filhotes” dessa grande “coruja” (aludindo a ave símbolo dos professores) do ensino de Direito Processual Penal.

Aos maravilhosos amigos do Instituto Nacional de Câncer, onde trabalho desde 2011. Os anos em que estive na FND foram compartilhados com estes irmãos e irmãs, desde o vestibular, a aprovação, durante o curso e agora, neste momento crucial. Muita energia positiva fora depositada por estes amigos-irmãos, os quais divido alegrias e tristezas, risos e lágrimas, sangue e suor.

O amor depositado por estes amigos e amigas parece não caber no peito e me transbordam lágrimas em agradecimento, pois as palavras apequenam todo amor e gratidão que tenho por todos. Espero que sintam o quão grato sou por cada um deles e espero retribuir todo esse carinho. Muito obrigado!

RESUMO

A vigência da Lei Federal nº 13.964/2019 chamada popularmente de Lei Anticrime, traz inovações nas legislações Penal e Processual Penal, entre as quais a condição de admissibilidade da ação penal à representação da vítima de estelionato (salvo casos previstos na Lei), não mais sendo a ação do tipo pública incondicionada. Este entendimento mudou parte o artigo 171 do Código Penal, sendo o objeto de estudo deste trabalho.

O estelionato recrudescceu como uma das práticas delituosas mais praticadas hodiernamente, sobretudo em razão do isolamento social, haja vista que parcela considerável das transações financeiras se dá majoritariamente no ambiente virtual, o que tem favorecido este tipo de crime. O presente estudo conta ainda com a análise dos dados mais recentes do crime de estelionato ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, confrontados com a questão do pujante aumento da população carcerária em todo o país, bem como em considerar as ações que advieram pós vigência da Lei 13.964/2019 com as já em curso anterior e os desafios de equalizar os entendimentos jurisprudenciais prolatados no âmbito dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: lei 13.964/2021. Lei Anticrime. Código Penal. Estelionato. art. 171. Ação Pública.

ABSTRACT

The validity of Federal Law No. 13.964/2019, popularly known as the Anti-Crime Law, brings innovations in the Criminal Law and Criminal Procedure, among which a condition of admissibility of the criminal action to the representation of the victim of embezzlement (except in cases occurred in the law itself), no more being the action of the unconditioned public type. This understanding changed part of article 171 of the Penal Code, being the object of study of this work.

Embezzlement has increased as one of the criminal practices most practiced nowadays, mainly due to social isolation, given that an added portion of financial transactions takes place mostly in the virtual environment, which has favored this type of crime. This study also includes an analysis of the most recent data on the crime of embezzlement that occurred in the city of Rio de Janeiro, confronted with the issue of the vigorous increase in the prison population across the country, as well as considering actions that arose after the Law 13964/2019 with those already in progress and the challenges of equalizing the jurisprudential understandings handed down in the scope of the Superior Courts.

Keywords: law 13.964/2021. Anti-Crime Law. Criminal Code. Embezzlement. art. 171. Public Action.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ESTELIONATO	13
2.1 HISTÓRICO	13
2.1.1 Conceito de crime nas Escolas Penais	13
2.1.2 Histórico legislativo brasileiro: Penas aplicadas e conceituação de crime	13
2.1.3 Desenvolvimento histórico dos crimes contra o patrimônio	15
2.2 CONCEITUAÇÃO DE ESTELIONATO	17
2.2.1 Características	17
2.2.2 Tentativa e Consumação	19
2.2.3 Estelionato Privilegiado	20
2.2.4 Figuras equiparadas ao estelionato e causas de aumento de pena .	21
2.3 PREVISÕES DO §5 DO ARTIGO 171 DO CÓDIGO PENAL: INOVAÇÃO LEGISLATIVA	22
3 ESTATÍSTICAS NACIONAIS: DADOS SOBRE ESTELIONATO E ENCARCERAMENTO	25
3.1 ESTATÍSTICAS NACIONAIS SOBRE ENCARCERAMENTO	25
3.2 ESTATÍSTICAS NACIONAIS SOBRE O CRIME DE ESTELIONATO	31
3.2.1 Estatísticas sobre o crime de estelionato no estado do Rio de Janeiro	32
4 DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	36
4.1 CONCEITO	36
4.2 PERSECUÇÃO PENAL	37
4.3 ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL	38

4.3.1 Ação Penal Pública	38
4.3.1.1 Ação Pública Incondicionada.....	38
4.3.1.2 Ação Penal Pública Condicionada à Representação	39
4.3.2 Ação Penal Privada	40
4.3.2.1 Ação Penal Privada Exclusiva	41
4.3.2.2 Ação Penal Privada Personalíssima	42
4.3.2.3 Ação Penal Privada Subsidiária da Pública	42
4.4 ABRANDAMENTO DO CRIME DE ESTELIONATO	43
5 RETROATIVIDADE DA LEI	46
5.1 NORMAS MATERIAIS E PROCESSUAIS	46
5.2 RETROATIVIDADE PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	49
6 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA LEI 13.964/2019	53
6.1 CRIMES COMETIDOS APÓS A LEI 13.964/2019	53
6.2 CRIMES COM INQUÉRITO INSTAURADO ANTES DA LEI 13.964/2019	53
6.3 AÇÕES PENAIS INICIADAS ANTES DA LEI 13.964/2019	54
6.4 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS	57
7 CONCLUSÃO	62
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	65

1 INTRODUÇÃO

Detentor da terceira maior população carcerária do mundo, com 338 pessoas presas a cada 100 mil habitantes, o Brasil continua a empreender esforços para melhorar seus indicadores de segurança pública¹.

Este trabalho se dedica a estudar mais uma dessas tentativas, qual seja, a Lei nº 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, aprovada pelo Congresso Nacional e que trouxe significativas alterações em alguns dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais.

Dentre as alterações propostas, o núcleo de interesse dessa pesquisa foi a mudança na redação do artigo 171 do Código Penal:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:
I - a Administração Pública, direta ou indireta;
II - criança ou adolescente;
III - pessoa com deficiência mental; ou
IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.” (NR) [...]

Para a realização desse estudo, seguiu-se o seguinte roteiro: (i) entender o crime de estelionato e sua representação numérica no sistema prisional brasileiro, (ii) estudar as diferenças entre as espécies de ações penais e suas adequações a cada tipo de crime, (iii) conhecer as regras de aplicação da lei penal no tempo, (iv) comparar as informações anteriormente reunidas com diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

Para a elaboração dessa pesquisa, foram utilizadas como fontes: publicações de até três anos de escopo jurídico e estatístico da literatura brasileira, bem como outras fontes bibliográficas e documentais. A técnica de pesquisa adotada é a documentação indireta, utilizando-se de fontes bibliográficas e documentais, incluindo livros, artigos científicos, legislações e revistas jurídicas.

(VELASCO, CAESAR e REIS, 2020)

Adotou-se o método hipotético dedutivo, pois a pesquisa analisa cada um dos conceitos que compõem o tema trabalhado -como por exemplo: estelionato, ação penal, retroatividade legislativa, e a partir deles desenvolve o objeto de estudo. Esta pesquisa propõe-se a ser qualitativa, pois objetiva a compreender de forma integrada o fenômeno da retroatividade da Lei 13.964/2019 e seus impactos sociais. Para tanto, o presente estudo foi dividido em quatro capítulos.

O primeiro consistiu numa breve contextualização histórica do direito penal brasileiro, bem como numa revisão doutrinária sobre o crime de estelionato e levantamento de dados sobre o encarceramento no Brasil.

O segundo capítulo se dedicou ao estudo das normas processuais que se relacionam com o crime de estelionato, mais especificamente sobre a mudança do tipo de ação – de pública incondicionada, para pública condicionada à representação do ofendido.

O terceiro capítulo é voltado para análise do instituto da extra-atividade da lei penal, ou seja, a possibilidade de os efeitos de norma penal retroagirem aos atos praticados antes da sua vigência.

Por fim, munido de todo o aparato anteriormente construído, o quarto capítulo se propõe a analisar a aplicação da alteração do tipo de ação penal do crime de estelionato aos crimes praticados antes e após sua vigência.

2 ESTELIONATO

2.1 HISTÓRICO

2.1.1 Conceito de crime nas Escolas Penais

O conceito dogmático de crime foi formulado por Carrara, integrante da Escola Penal Clássica. Para ele, as leis são promulgadas pelo Estado com o intuito de proteger a segurança dos cidadãos e sua infração é resultante de um ato externo - positivo ou negativo - do homem, moralmente imputável e politicamente danoso. Portanto, no conceito dogmático, o crime é visto como a violação de uma norma moral².

Posteriormente, a Escola Positiva desvinculou o crime do juízo de valor da moralidade. Nesta teoria o crime é um ato que fere o organismo social³. No mesmo sentido, a Teoria Tradicional analisa o crime como a interação de fatores psicológicos individuais e fatores sociais. Este entendimento foi tomado como base para a elaboração do Código Penal Brasileiro de 1940⁴.

O resgate desses entendimentos sobre o conceito de crime tem o objetivo de lembrar que o estelionato, bem como todos os outros tipos penais, não deve ser analisado de forma isolada e dotada de juízo de valor moral. Assim como propõe o Código Penal vigente, é importante levar em consideração as diversas influências que podem levar um indivíduo a praticar o estelionato.

2.1.2 Histórico legislativo brasileiro: Penas aplicadas e conceituação de crime

A legislação brasileira inicia-se com as Ordenações Filipinas de 1603, promulgada durante no período em que Portugal estava sob o domínio Espanhol. As

² PIRES, S. L. F. **Os crimes contra o patrimônio e a luta de classes no Brasil 1930 a 1998**. Florianópolis: Dissertação de Pós-Graduação, 1998. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77728/139635.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 maio 2021, p. 35.

³ Ibid, p. 34.

⁴ Ibid, p. 35.

Ordenações elencavam “condutas criminosas e as penas correspondentes sem qualquer preocupação teórica, que não a de garantir a integridade da Coroa e a fé cristã”⁵.

A pena de morte era a principal punição das Ordenações, sendo executada das mais diversas formas possíveis, com características espetaculosas de tortura do condenado com o objetivo não só de punir o acusado, como também de causar medo e impacto nos espectadores⁶.

As Ordenações Filipinas permaneceram vigentes em nosso território até 1830, quando o então Imperador D. Pedro I promulgou o primeiro Código Penal brasileiro, que contava com a seguinte definição de crime:

“Art. 2º. Julgar-se-á crime ou delito:

§1º. Toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.

§2º. A tentativa do crime quando for manifestada por atos exteriores e princípio de execução, que não teve efeito por circunstâncias independentes da vontade do delinquente.”⁷

Com relação às penas, o Código Penal imperial contava com “os princípios modernos de proporcionalidade, anterioridade, individualização e intranscendência da pena para além da pessoa do condenado.”⁸, embora conservasse a pena de morte e outras formas, hoje consideradas cruéis, de punição.

Anos mais tarde, o Código Penal de 1890, vigente durante a Primeira República, positiva a relevância da subjetividade do crime: “Art. 7. Crime é violação imputável e culposa da lei penal.”⁹. Aqui a palavra culpa não tem o sentido doutrinário que possui atualmente, mas sim o sentido de dolo. Assim, o diploma normativo republicano preocupou-se em estabelecer a vontade como requisito para a tipificação do crime. Nas palavras de Greco: “Dolo é a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”¹⁰.

⁵ Ibid, p. 38.

⁶ Ibid, p. 46.

⁷ Ibid, p. 39.

⁸ Ibid, p. 46.

⁹ Ibid, p. 39.

¹⁰ Greco, p. 285

Além da preocupação com a subjetividade do agente, o Código Penal de 1890 traz grande contribuição para a legislação penal brasileira ao implementar, pela primeira vez em território brasileiro, a pena privativa de liberdade¹¹.

A partir de 1940, o legislador deixa apenas para a doutrina a tarefa de conceituar o crime, “limitando-se o código a diferenciar o crime tentado do crime consumado.¹²”

2.1.3 Desenvolvimento histórico dos crimes contra o patrimônio

A proteção do patrimônio particular e público está positivada desde o índice (1559) e, antes disso, já tinha extrema importância nas sociedades arcaicas, visto que:

“as coisas suscetíveis de apreciação econômica estavam relacionadas diretamente com a sobrevivência. Primordialmente, pois, o patrimônio é o acúmulo provisional para a perpetuação da vida.¹³”

Na sociedade atual, com a possibilidade de acúmulo de bens, os crimes contra o patrimônio não representam ameaça direta à sobrevivência de sua vítima, porém são legislados e punidos quase como se ainda possuíssem essa relevância, em atendimento aos interesses das classes sociais hegemônicas¹⁴.

No Brasil colonial, por sua vez, o reconhecimento e incentivo para que a população acumulasse propriedade privada no país ia contra os interesses da coroa Portuguesa, pois o desenvolvimento da economia local acabaria fortalecendo os cidadãos e insuflaria o desejo por independência, como ocorreu nos Estados Unidos. Neste sentido, o livre comércio não era incentivado, as terras eram concedidas somente a alguns poucos escolhidos e, portanto, os crimes contra o patrimônio eram interpretados mais um desafio ao poder da Coroa do que uma ofensa ao proprietário¹⁵.

Já durante o império, o Código Penal classifica dois tipos de crime:

¹¹ Ibid, p.46.

¹² Ibid, p. 39.

¹³Ibid, p. 72.

¹⁴Ibid, p. 72.

¹⁵Ibid, p. 73.

“ Os crimes contra a propriedade em si [...] e os crimes contra a propriedade e a pessoa[...]. No primeiro, claro está a intenção de centralidade no furto, sendo que no segundo aparece o delito de roubo como principal, inclusive com a possibilidade da incidência da pena capital no caso de cometimento de morte.”¹⁶

Com a República, o Código Penal de 1890 inova trazendo uma previsão de proteção não somente da propriedade privada, como também da propriedade pública. Há também, pela primeira vez, a tipificação da extorsão mediante sequestro.

Finalmente, com a entrada do Código Penal de 1940, temos elencados 21 tipos fundamentais de crimes contra o patrimônio, tendo como pilares “o furto (art. 155), o roubo (art. 157) e o estelionato (art. 171).”¹⁷

Atualmente, o patrimônio encontra-se resguardado desde a Constituição Federal, como um direito fundamental inviolável: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

De forma objetiva, Masson nos ensina o conceito jurídico de patrimônio: “Patrimônio é o complexo de bens ou interesses de valor econômico em relação de pertinência com uma pessoa”.¹⁸

Significa dizer que os crimes contra o patrimônio são aqueles que atingem um bem ou direito, público ou privado, economicamente relevante, ou seja, um bem passível de ser traduzido em valor econômico, ainda que o valor do objeto seja puramente sentimental¹⁹.

Vale lembrar que o principal diploma de proteção da propriedade é o Código Civil, tendo o direito penal um papel apenas sancionatório e não constitutivo²⁰.

¹⁶ Ibid, p. 73.

¹⁷ Ibid, p. 74.

¹⁸ Masson, 357

¹⁹ masson, 357

²⁰ Masson, 357

2.2 CONCEITUAÇÃO DE ESTELIONATO

2.2.1 Características

Nas lições de Noronha, a complexidade das relações jurídicas e o grande desenvolvimento econômico da sociedade moderna, criam um ambiente propício para a alta incidência dos crimes de estelionato. Essas relações econômicas e sociais exigem boa-fé para prosperarem, e as leis são criadas para resguardá-las. Portanto, a proteção não se dirige ao negócio jurídico em si, mas sim ao interesse comum da sociedade²¹.

De forma objetiva, estelionato é um crime contra o patrimônio particular. Tem como principal característica o emprego de fraude para enganar a vítima, fazendo com que esta entregue seu bem voluntariamente²². Conforme redação do Código Penal, o crime pode ser praticado em diversas situações:

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:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

²¹ pacote anticrime, 62

²² EDUARDO, V.; GONÇALVES, R. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 342 -345.

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

O sujeito ativo do crime “é tanto aquele que emprega a fraude como aquele que dolosamente recebe a vantagem ilícita”, não sendo necessário que o fraudador e o receptor sejam a mesma pessoa. Da mesma forma, o terceiro que tirou proveito ou gozou da vantagem ilícita pode ser considerado partícipe ou receptor a depender da sua participação e ciência do crime²³.

Por sujeito passivo se entende tanto a pessoa natural ou jurídica que sofreu o prejuízo patrimonial, quanto aquele que foi enganado pela fraude do agente sem efetivo prejuízo²⁴.

A fraude pode se referir a artifício, arдил ou qualquer outro meio fraudulento. No primeiro caso, o estelionatário se utiliza de algum objeto para enganar a vítima, seja um disfarce, um efeito especial, um bilhete “premiado”, entre outros artifícios. No segundo, o agente utiliza-se unicamente da conversa para enganar sua vítima²⁵ e no terceiro, o legislador utilizou uma expressão genérica para abarcar outras situações, como, por exemplo, induzir a vítima a erro ao permanecer em silêncio, praticando uma omissão, etc²⁶.

²³ Ibid, p. 343

²⁴ Ibid, p. 343

²⁵ Ibid, p. 344

²⁶ Ibid, p. 345

Para a realização do crime é necessário que o agente induza ou mantenha sua vítima em erro. Ao induzir, o estelionatário é quem “toma a iniciativa de procurar a vítima e ludibria-la” e ao manter sua vítima em erro, o agente prolonga conscientemente o estado de engano em que já se encontrava a pessoa anteriormente²⁷.

É requisito inescusável que o agente engane um ser humano. Caso se trate de um sistema eletrônico, por exemplo, ou qualquer outra coisa que não um ser humano, será considerado furto mediante fraude²⁸. Esta restrição não se confunde com o estelionato praticado na internet que, como se verá adiante, vem crescendo em muitos estados brasileiros. Portanto, utilizar-se dos meios eletrônicos de comunicação para enganar uma pessoa e tirar proveito econômico dela não deixa de ser um caso de estelionato, não cabendo a tipificação de furto mediante fraude.

Por fim, a vantagem obtida pelo agente é sempre ilícita, ou seja, uma vantagem indevida e necessariamente de cunho patrimonial²⁹.

2.2.2 Tentativa e Consumação

Sendo um crime material, a consumação do estelionato somente ocorrerá mediante a condição recíproca e quase sempre concomitante de prejuízo da vítima e obtenção de vantagem do agente³⁰.

Fica caracterizada a tentativa quando apenas um desses requisitos se concretiza, seja pela ineficácia do meio fraudulento empregado, pela não entrega do bem ao agente ou por não obtenção de vantagem, no caso de perda do bem ou deterioração³¹.

No caso de ineficácia do meio fraudulento, é necessário avaliar sua real possibilidade de ser enganado a vítima, podendo ser o caso de crime impossível e, portanto, um fato atípico. Importante ressaltar que o potencial de eficácia da fraude será

²⁷ Ibid, p. 343

²⁸ Ibid, p. 343

²⁹ Ibid, p. 344

³⁰ Ibid, p. 346

³¹ Ibid, p. 346

avaliado conforme a vítima visada, pois é comum a preferência de estelionatário por pessoas simples, vulneráveis ou estrangeiros³².

Pensando nisso, o legislador tipificou os casos especiais de estelionato, conforme se verá a seguir.

2.2.3 Estelionato Privilegiado

Adequando a tipificação do crime a situações específicas, o legislador pátrio criou o instituto do estelionato privilegiado, com redação prescrita pelo parágrafo primeiro do artigo 171 do Código Penal: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2.º”.³³

Logo de início, Masson nos ensina os dois requisitos essenciais para enquadramento no estelionato privilegiado: primariedade do réu e prejuízo de pequeno valor.

O primeiro requisito diz respeito a ausência de sentença condenatória transitada em julgado relativa ao agente. Já o segundo requisito possui interpretação jurisprudencial no sentido de que considera-se prejuízo de pequeno valor aquele não superior à um salário mínimo vigente ao tempo do fato. Em se tratando de crime tentado, o pequeno valor será avaliado com base no prejuízo que o autor desejava causar à vítima.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal tem explicitado seu entendimento para o estelionato privilegiado: Caso o autor do delito repare o dano causado à vítima antes do recebimento da denúncia, será considerado o instituto do arrependimento posterior (art. 16 do CP). Caso essa reparação se dê após o recebimento da denúncia, tratar-se-á de circunstância atenuante.

A pena de que trata o artigo 155, § 2º do Código Penal é a seguinte:

³² Ibid, p. 347

³³ CP

“§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

Contudo, a doutrina assevera que a expressão “o juiz pode aplicar a pena” utilizada tanto no artigo 171, quanto no artigo 155 não deve ser interpretada em sentido estrito, pois a faculdade do magistrado é apenas para avaliar “a presença ou não dos requisitos legalmente exigidos. Todavia, se reputá-los presentes, o julgador deverá reconhecer o benefício legal, sem nenhuma margem de discricionariedade.”³⁴

A avaliação desse dispositivo é importante para este trabalho pois, assim como na modificação trazida pela Lei 13.964/2019, percebe-se uma intenção do legislador em adequar a punitividade à relevância do ato e ao prejuízo causado, evitando penas desproporcionais. Essa discussão será detalhada mais adiante.

2.2.4 Figuras equiparadas ao estelionato e causas de aumento de pena

Como é possível inferir dos tópicos anteriores, o crime de estelionato pode ser praticado de infinitos modos e, pensando nisso, o legislador explicitou seis condutas que considerou equiparadas ao ilícito em questão:

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:
 Disposição de coisa alheia como própria
 I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;
 Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria
 II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;
 Defraudação de penhor
 III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;
 Fraude na entrega de coisa
 IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;
 Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro
 V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;
 Fraude no pagamento por meio de cheque

³⁴ masson, p. 573

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

A Doutrina considera essas condutas como subespécies do tipo penal principal, com a tutela do mesmo bem jurídico. Nesses casos, o dolo é requisito essencial para a tipificação.

Por fim, para encerrar o estudo sobre o tipo penal do estelionato, tem-se a hipótese do §3º do artigo 171: o estelionato circunstanciado ou estelionato agravado. Trata-se de crime praticado contra “entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência”, cabendo aumento de 1/3 da pena. Essa punição mais rígida deve-se ao fato da extensão difusa dos danos produzidos, por atingir patrimônio público.³⁵

Apresentou-se as hipóteses do §2, do artigo 171 do Código Penal apenas a título de conhecimento, por terem relação direta com o tema pesquisado neste trabalho. Não entende-se pela necessidade de maiores detalhamentos dos crimes equiparados ao estelionato.

2.3 PREVISÕES DO §5 DO ARTIGO 171 DO CÓDIGO PENAL: INOVAÇÃO LEGISLATIVA

O texto e aplicabilidade do §5 do artigo 171 do Código Penal são as diretrizes deste trabalho e, portanto, devem ser estudados de forma mais detalhada. Rogério Saches contribui tecendo comentários sobre cada um dos incisos.

O principal comando do §5 refere-se à exigência de representação do ofendido como condição de procedibilidade da ação. Paralelo a isso, impõe elencar algumas exceções, que serão estudadas a seguir.

A primeira hipótese que não exigirá a representação é no caso de o crime de estelionato ter sido praticado contra a Administração Pública, direta ou indireta. Não foram encontrados comentários sobre esse inciso e, portanto, será feita uma

³⁵ masson, p. 590

interpretação analógica com o §3º do mesmo artigo, que trata do estelionato circunstanciado. Em ambos os dispositivos, o objeto de proteção especial é a administração pública. Essa maior proteção é dada tendo em vista os interesses coletivos que são relacionados com essa esfera estatal³⁶.

O segundo inciso, por sua vez, trata do estelionato praticado contra a criança ou adolescente, definidos conforme o artigo 2º da Lei 8.069/90. Segundo esse diploma normativo, criança é toda aquela que ainda não completou 12 anos de idade. Dos 12 aos 18 anos completos a pessoa será considerada adolescente.

Assim como no inciso I, a previsão legal visa conceder uma proteção especial. Neste caso, a proteção maior se deve à vulnerabilidade das pessoas envolvidas. Sanches ensina que, não basta que a vítima seja criança ou adolescente, para que se enquadre nesse tipo penal; é necessário “que o agente obtenha proveito em razão de sua necessidade, paixão ou inexperiência (do vulnerável)”³⁷.

No inciso seguinte, o legislador se preocupou em manter uma maior proteção da pessoa com deficiência, em consonância com outros diplomas já existentes, como a lei 13.146/2015. Aqui não é necessário nenhum outro elemento além da condição da pessoa. Para que se configure o crime, basta que o estelionato seja praticado contra a pessoa com deficiência³⁸.

No mesmo sentido, o inciso IV não exige a representação de pessoa maior de 70 anos de idade ou incapaz. A primeira observação sobre essa previsão, é que ela não se confunde com ao majorante do §4 do mesmo artigo. Lá aplica-se a definição legal de idoso: pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Aqui a exigência é que a vítima tenha mais de 70 anos, por entende-la ainda mais vulnerável que os demais³⁹.

A definição de incapaz, por sua vez, encontra-se elencada no artigo 4º do Código Civil, qual seja:

³⁶ Sanches 63

³⁷ Sanches 63

³⁸ sanches 64

³⁹ sanches 64

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Portanto, em que pese o novel legislativo beneficie, em certa medida, o acusado de estelionato, a lei se preocupou em manter proteção especial àqueles classicamente considerados vulneráveis, tendo em vista ser mais dificultoso para que essas pessoas elencadas ofereçam sua representação.

3 ESTATÍSTICAS NACIONAIS: DADOS SOBRE ESTELIONATO E ENCARCERAMENTO

3.1 ESTATÍSTICAS NACIONAIS SOBRE ENCARCERAMENTO

Após breve retrospectiva sobre o Direito Penal brasileiro e estudo do crime de estelionato, é de grande relevância analisar os dados sobre o encarceramento no Brasil, tendo em vista que, conforme o gráfico abaixo, metade dos crimes praticados no país são tipificados como crime contra o patrimônio. Sendo o estelionato um tipo de crime patrimonial, é possível deduzir que as mudanças introduzidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) impactarão o sistema prisional brasileiro.

Para a análise, foram colhidos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, ano-base 2019. Conforme informações do site governamental do Ministério da Justiça, “O Infopen é um sistema de informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro. O sistema, atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional⁴⁰.”

GRÁFICO 1 – QUANTIDADE DE INCIDÊNCIAS POR TIPO PENAL

⁴⁰ NACIONAL, D. P. **Infopen.** Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 16 maio 2021.

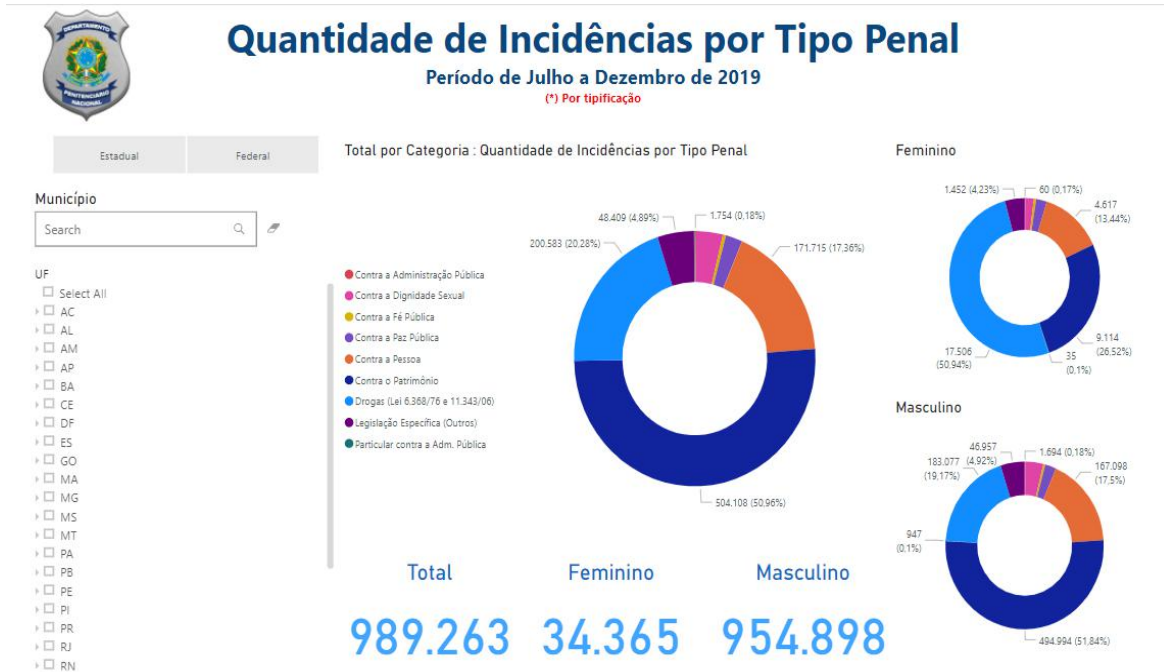


Gráfico 1 - Quantidade de Incidências por Tipo Penal

Fonte: Infopen, dezembro/2019

GRÁFICO 2 – PRESOS EM UNIDADES PRISIONAIS NO BRASIL



Gráfico 2 - População Prisional por Regime

Fonte: Infopen, dezembro/2019

Segundo os dados disponibilizados pelo Infopen, até dezembro de 2019 o Brasil contava com 748.009 presos em suas unidades prisionais. Quase metade deles cumprem suas penas em regime fechado e aproximadamente 1/3 em caráter provisório.

Como será estudado adiante, alguns autores defendem que a Lei 13.964/2019 abrandou a possibilidade de punição contra o crime de estelionato. Neste sentido, é possível crer que haverá uma diminuição no número de pessoas encarceradas por este crime.

GRÁFICO 3 – POPULAÇÃO PRISIONAL POR GÊNERO



Gráfico 3 - População Prisional por Gênero

Fonte: Infopen, dezembro/2019

Com relação ao gênero, mais de 95% dos presos são homens. Como visto anteriormente, a maior parte dessas pessoas comete crimes contra o patrimônio e, conforme gráfico a seguir, muitos desses homens estão em idade economicamente ativa.

Este é um dado relevante pois, segundo o último censo realizado pelo IBGE, em 2010, os homens ainda são em sua maioria responsáveis por chefiar as famílias. Mais precisamente, 63% das famílias do Brasil são sustentadas pelos rendimentos do homem⁴¹. Isso significa que o maior encarceramento deste gênero pode impactar na sobrevivência dessas famílias, havendo a possibilidade de que a Lei 13.964/2019 contribua para permanência dessas pessoas em seus núcleos familiares.

GRÁFICO 4 – POPULAÇÃO PRISIONAL POR FAIXA ETÁRIA



Gráfico 4 - População Prisional por Faixa Etária

⁴¹ [http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html#:~:text=Esse%20percentual%20%C3%A9%20de%205,\(15%2C8%20milh%C3%B5es\).](http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html#:~:text=Esse%20percentual%20%C3%A9%20de%205,(15%2C8%20milh%C3%B5es).)

Fonte: Infopen, dezembro/2019

O gráfico acima mostra que a população carcerária brasileira é relativamente jovem, com quase metade deles inseridos no sistema prisional dos 18 aos 29 anos. Conforme definição do IBGE, essa faixa etária compreende boa parte das pessoas economicamente ativas (PEA), definidas como “o potencial de mão-de-obra com que pode contar o setor produtivo; a oferta efetiva de trabalho numa economia.”

Dadas as premissas, é possível inferir, ao menos estatisticamente, que a Lei 13.964/2019 contribuirá para um melhor aproveitamento dessas pessoas, aliando suas liberdades à projetos de qualificação e oportunidades de trabalho, colaborando desenvolvimento econômico do país.

GRÁFICO 5 – TAXA DE APRISIONAMENTO E DÉFICIT DE VAGAS POR ANO

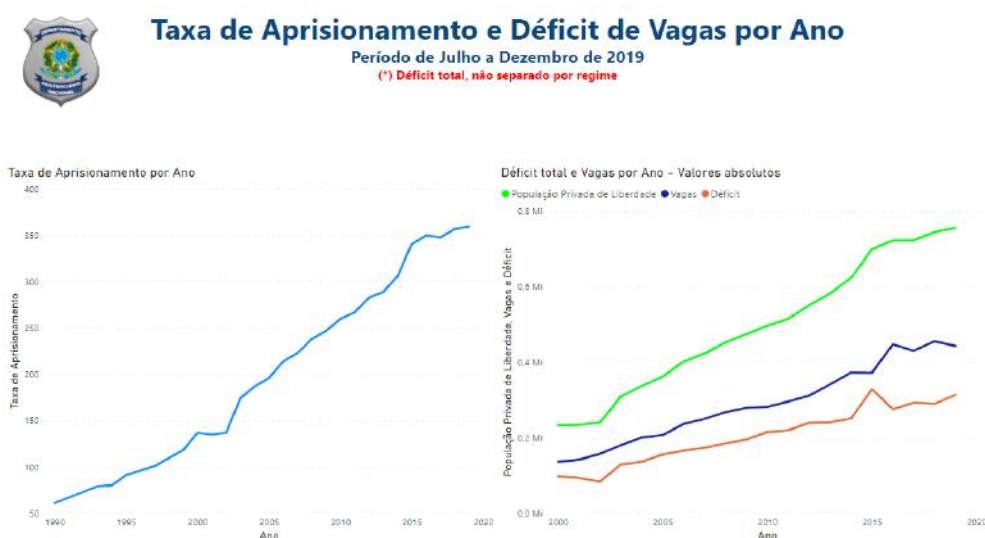


Gráfico 5 - Taxa de Aprisionamento e Déficit de Vagas por Ano

Fonte: Infopen, dezembro/2019

Conforme os dados fornecidos, é possível perceber que há um número crescente da taxa de aprisionamento por ano e, conseqüentemente, da população privada de liberdade. Paralelo a isso, o número de vagas abertas no sistema prisional e o déficit de vagas também crescem em proporções similares entre si.

Como visto anteriormente, sendo os crimes contra o patrimônio um dos maiores responsáveis pelo encarceramento e sendo o estelionato um tipo deste crime, o abrandamento em sua punição pode colaborar com a diminuição do déficit prisional.

GRÁFICO 6 – POPULAÇÃO PRISIONAL POR ANO



População Prisional por Ano

Período de Julho a Dezembro de 2019

População Privada de Liberdade por Ano

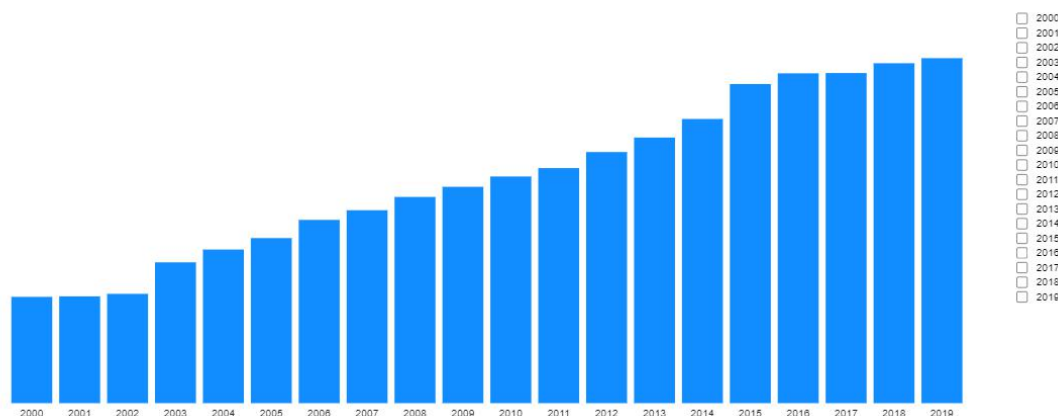


Gráfico 6 - População Prisional por Ano

Fonte: Infopen, dezembro/2019

No período compreendido entre 2000 a 2019, a população prisional apresenta tendência crescente, compatível ao gráfico de taxa de aprisionamento apresentado anteriormente.

Utilizando-se do mesmo raciocínio apresentado no gráfico anterior, é possível crer que a Lei 13.964/2019 colaborará com a redução dos índices de encarceramento.

GRÁFICO 7 – POPULAÇÃO PRISIONAL POR TEMPO TOTAL DAS PENAS

Fonte: Infopen, dezembro/2019

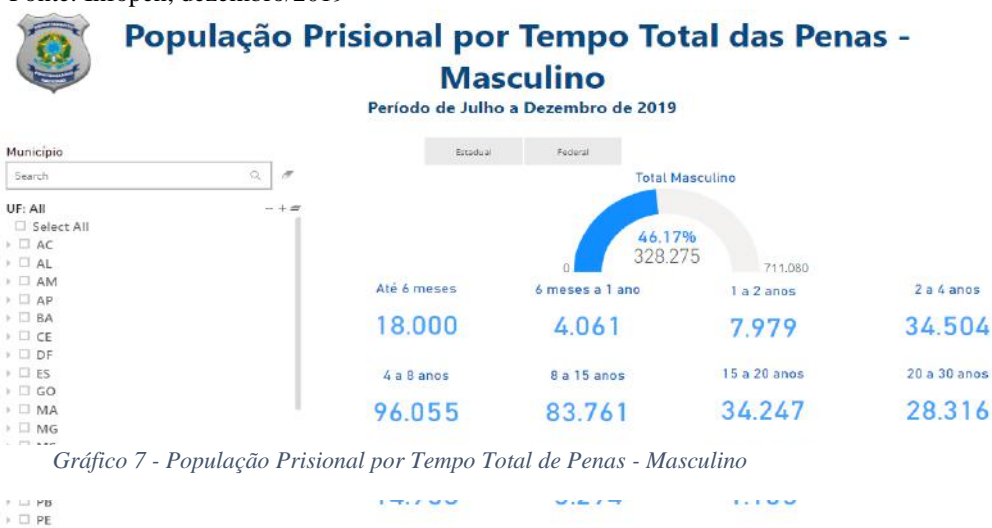


Gráfico 7 - População Prisional por Tempo Total de Penas - Masculino

Considerou-se relevante apresentar o gráfico de tempo total das penas somente do gênero masculino, tendo em vista que a maioria dos presos são homens.

A partir desse gráfico é possível concluir que o abrandamento da punição do crime de estelionato também traria mudança nas estatísticas do tempo prisional, pois a maioria dos detentos ficará de 4 a 8, de 8 a 15 anos e de 2 a 4 anos no sistema prisional, períodos que englobam a pena base do crime de estelionato, que é de 1 a 5 anos de reclusão.

3.2 ESTATÍSTICAS NACIONAIS SOBRE O CRIME DE ESTELIONATO

Conforme visto, o crime de estelionato possui relevância numérica, quando se fala em segurança pública no Brasil, visto tratar-se de um crime patrimonial. Embora não tenham sido encontrados dados específicos sobre esse tipo penal, em breve pesquisa aos sites de jornalismo, é possível verificar o aumento da incidência desse delito em diversos estados brasileiros.

Esse aumento se deve em grande parte à pandemia de Coronavírus, que fez com que as pessoas utilizassem mais os meios tecnológicos para atender as suas

necessidades cotidianas e, conseqüentemente, aumentando a probabilidade de ser pego em algum golpe de estelionato pelas redes digitais⁴².

A polícia de Mato Grosso, por exemplo, alerta para o crescimento dos golpes, aplicados principalmente através do aplicativo de mensagens “*Whatsapp*”⁴³.

No Rio Grande do Sul, as entidades de segurança divulgaram um aumento de 25% no registro dos crimes de estelionato no Estado. Mais uma vez, os meios digitais são os mais utilizados pelos criminosos⁴⁴.

O Estado de São Paulo, por sua vez, registrou uma alta de quase 40% no cometimento do crime de estelionato⁴⁵.

O Distrito Federal, capital administrativa do país, também assistiu ao crescimento dos números relativos a esse tipo penal. Só no último ano, esse aumento foi de 34%, semelhante ao de outros Estados⁴⁶.

3.2.1 Estatísticas sobre o crime de estelionato no estado do Rio de Janeiro

O último estado dado como exemplo é o Rio de Janeiro. Neste importante centro econômico e populacional, o número de casos de estelionato saltou 67% em 2020⁴⁷, o maior percentual já registrado desde o início da série histórica, que passou a ser monitorada em 1991. Chama a atenção o aumento vertiginoso dos casos de estelionato virtual, onde a vítima costuma receber mensagens fraudulentas via telefone celular ou *e-mails*. A população idosa, principal vítima nesta modalidade específica de estelionato, é bastante vulnerável por não estarem familiarizadas com práticas de desinformação e por

⁴² ⁴² <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/criminosos-aproveitam-pandemia-de-covid-19-para-aplicar-golpes-virtuais.shtml>

⁴³ <http://www.mt.gov.br/-/15224770-policia-alerta-para-o-aumento-de-crimes-de-estelionato-pelo-whatsapp-em-mt>

⁴⁴ <https://www.ssp.rs.gov.br/policia-civil-alerta-para-cuidados-contr-crimes-de-estelionato>

⁴⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/criminosos-aproveitam-pandemia-de-covid-19-para-aplicar-golpes-virtuais.shtml>

⁴⁶ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/seguranca/audio/2020-08/df-registra-aumento-de-mais-de-300-de-estelionato>

⁴⁷ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/seguranca/audio/2020-08/df-registra-aumento-de-mais-de-300-de-estelionato>

darem credibilidade à palavra escrita. Diante desse aumento expressivo no quantitativo de vítimas idosas, a delegada da Polícia Civil lotada na cidade de Niterói, Raíssa Celles, elaborou uma cartilha direcionada ao mencionado público-alvo, que contém uma explicação sucinta sobre o crime de estelionato e suas penas (sobretudo com a menção da previsão do aumento de pena em dobro, quando cometido contra maior de 60 anos, segundo o Estatuto do Idoso); são citados também os tipos mais frequentes de golpes, como a troca de cartão, o bilhete premiado, o falso sequestro, dentre outros.



Cartilha de Prevenção e Segurança

Os idosos somam 19% da população de Niterói. Esse percentual é bastante superior ao registrado no âmbito nacional, onde as pessoas com 60 anos ou mais são apenas 14% dos brasileiros. Além disso, Niterói ostenta o sétimo maior Índice de Desenvolvimento Humano Municipal do país e o primeiro do nosso estado, tudo levando a crer que cada vez mais pessoas procurem esta cidade para gozar os seus anos de aposentadoria.

Esse cenário é um chamariz para golpistas, vigaristas e estelionatários de todo tipo. É certo que o envelhecimento afeta cada pessoa de maneiras diferentes. Também é certo que muitos idosos permanecem ativos e independentes até o fim da vida. Entretanto, com o avanço da idade é comum observarmos certa queda no rendimento de nossas funções motoras e cognitivas: Lembrar aquela senha de dez dígitos já não é mais uma tarefa fácil, aprender uma nova língua ou instrumento musical se torna um processo mais demorado e os aplicativos dos smartphones parecem ser cada vez menos amigáveis. Muitos golpistas se aproveitam disso para induzir os idosos a erro, enganando-os e causando graves prejuízos emocionais e financeiros.

Esta cartilha é dirigida aos idosos e aos seus familiares e amigos. Ela revela alguns dos golpes mais comuns que vitimam idosos em Niterói, pois acreditamos que a informação é uma arma valiosa na prevenção dessa modalidade criminosas.

O QUE DIZ A LEI?

O crime de estelionato está previsto no artigo 171 do Código Penal, que diz o seguinte:

"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."

Pena: reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa".

Já o Estatuto do Idoso, lei 13.228/15, trouxe um considerável aumento de pena quando o crime é cometido contra maior de 60 (sessenta) anos. O § 4º do artigo 171 do CP prevê: "Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso".



Figura 1 - Cartilha de Prevenção e Segurança elaborada pela Polícia Civil do Rio de Janeiro

O Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro divulga periodicamente dados acerca dos delitos cometidos no estado, e recentemente sinalizou aumento de 5,8% no crime de estelionato para o mês de junho de 2021, em comparação com o mesmo período do ano anterior. Se estendido o lapso temporal para os meses de janeiro a junho dos anos citados, o aumento é da ordem de 33,4%. A região metropolitana do estado é a que mais sofre este tipo de delito, como se mostra no gráfico abaixo:

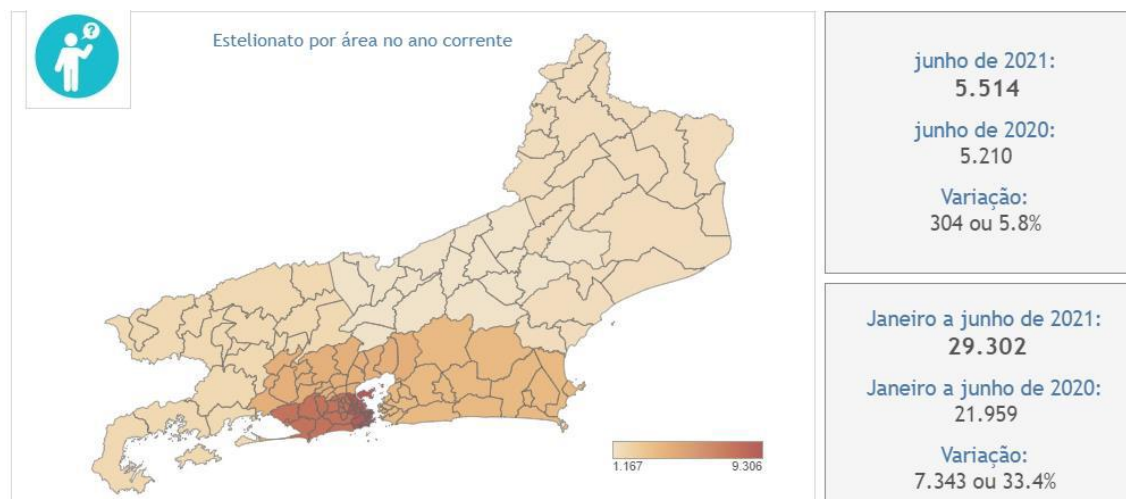


Gráfico 8 - Estelionato por área no ano corrente (2021) - Rio de Janeiro

Nos últimos quatro anos, o crime de estelionato teve aumento vertiginoso, muito em razão do uso cada vez mais corriqueiro da informática como meio de obtenção de bens e serviços. O estelionato cometido em ambiente virtual acompanhou esta demanda e aperfeiçoou-se, para lograr seu êxito fraudulento dentro do contexto das transações feitas pela *internet*. O gráfico abaixo explicita este aumento:

Comparativo entre anos - Estelionato



Gráfico 9 - Comparativo da ocorrência do crime de estelionato no Rio de Janeiro no período 2018 - 2021

Buscando criar formas efetivas de combater esta prática cada vez mais recorrente, qual seja, a da prática do estelionato em ambiente virtual, fora criada a Lei nº 14.155, de 27 de maio de 2021, que, entre outros, majorou as penas para estelionato praticado na rede de computadores, inserindo mais três parágrafos ao artigo 171 do Código Penal:

Art. 171

Fraude eletrônica

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo.

§ 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional.

Estelionato contra idoso ou vulnerável

§ 4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso.

4 DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1 CONCEITO

A princípio, é importante recordar os fundamentos do Processo Penal Brasileiro, tendo em vista que ele faz parte das regras basilares que estruturam e ordenam a sociedade, conjuntamente com o Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, etc. Essas regras são aplicáveis não somente no caso em estudo, como também de forma geral.

O Estado brasileiro é o único ente dentro de seu território legitimado a criar leis. Esta legitimação é derivada da vontade de seu povo, que não a executa diretamente, mas sim através de representantes, através do sistema representativo de governo⁴⁸.

As leis são criadas com o objetivo de “manter a paz e garantir a proteção aos bens jurídicos considerados relevantes: vida, incolumidade física, honra, saúde pública, patrimônio, fé pública, patrimônio público, meio ambiente, direitos do consumidor etc”⁴⁹.

O desrespeito a estas normas tem por resultado uma sanção, que tem por finalidade punir o agente e servir de exemplo para as demais pessoas do corpo social⁵⁰. O Estado também é o único legitimado para a execução dessas penas, mas, embora dotado de *jus puniendi* (direito de punir), não pode fazê-lo arbitrariamente, devendo respeitar direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, bem como o devido processo legal.⁵¹

⁴⁸ CONSTANT, B. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. Paris: [s.n.], 1819, par. 19

⁴⁹ REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 41

⁵⁰ MORAES, H. V. B. Das funções da pena. *Âmbito Jurídico*, 2013. Disponível em: <[⁵¹ JUNIOR, A. L. **Direito Processual Penal**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 37](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/#:~:text=A%20PENNA%20COMO%20PREVEN%C3%87%C3%83O%20DA%20VIOL.%C3%8ANCIA&text=Isso%20demonstra%20um%20duplo%20car%C3%A1ter,contra%20o%20delito%20do%20criminoso.>. Acesso em: 28 dezembro 2020.</p></div><div data-bbox=)

Assim, o Estado deverá obedecer a um rito pré-estabelecido, com o objetivo de provar a autoria do crime e de permitir que o acusado se defenda. Nas palavras de Pedro Lenza:

“Uma vez aceita esta acusação, estará iniciada a ação penal, sendo que, durante o seu transcorrer, deverão ser observadas as regras que disciplinam o seu tramitar até que se chegue à decisão final. Esse conjunto de princípios e normas que disciplinam a persecução penal para a solução das lides penais constitui um ramo do direito público denominado Direito Processual Penal⁵².”

Portanto, ao cometer um crime como o estelionato, o indivíduo não é punido automaticamente, será iniciado um inquérito a) de ofício; b) por requisição do juiz; c) por requisição do Ministério Público; d) em razão de requerimento do ofendido; e) pelo auto de prisão em flagrante.⁵³

4.2 PERSECUÇÃO PENAL

Segundo Edmilson Bonfim, a persecução penal se define como “o caminho percorrido pelo Estado-Administração para que seja aplicada uma pena ou medida de segurança àquele que cometeu uma infração penal, consubstanciando-se em três fases: Investigação preliminar – ação penal e execução penal⁵⁴.”

Nesta definição, percebe-se que além de criar leis, a legitimidade exclusiva do Estado também se estende à investigação, processo e execução penal, que juntos dão corpo à persecução penal.

A persecução penal não é realizada diretamente pelo Estado e cada uma de suas fases (investigação, ação e execução) são executadas por órgãos encarregados, tais como: polícia judiciária, Ministério Público, Juizado Especial Criminal, Tribunal do Juri, etc.⁵⁵

⁵² REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40

⁵³ JUNIOR, A. L. **Direito Processual Penal**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.148

⁵⁴ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 99.

⁵⁵ REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016p. 42

4.3 ESPÉCIES DE AÇÃO PENAL

4.3.1 Ação Penal Pública

A Ação Penal Pública está prevista pela Constituição Federal como de competência exclusiva do Ministério Público, podendo ser incondicionada ou condicionada. Apesar de cada espécie ter suas especificidades, as Ações Públicas possuem algumas características em comum, sendo: (i) obrigatória, (ii) indisponível e (iii) oficial.⁵⁶

Por obrigatória entende-se que, havendo provas inequívocas da autoria do fato, o promotor não pode se escusar de oferecer denúncia, salvo em casos de excludente de licitude ou infrações de menor potencial ofensivo. Quem fiscaliza o respeito a essa obrigatoriedade é o juiz.⁵⁷

A indisponibilidade diz respeito sobre a impossibilidade de o Ministério Público desistir de uma ação ou recurso por ele proposto. Essa regra encontra exceção na Lei n. 9.099/95, com a denominada “suspensão condicional do processo”, aplicável a casos em que o acusado tenha méritos para tal, cumulativamente com crimes em que a pena mínima não seja superior a 1 ano. Ao término do período de suspensão, tendo cumprido os requisitos, a punibilidade poderá ser declarada extinta⁵⁸.

Já a oficialidade se dá porque a competência da Ação Pública pertence a um órgão oficial, ou seja, um órgão do Estado: o Ministério Público. Esse princípio é absoluto desde que a manifestação se dê tempestivamente, caso contrário, poderá ser oferecida queixa por outras pessoas, como se verá adiante⁵⁹.

4.3.1.1 Ação Pública Incondicionada

⁵⁶ FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 173

⁵⁷ *Ibidem*, p. 173

⁵⁸ *Ibidem*, p. 174

⁵⁹ *Ibidem*, p. 174

A principal característica da Ação Pública Incondicionada é justamente não haver qualquer outro requisito para sua proposição além dos indícios de autoria e materialidade do crime⁶⁰.

Este é um tipo de ação muito abrangente, pois pode ser utilizada sempre que o Código Penal não mencionar outra possível. Ocorre que são poucos os casos em que o tipo penal exige uma ação específica. Assim, na prática a Ação Penal Incondicionada pode ser utilizada em quase todos os tipos penais, bem como “quando cometido em detrimento de patrimônio ou interesse da União, Estado ou Município.”⁶¹

Dotada deste caráter geral de aplicabilidade, a Ação Pública incondicionada era a que regia o crime de estelionato antes do advento da Lei 13.964/2019. A polícia poderia realizar a investigação e o Ministério Público propor uma ação contra o possível autor mesmo que a vítima não tenha se manifestado, ou seja, independentemente de sua representação.

Importante ressaltar que essa continua sendo a ação cabível caso o crime de estelionato seja praticado contra: a) a Administração Pública, direta ou indireta; b) criança ou adolescente; ou, c) pessoa com deficiência mental. Portanto, o legislador optou por dar maior proteção a esses casos, tendo em vista a condição de vulnerabilidade das vítimas, bem como a relevância do bem jurídico tutelado -no caso da administração pública-.

4.3.1.2 Ação Penal Pública Condicionada à Representação

Há alguns casos em que a lei limita a autonomia do Ministério Público, condicionando que este somente proponha a ação caso a vítima ou se representante legal manifestem vontade para tal. A manifestação tem um duplo caráter: (i) “solicitar providências do Estado para a apuração de determinado crime⁶²” e (ii) “autorizar o

⁶⁰ REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 114

⁶¹ *Ibidem*, p. 115

⁶² *Ibidem*, p. 115

Ministério Público a ingressar com a ação penal contra os autores do delito.⁶³ Neste sentido, a investigação só se inicia e a ação só possui condição de procedibilidade caso haja representação.

Importante ressaltar que a titularidade da ação permanece sendo do Ministério Público e que mesmo com representação ele pode decidir por não propor a ação, tendo em vista sua independência funcional⁶⁴.

Do mesmo modo, a representação da vítima é sempre referente à um fato e não contra pessoas específicas, cabendo ao Ministério Público propor ação contra todos os que estiverem envolvidos⁶⁵.

Após o advento da Lei 13.964/2019, esta é a ação aplicável aos casos comuns de estelionato. Neste sentido, não haverá investigação policial nem autorização para que o Ministério Público proponha uma ação, sem que haja solicitação expressa da vítima, através da representação. Conforme se verá no próximo tópico, essa mudança é considerada como uma espécie de abrandamento da possibilidade de punição do crime de estelionato.

4.3.2 Ação Penal Privada

Em que pese o tipo penal descrito no art. 171 do Código Penal permanecer como uma Ação Pública, com mudança restrita aos tipos condicionada e incondicionada, é importante analisar a Ação Penal Privada. Isso porque, é preciso contrastar as ações públicas e privadas para entender com maior propriedade o que pretendeu o legislador ao estipular cada uma delas conforme as necessidades de cada caso.

Na Ação Penal Privada o único legitimado para propô-la é o próprio ofendido (ou seu representante legal, em caso de menores ou incapazes). Essa exigência tem por

⁶³ *Ibidem*, p. 115

⁶⁴ FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184

⁶⁵ FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 184

objetivo proteger a intimidade da vítima: tendo em vista a natureza do crime, ela pode preferir por não expor o caso ao judiciário⁶⁶.

Assim como a Ação Pública, possui algumas características singulares: (i) oportunidade, (ii) disponibilidade e (iii) indivisibilidade.

Trata-se de uma ação oportuna pois, como dito anteriormente, a vítima pode decidir se é conveniente ou não propor uma ação contra o autor do fato, mesmo que existam provas incontrovertidas da autoria. Lembrando que na Ação Pública o promotor não dispõe dessa discricionariedade⁶⁷.

A disponibilidade refere-se à possibilidade da vítima, mesmo após a propositura da ação, desistir de dar-lhe prosseguimento, seja “por meio dos institutos do perdão e da perempção (arts. 51 e 60 do CPP), bem como pode desistir de recurso que tenha interposto (art. 576 do CPP)”⁶⁸.

Já a indivisibilidade ocorre pela impossibilidade do interessado prestar queixa contra uma pessoa e outras não, sabendo que todas elas estão envolvidas no fato. Caso o faça intencionalmente, caracterizará renúncia e cabe ao Ministério Público fiscalizar a aplicação desse princípio. Se a exclusão não foi intencional, a vítima terá 6 meses após a intimação para aditar sua queixa⁶⁹.

4.3.2.1 Ação Penal Privada Exclusiva

Conforme o nome já sugere, a Ação Penal Privada Exclusiva possui exclusividade com relação a legitimidade para propor a ação. Em regra, essa legitimidade pertence ao ofendido ou seu representante legal, no caso de menores de idade ou incapazes civilmente.⁷⁰

⁶⁶ FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175

⁶⁷ *Ibidem*, p. 175

⁶⁸ *Ibidem*, p. 175

⁶⁹ *Ibidem*, p. 175

⁷⁰ FILHO, V. G. **Manual de Processo Penal**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 180

A exceção se encontra no caso de morte ou declaração de ausência antes da propositura da ação, nesses casos a ação poderá ser proposta “dentro do prazo decadencial de 6 meses, por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (art. 31 do CPP). Atualmente, tal direito é reconhecido também ao companheiro em caso de união estável.”⁷¹

Caso exista interesse concomitante de mais de um desses legitimados em propor a ação, o cônjuge tem sua preferência garantida por lei, seguido dos demais parentes. Caso o propositor abandone a ação, o próximo familiar poderá assumir a legitimidade e dar continuidade ao processo. Se o próprio ofendido desistir da ação, ninguém poderá dar continuidade a ela em seu nome (somente em caso de morte do ofendido durante o processo), gerando preempção.⁷²

4.3.2.2 Ação Penal Privada Personalíssima

Esta ação aplica-se a somente um caso na legislação brasileira⁷³: “Art. 236 - Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior.”⁷⁴

Isto porque, como se infere do tipo penal, trata-se de uma ofensa a um interesse íntimo do ofendido, interessando somente a ele propor ou não uma ação. Caso seja menor de idade ou incapaz, aguarda-se o término dessas condições, contando com o prazo decadencial de 6 meses para a queixa.

4.3.2.3 Ação Penal Privada Subsidiária da Pública

⁷¹ Ibidem, p. 180

⁷² Ibidem, p. 180

⁷³ Ibidem, p. 154

⁷⁴ BRASIL. Código Penal. [S.l.]: [s.n.], 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

A Ação Penal Privada Subsidiária da Pública tem lugar quando há omissão do Ministério Público em oferecer denúncia dentro do prazo legal. Este direito é garantido pelo art. 5º, LIX, da Constituição Federal⁷⁵.

Portanto, apesar de exclusiva, a titularidades das ações públicas não é absoluta, havendo possibilidade da intervenção na vítima no prazo de 6 meses, contados a partir do término do prazo para manifestação do Ministério Público.⁷⁶

“De acordo com o art. 46 do Código de Processo, o prazo para o oferecimento de denúncia é de 5 dias, se o indiciado estiver preso, e de 15 dias, se estiver solto, a contar da data em que for recebido o inquérito policial. Findo esse prazo sem que o Ministério Público tenha apresentado manifestação, surge o direito para a vítima de oferecer a queixa em substituição à denúncia não apresentada no prazo”

Em verdade, há uma alternância de legitimidades. Primeiro há legitimidade exclusiva do Ministério Público. Secundariamente há uma legitimidade concorrente entre vítima e MP e, por fim, o Ministério Público volta a ter legitimidade exclusiva caso não tenha sido oferecido queixa pela vítima.⁷⁷

4.4 ABRANDAMENTO DO CRIME DE ESTELIONATO

Conforme se verá detalhadamente no próximo capítulo, as leis são criadas e modificadas conforme o contexto social, político e econômico vivido por uma sociedade. Neste sentido, pode ocorrer um endurecimento ou afrouxamento das penalidades conforme o período analisado.

Como exemplo, o autor Pires relata uma tendência de abrandamento na interpretação e aplicação da lei penal brasileira entre as décadas de 40 a 80⁷⁸, em contraste com o “Movimento Lei e Ordem” observado após esse período, indo de encontro à Constituição garantista de 1988.⁷⁹

⁷⁵ REIS, A. C. A.; GONÇALVES, V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165

⁷⁶ *Ibidem*, p. 166

⁷⁷ *Ibidem*, p. 165

⁷⁸ *Ibid*, p. 76.

⁷⁹ *Ibid*, p. 77.

Seguindo essa tendência, o Pacote Anticrime como um todo foi entendido por alguns autores como uma sinalização do recrudescimento do Direito Penal brasileiro:

O pacote insiste em uma visão puramente punitivista, o que vem impactar o já falido sistema carcerário, propondo o endurecimento de penas e a redução de direitos, tais como a de progressão de penas. E incorpora e cumpre a promessa de campanha de Bolsonaro, que é dar aval e licença para as polícias no exercício de suas precípuas funções, erigindo, assim, mais uma excludente de ilicitude⁸⁰.

Corroborando com esse entendimento, Menezes aponta para uma influência do populismo penal na promulgação da Lei 13.964/2019. Para ela, o populismo penal se caracteriza pela construção de um discurso midiático e estatal, que narra uma situação de medo e a insegurança entre os cidadãos, solucionáveis com práticas punitivistas e endurecimento das penas⁸¹. Ao fundamentar seu posicionamento, a autora elabora uma análise da justificativa do projeto de lei em questão:

De acordo com o próprio Ministro, em suas justificativas ao Projeto (BRASIL, 2019b), este visa ao combate à corrupção, crime organizado e crimes praticados com grave violência contra pessoa. Ao mesmo tempo, surgiria devido à necessidade do ordenamento jurídico brasileiro de se adequar a uma “nova realidade”, em especial no que tange ao enfrentamento de uma grave crise em se tratando de corrupção e segurança pública. Essa crise remeteria à corrupção, em especial, que surge, segundo o texto em questão, desde o início da história brasileira, aos idos do século XVI, quando Pero Vaz de Caminha solicitou liberdade para seu genro, preso, ao Rei de Portugal. Assim, o Ministro relaciona a corrupção diretamente ao agravo da questão da violência, galgando seu anteprojeto na solução para todos esses problemas.

Em que pese pertencer à um pacote de medidas considerado de maneira geral como mais punitivista, a mudança feita especificamente no artigo em estudo foi considerada como benéfica aos acusados. Daguer e Soares ressaltam os aspectos positivos dessa alteração:

“Noutro passo, como ponto positivo da alteração empreendida, há de se destacar a diminuição da intervenção do Estado em algumas situações que dizem respeito tão somente a relação entre particulares, na medida em que aquele que se sentir ofendido deve se manifestar objetivamente a respeito da intenção de obter tutela por meio do direito penal.

⁸⁰ Gisele leite, p. 70

⁸¹ Menezes, p. 15

Caso decida pelo início do processo penal, o ofendido poderá acompanhar ativamente o trâmite processual, elucidando fatos e demonstrando seu direito tanto quanto possível⁸².

Do mesmo modo, Guilherme Madeira e Luciano Anderson de Souza veem a mudança como positiva para o Direito Penal brasileiro, lamentando a penas pela medida não ter se aplicado a outros casos que entendem semelhantes, como outros crimes patrimoniais cometidos sem violência⁸³.

Assim, mostra-se contrário à economia processual que o Estado, com toda sua sobrecarga do judiciário, gaste seus recursos para penalizar um delito sem a anuência da própria vítima que, muitas vezes pode entender a lesão como insuficiente para oferecer representação⁸⁴.

A mudança trazida pelo legislador é positiva, e confere à vítima maior liberdade quanto ao como proceder após o fato delituoso⁸⁵, podendo impactar em dados como o número de processos em andamento, a celeridade desses processos e os índices carcerários.

⁸² (DAGUER e SOARES, 2020)

⁸³ (DAGUER e SOARES, 2020)

⁸⁴ (DAGUER e SOARES, 2020)

⁸⁵ (DAGUER e SOARES, 2020)

5 RETROATIVIDADE DA LEI

5.1 NORMAS MATERIAIS E PROCESSUAIS

Antes de tratar sobre o princípio da irretroatividade da lei, é importante informar que as regras só se aplicam no caso de normas materiais, é o que afirma categoricamente Bitencourt: “O princípio da irretroatividade da lei penal limita-se às normas penais de caráter material [...]”.⁸⁶

Entende-se por norma material toda aquela que regula e produz efeitos sobre as relações concretas entre os cidadãos, “que definem licitude ou ilicitude de condutas, estabelecem responsabilidades, prescrevem sanções civis ou penais, criem ônus ou premiações, dentre outras categorias eficaciais dessa natureza”.⁸⁷

Já a norma processual “rege o direito de agir processualmente”⁸⁸, estabelece formalidades e ordens necessárias aos atos de um processo, cuidando de assuntos como “prazos, competências e formas processuais”⁸⁹.

De forma a colaborar com a compreensão sobre o assunto, Ana Flávia Messa apresenta a seguinte tabela em seu Curso de Direito Processual Penal⁹⁰:

⁸⁶ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 445

⁸⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2014. pp. 26- 28.

⁸⁸ JUNIOR, T. S. F. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 144

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2014. pp. 26- 28.

⁹⁰ MESSA, A. F. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

ITENS	NORMA MATERIAL	NORMA PROCESSUAL
Termo	Substancial	Instrumental
Direito	Material	Formal
Atividade jurisdicional	Crítério de julgar	Modo de proceder
Inobservância jurisdicional	<i>Error in iudicando</i>	<i>Error in procedendo</i>
Objeto	Relações jurídicas	Aplicação das normas de direito material
Conflito de interesses	Aplicação imediata	Aplicação mediata
Regulação	Atividades não jurisdicionais	Atividades jurisdicionais

Tabela 1

Ela complementa o estudo das normas afirmando que as normas materiais (também chamadas substanciais) são critério de julgamento, gerando *error in iudicando* (erro de julgamento praticado pelo magistrado, quando do julgamento de questões de direito material) caso haja sua inobservância. Já as normas processuais (também chamadas instrumentais) são critério de proceder, gerando *error in procedendo* (erro que o juiz comete no exercício de sua atividade jurisdicional, no curso procedimental ou na prolação da sentença) em caso de inobservância⁹¹.

Entretanto, essa distinção entre norma material e norma processual nem sempre é bem delimitada no caso concreto, por isso assevera Tercio Sampaio Ferraz Jr. que essa classificação entre normas materiais e processuais tende a cair em desuso. Consonante a isso, outros autores como Taipa de Carvalho⁹² que acreditam não existir norma puramente material ou processual, podendo a mesma norma surtir efeito nos dois campos.

A seguinte situação pode ser utilizada como exemplo do caráter misto de algumas normas: a criação de lei que proíba o pagamento de fiança para determinado tipo de crime. Embora em um primeiro momento pareça ser uma norma de direito processual, segue as regras de irretroatividade de uma norma de direito material, tendo em vista que atinge de forma concreta o direito à liberdade do indivíduo.⁹³

⁹¹ MESSA, A. F. **Curso de Direito Processual Penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.118.

⁹² CARVALHO, T. **Sucessão de Leis Penais**, Coimbra: Coimbra Editora, p. 219-223.

⁹³ CALLEGARI, A. L. Comentário ao artigo 5º, parágrafo XL. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 390

Neste sentido, fica nítida a importância da classificação da norma, pois, caso se trate de uma norma processual, seus efeitos são imediatos, não havendo que se falar em retroatividade ou irretroatividade, conforme prevê o Código Processual Penal, em seu artigo 2º:

Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Essa análise sobre a natureza material ou processual da norma deve ser feita com relação ao o texto da Lei nº. 13.964/19, núcleo do presente estudo, que traz a seguinte modificação do Código Penal:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for:
I - a Administração Pública, direta ou indireta;
II - criança ou adolescente;
III - pessoa com deficiência mental; ou
IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.” (NR) [...]

Pela leitura do dispositivo é possível inferir tratar-se de uma norma processual, pois impõe uma condição de procedibilidade do processo penal. Assim, os processos em curso não seriam afetados, tendo em vista eficácia imediata das normas processuais.

Entretanto, em uma análise mais detida, conclui-se pelo caráter misto dessa norma, pois indiscutivelmente produz efeitos benéficos ao réu no plano material, ao abrir margem à possibilidade de extinção da punibilidade. Moreira desenvolve o seguinte raciocínio:

“Feitas estas considerações acerca das normas processuais penais de natureza material (“normas de garantia”), vê-se que o novo § 5º., do art. 171 do CP, insere-se nesta categoria, pois diz respeito ao dever de acusar e de punir (já que a representação é uma condição indispensável para o exercício da ação penal); outrossim, tem um aspecto nitidamente penal, visto que o não oferecimento da representação ocasionará a renúncia ou a decadência deste direito, com a conseqüente extinção da punibilidade, matéria de indubioso caráter material (art. 107, IV, CP).”⁹⁴

⁹⁴ MOREIRA, R. D. A. Justificando. **O crime de estelionato depende de representação**, 2020. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>>. Acesso em: 8 fevereiro 2021.

Dadas as considerações, esse será o posicionamento adotado no presente trabalho, o de que as alterações no artigo 171 no Código Penal possuem caráter misto, ou seja, são normas processuais e materiais, aplicando-se, portanto, a retroatividade da lei.⁹⁵

5.2 RETROATIVIDADE PENAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Antes de se falar propriamente sobre as possibilidades de irretroatividade e ultratividade da lei, é necessário adotar um tempo como referência. No ordenamento brasileiro adota-se a teoria da atividade, ou seja, considera-se praticado o fato no momento da ação ou omissão, e não dos seus resultados:

Art. 4º - Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Do mesmo modo, a lei aplicada para analisar o fato jurídico será aquela vigente no momento em que a ação ou omissão criminosa foi praticada⁹⁶, conforme o já mencionado artigo 2º do Código de Processo Penal.

Entretanto nem sempre é possível aplicar a regra vigente no momento do fato. Isso porque as leis não são estáticas, elas se moldam e melhoram com o passar do tempo, conforme as necessidades da sociedade, porém nem sempre as leis do momento do crime são as mais adequadas. Bitencourt explica que “em tese, as leis novas são melhores que as mais antigas e teriam melhores condições para fazer justiça.”⁹⁷

De forma muito didática, ele explica o fundamento da retroatividade das leis: “Assim como nenhuma forma de manifestação de vida consegue evitar a ação corrosiva e implacável do tempo, a lei penal também nasce, vive e morre”.⁹⁸

⁹⁵ CALLEGARI, A. L. Comentário ao artigo 5º, parágrafo XL. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 390

⁹⁶ GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18ª. ed. Niterói: Impetus, v. 1, 2016, p. 158

⁹⁷ BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442

⁹⁸ *Ibidem*, p. 441

Neste sentido, embora muitas vezes necessárias, essas mudanças legislativas podem ser utilizadas de forma arbitrária, pois nem sempre as leis se modificam motivadas por uma real necessidade, podendo ser apenas uma resposta a forte comoção social, após o acontecimento de algum fato grave, resultando em uma repressão muitas vezes excessiva.⁹⁹

Pensando nisso, os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei¹⁰⁰ foram fixados como limites para a renovação das previsões legais, visando uma maior segurança jurídica dos cidadãos. Assim, uma ação ou omissão não será considerada punível, ou tenha a pena agravada, somente após a prática do ato, de forma imprevisível e prejudicial ao agente.¹⁰¹

A partir dessa necessidade de renovação da lei no tempo, é possível falar-se em extra-atividade da lei penal, da qual a ultra-atividade e retroatividade são espécies. A primeira ocorre quando a lei permanece produzindo efeitos, mesmo após sua revogação; e a segunda ocorre quando a lei é aplicada sobre fatos anteriores à sua vigência,

Ultra-atividade e retroatividade estão presentes nas codificações da maioria dos países. Aqui no Brasil, o princípio da irretroatividade foi positivado pela primeira vez na Constituição Imperial de 1824, de forma genérica, sem se referir propriamente ao âmbito penal.¹⁰²

Mais adiante, na Constituição de 1981, o princípio da irretroatividade foi reafirmado, mantendo seu caráter inescusável e sem previsão de exceção nos casos de lei mas benéfica ao réu.

Em matéria penal, o dispositivo surgiu somente na Constituição Brasileira de 1934, aqui sim prevendo a possibilidade retroatividade da lei quando beneficiar o acusado. Três anos depois, a Carta de 1937, complementando o raciocínio das leis

⁹⁹ *Ibidem*, p. 445

¹⁰⁰ CALLEGARI, A. L. Comentário ao artigo 5º, parágrafo XL. In: CANOTILHO, J. J. G., et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 388

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 389

¹⁰² *Ibidem*, p. 388

anteriores, vedou a aplicação de penas mais severas à fatos anteriores à sua entrada em vigor.¹⁰³

O respeito aos princípios da legalidade e irretroatividade da lei permaneceram positivados nas legislações posteriores até a constituição vigente atualmente:

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

Diante do exposto, é possível concluir que as regras sobre retroatividade da lei são asseguradas fundamentalmente pela Constituição Federal e que possuem previsão subsidiária no Código Penal e Código de Processo Penal.¹⁰⁴

Importante frisar que, mesmo nos casos em que já exista uma sentença transitada em julgado sobre o fato em questão, é possível a retroatividade para beneficiar o réu.¹⁰⁵ É o que comanda o parágrafo único do artigo 2º do Código Penal Brasileiro.¹⁰⁶

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

No caso do presente trabalho, qual seja, as alterações trazidas pela Lei nº. 13.964/19 ao artigo 171 do Código Penal, é possível a aplicação da nova legislação aos processos já em andamento. Tem-se aqui um caso de retroatividade, pois a alteração legislativa pode surtir efeitos sobre fatos praticados antes da sua vigência.

Nesse sentido, estaria configurada a figura de *novatio legis in melius*, visto que sua aplicação seria benéfica ao agente, conforme elencado por Greco:

Poderá beneficiá-lo quando: trazer causas de diminuição de pena, reduzir os prazos prescricionais, condicionar as ações penais à representação do ofendido etc¹⁰⁷.

¹⁰³ Ibidem, p. 388

¹⁰⁴ GRECO, R. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18ª. ed. Niterói: Impetus, v. 1, 2016, p. 157

¹⁰⁵ Ibidem, p. 159

¹⁰⁶ Ibidem, p. 160

¹⁰⁷ Ibidem, p. 160

Ainda restando dúvidas sobre qual dispositivo seria mais benéfico para o réu, Greco atenta para a possibilidade de o juiz consultar o próprio acusado para que este diga qual lei gostaria de ter aplicada ao caso¹⁰⁸.

A aplicação das regras de retroatividade aos processos em curso será debatida mais detalhadamente no próximo capítulo deste trabalho.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 173

6 HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA LEI 13.964/2019

6.1 CRIMES COMETIDOS APÓS A LEI 13.964/2019

Após a exposição de todo o arcabouço teórico, é chegada a hora de aplicar ao caso concreto os conceitos estudados. Neste sentido, a aplicação da Lei 13.964/2019 será analisada das hipóteses mais simples as mais complexas.

Primeiramente tem-se os crimes de estelionato em que o fato foi cometido após a vigência das alterações legislativas e que não possuem inquérito instaurado. Neste caso, não há divergência de entendimento quanto ao procedimento a ser seguido.

Conforme o comando do artigo 171, §5º do Código Penal, a vítima do crime deverá oferecer representação contra o possível estelionatário para que a polícia inicie o inquérito e, futuramente, para que o Ministério Público inicie o processo.

Importante ressaltar que o prazo para o oferecimento da representação é de 6 meses contados a partir do momento em que a vítima tiver ciência sobre a autoria do crime sob pena de decadência e conseqüente extinção da punibilidade¹⁰⁹. Ainda sobre a representação, esta é condição de procedibilidade, sem a qual não poderá existir inquérito, nem processo penal, visto ser este o núcleo do instituto da Ação Pública condicionada à representação.

6.2 CRIMES COM INQUÉRITO INSTAURADO ANTES DA LEI 13.964/2019

Outra possível situação, desta vez um pouco mais complexa, é quanto o inquérito já foi instaurado antes do advento Lei 13.964/2019 e sem a representação da vítima, mas em que já há o conhecimento da autoria do crime. Neste caso, ainda não existe norma específica para regular as providências a serem tomadas, obrigando que operador do direito se utilize de analogias para tomar uma decisão.

¹⁰⁹ CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 663 p. v. 1.

As legislações análogas utilizadas para dirimir a questão são: Lei 9.099/95 e Código de Processo Penal. O primeiro diploma normativo dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e possui em seu artigo 91 redação especialmente interessante para o caso em questão:

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.

O artigo supracitado atende de forma satisfatória ao problema em questão, de modo a não levantar maiores dúvidas quanto a sua aplicação análoga, permitida justamente pelo outro diploma aqui referido: o artigo 3º do Código de Processo Penal.

Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Diante do exposto, conclui-se que nos inquéritos anteriores à nova lei, a autoridade policial deverá intimar o ofendido para que este, no prazo de 30 dias, ofereça representação contra seu ofensor, seguindo então para um possível processo penal, caso o Ministério Público entenda necessário.

6.3 AÇÕES PENAIIS INICIADAS ANTES DA LEI 13.964/2019

Finalmente será analisado o caso mais concreto, núcleo de maiores divergências e que baliza o presente trabalho. Trata-se da situação em que já haviam ações penais em curso quando do advento do novel legislativo.

Para tanto, cabe uma revisão das ideias trabalhadas até o momento neste trabalho.

O estelionato é crime contra o patrimônio público, previsto no artigo 171 do código penal, possuindo pena de 1 a 5 anos. Recentemente, com a advento da Lei 13.964/2019 sofreu alterações quanto ao tipo de ação. Antes de Ação Penal Pública incondicionada, agora passa a Ação Pública condicionada à representação do ofendido.

No primeiro momento “a polícia poderia realizar a investigação e o Ministério Público propor uma ação contra o possível autor mesmo que a vítima não tenha se manifestado, ou seja, independentemente de sua representação”. Agora “não haverá investigação policial nem autorização para que o Ministério Público proponha uma ação, sem que haja solicitação expressa da vítima, através da representação”.

A norma que impõe essa condição é classificada como mista, ou seja, possui características de norma material –que regula diretamente uma conduta- e de direito processual -que detalha o procedimento da ação-.

Possuindo características de norma material, deve produzir seus efeitos de retroatividade conforme expõe Débora, em seu posicionamento fundamentado em Pacelli:

“Como consequência da norma mista ou híbrida deve-se observar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu e a irretroatividade da lei penal que agrava sua situação (art. 5.º, XL, da CF).

No mesmo sentido Pacelli (2013, pág 28) analisando o mesmo tema das leis processuais no tempo trata das normas de conteúdo misto, que são aquelas que possuem disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, “...deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras...” (grifos). E, continua: “É que a regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre comandos de natureza processual. Se, porém, for mais favorável, pode-se aplicar a lei desde logo”. (grifos).”¹¹⁰

Neste sentido, tratando-se de um caso de *novatio legis in mellius*, é possível concluir pela aplicação das regras de retroatividade legislativa aos processos já instaurados. Isso significa que estes, assim como os novos processos, prescindem de representação como condição de procedibilidade.

O questionamento que se impõe é: Como sanar o requisito da representação aos processos já em curso?

A pergunta é de máxima relevância pois, conforme asseverado por Moreira, “que “o Estado não pode, de ofício, nem sequer determinar uma investigação criminal, muito menos acusar alguém”. No mesmo sentido, Daguer e Soares observam que a vítima

¹¹⁰ p. 5

“necessariamente deve anuir com o prosseguimento da ação penal, até porque em muitas oportunidades o ônus decorrente da persecução é muito maior do que o prejuízo patrimonial sofrido pelo ofendido”.

A solução para o questionamento trilha o mesmo caminho traçado no tópico anterior, ou seja, a conjugação dos artigos 91 da Lei 9.099/95 e 3º do Código de Processo Penal. Na prática, isso significa que o juiz deverá intimar o ofendido para que, no prazo de 30 dias, ofereça sua representação para o prosseguimento da ação.¹¹¹

Findo o prazo, ocorrerá o instituto da decadência nos processos que não receberem a representação, ou seja, finda o direito de ação do ofendido¹¹². A decadência, por sua vez, é causa de extinção da punibilidade, conforme fundamenta o Código Penal: “Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: IV - pela prescrição, decadência ou preempção;”.¹¹³

A extinção da punibilidade não significa a extinção do processo, mas sim a extinção do *ius puniendi*, ou seja, do direito de punir do Estado. Sem a punibilidade, o ilícito penal permanece existindo, mas não é capaz de fundamentar a manutenção de uma pena contra o réu.

Diante do exposto, é possível concluir que as pessoas que se encontram encarceradas pelo crime comum de estelionato e que não obtiveram representação em seus processos no tempo hábil, devem ser soltas, com fundamento na extinção da punibilidade.

A consequência prática desse entendimento é um possível impacto nas estatísticas carcerárias apresentadas no primeiro capítulo deste trabalho, pois o estelionato é um crime patrimonial. Este tipo de crime responde por quase metade das pessoas no Brasil,

¹¹¹ daguer

¹¹² Bitencourt, p. 1908

¹¹³ CP

dos quais 95% são homens, a maioria em idade economicamente ativa¹¹⁴ e geralmente responsáveis pelo sustento das famílias¹¹⁵.

Conforme se verá a seguir, o entendimento exposto até o presente momento possui divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

6.4 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

Tendo em vista que a legislação não foi explícita quanto à sua aplicação sobre as ações já em curso, tem surgido algumas divergências de entendimento sobre quais medidas tomar nesses processos.

Cunha, por exemplo, defende que se a denúncia já foi ofertada, ou seja, se já foi proposta uma petição inicial para ação, trata-se de ato jurídico perfeito, não alcançado pelos efeitos da retroatividade legislativa¹¹⁶. Este, inclusive, é o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bastando a exigência de boletim de ocorrência para suprir a representação:

(TJ-SP - HC: 20540054020208260000 SP 2054005-40.2020.8.26.0000, Relator: Marco de Lorenzi, Data de Julgamento: 09/04/2020, 14ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 14/04/2020). CORREIÇÃO PARCIAL – Artigo 171, § 5º, do Código Penal, introduzido pela lei 13.964/2019. Ação penal condicionada a representação. Condição de procedibilidade. Aplicação retroativa da lei penal mais benéfica (artigos 5º, XL, da CF; e, 2º, parágrafo único, do CP) – Determinação "ex officio" pela autoridade corrigida de intimação da vítima para eventual oferecimento de representação. Providência, "a priori", escorreita – Comportamento da vítima, entretanto, condizente com a intenção de processar a autora do fato. Comparecimento e registro da ocorrência em solo policial. Representação bem delineada. Desnecessidade de formalidades. Precedentes – "Error in procedendo" evidenciado – Correição provida para cassar a decisão que determinou a intimação da vítima. (TJSP; Correição Parcial Criminal 2012780-40.2020.8.26.0000; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Getulina -

¹¹⁴ NACIONAL, D. P. **Infopen**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 26 dezembro 2020

¹¹⁵ [http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html#:~:text=Esse%20percentual%20C3%A9%20de%205,\(15%2C8%20milh%C3%B5es\)](http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html#:~:text=Esse%20percentual%20C3%A9%20de%205,(15%2C8%20milh%C3%B5es))

¹¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 65.

Vara Única; Data do Julgamento: 13/04/2020; Data de Registro: 13/04/2020).

Em junho de 2020, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou em sentido convergente ao posicionamento de Cunha, entendendo pela denúncia como ato jurídico perfeito inatingível pelas alterações legislativas em questão:

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

[...]

3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo

Apenas dois meses depois, o mesmo Tribunal decidiu pela retroatividade da lei, determinando a intimação do ofendido para que este apresentasse representação, construindo a mesma linha de raciocínio defendida pelo presente trabalho:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA. 1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva. 2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa. 3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu. 4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que a mesma não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia. 5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais,

voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia

O HC N° 610.201 - SP impetrado no Superior Tribunal de Justiça fora indeferido, pois entendeu o Exm° Ministro Ribeiro Dantas que a condição de procedibilidade no processo estava satisfeita, uma vez que a denúncia já havia sido oferecida pelo Ministério Público, à época da vigência da *novatio legis*. Ressaltou ainda, que não há que se falar em condição de prosseguibilidade, pois o legislador não instituiu esta condição quando do advento da nova lei. Inclusive, vale ressaltar, havia um projeto de lei (Projeto de Lei n° 882/2019) em que se tentou inibir a referida condição, todavia este projeto fora rejeitado. Assim sendo, o Ministro compreende que há que resguardar preceitos constitucionais como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, afim de se evitar um quadro de insegurança jurídica:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO. LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). RETROATIVIDADE. INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. WRIT INDEFERIDO. 1. A retroatividade da norma que previu a ação penal pública condicionada, como regra, no crime de estelionato, é desaconselhada por, ao menos, duas ordens de motivos. 2. A primeira é de caráter processual e constitucional, pois o papel dos Tribunais Superiores, na estrutura do Judiciário brasileiro é o de estabelecer diretrizes aos demais Órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, verifica-se que o STF, por ambas as turmas, já se manifestou no sentido da irretroatividade da lei que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do CP. 3. Em relação ao aspecto material, tem-se que a irretroatividade do art. 171, §5o, do CP, decorre da própria mens legis, pois, mesmo podendo, o legislador previu apenas a condição de procedibilidade, nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade. Ademais, necessário ainda registrar a importância de se resguardar a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia. 4. Não bastassem esses fundamentos, necessário registrar, ainda, prevalecer, tanto neste STJ quanto no STF, o entendimento "a representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, não exige maiores formalidades, sendo suficiente

a demonstração inequívoca de que a vítima tem interesse na persecução penal.

Dessa forma, não há necessidade da existência nos autos de peça processual com esse título, sendo suficiente que a vítima ou seu representante legal leve o fato ao conhecimento das autoridades." (AgRg no HC 435.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 04/09/2018). 6. Habeas corpus indeferido.

Ainda no âmbito do STJ, o Recurso em *Habeas Corpus* N° 139.715 - SP, cujo relator fora o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, foi indeferido, por motivo

semelhante ao anterior, qual seja, a da denúncia ter sido oferecida antes da vigência da Lei 13.964/2019, pois há entendimento no sentido da irretroatividade da representação da vítima do crime nos casos em que a denúncia já tiver sido oferecida no processo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. RETROATIVIDADE DO ART. 171. § 5o, DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019. INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI NOVA. ENTENDIMENTO DA QUINTA TURMA DO STJ E DA PRIMEIRA TURMA DO STF. ACORDO ENTRE AS PARTES. EFEITOS DIVERSOS DA ABSOLVIÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Como é de conhecimento, a Quinta Turma do STJ firmou jurisprudência no sentido de que a retroatividade da representação da vítima no crime de estelionato não alcança aqueles processos cuja denúncia já foi oferecida. Na hipótese, a denúncia foi oferecida antes das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime". 2. No mesmo sentido, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 187.341, da relatoria do E. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, decidiu, por unanimidade de votos,

que é inaplicável a retroatividade do § 5o do art. 171 do Código Penal às hipóteses em que o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. 3. Por fim, o acordo entre as partes (vítima e autora do suposto fato criminoso), realizado antes do recebimento da denúncia resulta, no tocante ao crime de estelionato na sua forma fundamental, na aplicação do art. 16 do Código Penal (arrepentimento posterior), não gerando o efeito de trancar a ação penal ou de absolver o acusado (HC-279.805/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe de 10/11/2014). Caso a reparação do dano ocorra após o recebimento da denúncia, aplica-se o art. 65 do CP (circunstância atenuante). 4. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.

Nesse mesmo sentido, o Supremo tribunal Federal compreendeu que o ato jurídico perfeito cria um óbice a quaisquer tentativas de interrupção da ação, sendo imprescindível que haja normatização superveniente que aponte a possibilidade de uma condição de prosseguibilidade e, como já mencionado, esta não só não existe, como foi matéria vencida em projeto de lei tramitado na Câmara dos Deputados. O *Habeas Corpus* 187.341 cuja relatoria é do Ministro Alexandre de Moraes explicita este entendimento:

Ementa: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA A PARTIR DA LEI N. 13.964/19 ("PACOTE ANTICRIME"). IRRETROATIVIDADE NAS HIPÓTESES DE OFERECIMENTO DA DENÚNCIA JÁ REALIZADO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE QUE DIRECIONAM A INTERPRETAÇÃO DA DISCIPLINA LEGAL APLICÁVEL. ATO JURÍDICO PERFEITO QUE OBSTACULIZA A INTERRUPTÃO DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE NORMA ESPECIAL A PREVER A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO SUPERVENIENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1.Excepcionalmente, em face da singularidade da matéria, e de sua

relevância, bem como da multiplicidade de habeas corpus sobre o mesmo tema e a necessidade de sua definição pela PRIMEIRA TURMA, fica superada a Súmula 691 e conhecida a presente impetração. 2. Em face da natureza mista (penal/processual) da norma prevista no §5º do artigo 171 do Código Penal, sua aplicação retroativa será obrigatória em todas as hipóteses onde ainda não tiver sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público, independentemente do momento da prática da infração penal, nos termos do artigo 2º, do Código de Processo Penal, por tratar-se de verdadeira “condição de procedibilidade da ação penal”. 3. Inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal, às hipóteses onde o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19; uma vez que, naquele momento a norma processual em vigor definia a ação para o delito de estelionato como pública incondicionada, não exigindo qualquer condição de procedibilidade para a instauração da persecução penal em juízo. 4. A nova legislação não prevê a manifestação da vítima como condição de prosseguibilidade quando já oferecida a denúncia pelo Ministério Público. 5. Inexistente, no caso concreto, de ilegalidade, constrangimento ilegal ou teratologia apta a justificar a excepcional concessão de Habeas Corpus. INDEFERIMENTO da ordem.

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.230.095, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, cuidou do pedido de provimento à reconsideração da decisão que obstou a defesa em obter a retroatividade da norma em favor do réu. No caso em questão, o Ministro Relator entendeu que se faz necessário o estabelecimento de um referencial para a aplicação da norma. Por conseguinte, em se tratando de uma condenação já transitada em julgado anos antes do advento da nova lei, não haveria porque haver retroação. Ademais, por se tratar também a questão de norma de conteúdo processual, há, pois, que se observar o comando previsto no art. 2º do Código de Processo Penal, que diz que a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Constitucional, Penal e Processo Penal. 3. Estelionato. Art. 171, caput, do Código Penal. 4. Não aplicação, no caso, do contido no § 5o do art. 171 do Código Penal, acrescentado pela Lei 13.964/2019. 5. Pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. Ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral. Art. 102, § 3o, da Constituição Federal, c/c o art. 1.035, § 2o, do Código de Processo Civil. 6. Autoria e materialidade. Alegações que dizem respeito à legislação infraconstitucional e ao necessário reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Óbice da Súmula 279/STF. 7. Tema 660, da sistemática da repercussão geral da questão constitucional. 8. Precedentes. 9. Agravo regimental não provido.

7 CONCLUSÃO

Após aprofundado estudo dos institutos que envolvem a aplicação do §5º do artigo 171 do Código Penal, conclui-se não somente como possível, como também adequada a sua retroatividade aos processos judiciais iniciados antes de 23 de janeiro de 2020, data em que iniciou sua vigência.

O “Pacote Anticrime” foi elaborado com o objetivo de endurecer a punição de diversos crimes, trazendo alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execuções Penais.

O objeto de estudo deste trabalho tem como núcleo o crime de estelionato, que ocorre quando alguém se utiliza de qualquer método para enganar um particular, para que este lhe entregue um bem de forma voluntária.

Os crimes contra o patrimônio são responsáveis por quase metade de todas as pessoas encarceradas no país e o estelionato contribui para essa estatística, observando-se um significativo aumento no seu registro durante o último ano em alguns estados brasileiros.

A alteração sofrida nesse tipo penal diz respeito a inserção do §5º do artigo 171 do Código Penal. A redação deste parágrafo modificou o tipo de ação cabível no caso do crime de estelionato. Antes de natureza pública e incondicionada, passou à pública condicionada a representação.

A ação pública incondicionada é a mais comum prevista no Código Penal, refletindo a grande abrangência do *jus puniendi* do Estado. Neste tipo de ação, os únicos requisitos para a sua proposição são os indícios de autoria e materialidade do crime.

A ação pública condicionada à representação, por sua vez limita a pretensão estatal de punir o agente, sendo requisito inescusável que a vítima ofereça representação para que se possa iniciar uma ação penal.

Sendo a representação requisito de procedibilidade da ação, questiona-se sobre sua necessidade para prosseguir com os processos iniciados antes do advento da Lei 13.964/2019. Para tanto, foi necessária uma recapitulação sobre as regras de extra-atividade da lei penal.

Inicialmente, a doutrina ensina que as regras de extra-atividade se aplicam somente a normas de direito material, excluindo-se, portanto, as normas de direito processual. Por reunir as características de ambas espécies normativas, o §5 do artigo 171 do Código Penal é classificado como uma norma mista e, assim sendo, é contemplado pela retroatividade.

As regras de aplicação no tempo são dadas fundamentalmente pela Constituição Federal e, subsidiariamente, pelo Código Penal e Código de Processo Penal. Segundo esses diplomas normativos, o crime considera-se praticado no momento da ação ou omissão e a lei retroagirá senão para beneficiar o réu. Diversos autores se posicionam pelo caráter benéfico da referida alteração legislativa, concluindo então pela sua retroatividade.

Neste sentido, a lei retroagirá aos processos iniciados antes 23 de janeiro de 2020 para exigir que estes possuam representação da vítima como condição de procedibilidade. Segundo alguns doutrinadores, caberá o prazo de 30 dias para atender a esse requisito, sob pena de decadência do direito de ação do ofendido e consequente extinção da punibilidade.

A extinção da punibilidade por ausência de representação ocorrerá tanto com relação aos processos em curso, quanto aos processos transitados em julgado. Isso significa que se deve colocar em liberdade as pessoas que se encontram presas pelo crime de estelionato e que não obtiverem representação da vítima em seus processos.

Cabe ressaltar que, por ser relativamente recente e silente quanto à sua aplicação aos processos já em curso, a Lei 13.964/2019 ainda não possui interpretação uníssona nem doutrinária, nem judicial.

Diante do exposto, destacam-se os aspectos positivos dessa mudança legislativa, como economia processual, celeridade, desafogamento das vias judiciárias, menor lotação nos presídios e conseqüente liberdade de um significativo grupo de pessoas em idade economicamente ativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Darlan; JUNIOR, Marco Antônio Araújo (coord.). **Lei Anticrime Comentada (13.964/2019)**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 208 p. v. 1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2014. 954 p. v. 1.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: [s. n.], 1988.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN – Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em 14 Mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas corpus No 610.201 - SP (2020/0225854-5)**. Paciente: Anderson Kleber Nascimento. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 04 de maio de 2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?livre=610.201&b=DTXT&p=true>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Habeas corpus No 573.093 - SC (2020/0086509-0)**. Paciente: Wagner Alexandre Alves. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca. Brasília, 9 de junho de 2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28+%282020%2F0086509-0%29..PART.%29%29+E+%2216376+136261668%22.COD.&thesaurus=&p=true>>. Acesso em 13 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Habeas corpus No 139.715 - SP (2020/0333777-1)**. Recorrente: Paula Fernanda Gaioto Gonsalves. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, 18 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=DTXT&livre=%28%28+%282020%2F0333777-1%29..PART.%29%29+E+%2216214+121528517%22.COD.&thesaurus=&p=true>>. Acesso em 14 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo No 1.230.095 São Paulo**. Agravante: Fernando Cavalheiro Martins. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753671076>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Habeas corpus No 187.341 São Paulo**. Paciente: Eric Fabiano Arlindo. Impetrante: Cesar Cosmo Ribeiro. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754274277>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. [S. l.], 7 dez. 1940.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [S. l.], 3 out. 1941.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 663 p. v. 1.

COLLUCCI, Cláudia; FOLHA DE SÃO PAULO. **Criminosos aproveitam pandemia de Covid-19 para aplicar golpes virtuais**: De lives falsas para arrecadar doações a oferta fictícia de cerveja, links suspeitos dispararam. São Paulo, 4 jun. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/06/criminosos-aproveitam-pandemia-de-covid-19-para-aplicar-golpes-virtuais.shtml>. Acesso em: 16 maio 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019 - comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2020. 384 p.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**: De acordo com a Lei n. 12.403/2011. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 681 p.

G1. **Famílias chefiadas por mulheres são 37,3% do total no país, aponta IBGE**: Número de casais sem filhos no Brasil aumentou para um em cada cinco. Famílias onde os filhos vivem só com a mãe solteira eram 12,2% em 2010.. Rio de Janeiro: Grupo Globo, 17 out. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/familias-chefiadas-por-mulheres-sao-373-do-total-no-pais-aponta-ibge.html>. Acesso em: 16 maio 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 744 p. v. 2.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 384 p. v. 1.

GOVERNO DE MATO GROSSO; PASSARINHO, Jota (org.). **Polícia alerta para o aumento de crimes de estelionato pelo WhatsApp em MT**. Cuiabá, 24 ago. 2020. Disponível em: <http://www.mt.gov.br/-/15224770-policia-alerta-para-o-aumento-de-crimes-de-estelionato-pelo-whatsapp-em-mt>. Acesso em: 16 maio 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 18. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. 980 p. v. 1.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. 1557 p.

MENEZES, Isabela Pessoa de Holanda. **Vão Morrer na Rua Igual Barata: Uma análise do Recrudescimento Penal a partir do "Pacote Anticrime"**. 2019. 120 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, [S. l.], 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/16581>>. Acesso em: 15 maio 2021.

PEREIRA, Débora Freitas Mendes. **Modificações ao Artigo 171 do Código Penal (Crime de Estelionato) Realizadas Através da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime) – Repercussões na Atividade de Investigação da Polícia Civil**. Bahia: ADPEB - Sindicato dos delegados de polícia do Estado da Bahia, 2020. Disponível em: <http://www.adpeb.com.br/v18/wp/wp-content/uploads/2020/01/Alter%C3%A7%C3%A3o-do-art.-171-Lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2021.

PEREIRA, Rômulo de Andrade. **O crime de estelionato depende de representação**. [S. l.]: Justificando, 11 fev. 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>. Acesso em: 16 jun. 2021.

PIRES, S. L. F. **Os crimes contra o patrimônio e a luta de classes no Brasil 1930 a 1998**. Florianópolis: Dissertação de Pós-Graduação, 1998. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/77728/139635.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 Mai. 2021, p. 35.

SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO GRANDE DO SUL. **Polícia Civil alerta para cuidados contra crimes de estelionato**. Rio Grande do Sul, 2 jun. 2020. Disponível em: <https://www.ssp.rs.gov.br/policia-civil-alerta-para-cuidados-contra-crimes-de-estelionato>. Acesso em: 17 ago. 2021.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Eselvier Campus Jurídico, 2012. 594 p. v. 1.