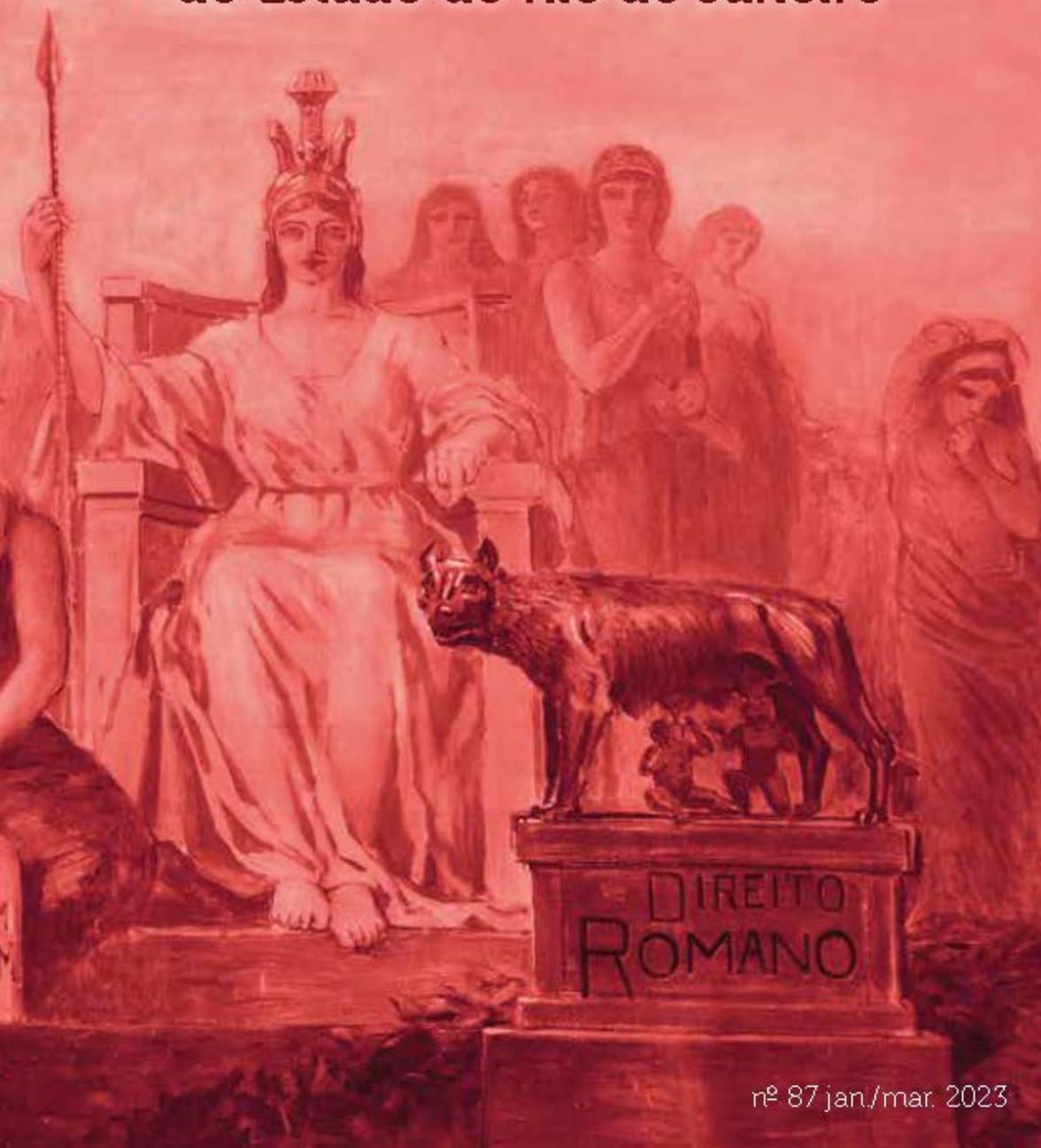


Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro



A representação e o crime de estelionato

Dário Marcelo Menezes Brandão*

Sumário

1. Introdução. 2. Direito intertemporal: da aplicação retroativa da *lex mitior*. 3. Dos limites da aplicação retroativa da *lex mitior*. 4. A abordagem do tema pelos tribunais superiores. 5. Emprego da analogia *in malam partem*: a ilegalidade da intimação da vítima nas investigações em curso. 6. Do controle de convencionalidade, constitucionalidade e legalidade das investigações em curso. 7. Conclusão. Referências.

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar algumas considerações acerca da alteração introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que incluiu o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal, passando a condicionar, como regra, a ação penal do crime de estelionato à representação da vítima (ou de seu representante legal ou de seu sucessor), de forma a aprofundar o debate sobre alguns aspectos relevantes, à luz das soluções até agora apresentadas pela doutrina e jurisprudência, sob uma perspectiva focada na proteção dos direitos humanos e no seu controle de convencionalidade e constitucionalidade, no tocante à extensão e consequências da aplicação da nova normativa aos fatos anteriores à vigência da lei, ao emprego da analogia para intimação da vítima para oferecimento da representação e ao esgotamento do prazo para seu oferecimento, circunstância a ensejar o reconhecimento da extinção da punibilidade pela decadência.

Palavras-chave: Estelionato. Representação. Retroatividade da lei penal. Analogia. Decadência. Extinção da punibilidade.

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, denominada “Pacote Anticrime”, incluiu o parágrafo 5º ao artigo 171 do Código Penal, para estabelecer que a ação penal do crime de estelionato, antes pública incondicionada (salvo as exceções do artigo 182 do CP), passa a ser, como regra, condicionada à representação da vítima (ou de seu representante legal ou sucessor), excetuadas as hipóteses em que for vítima a Administração Pública, direta ou indireta, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental ou maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz, casos em que a ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

* Pós-graduando em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Roberto Bernardes Barroso - IERBB/MPRJ. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

A nova lei, certamente inspirada em postulados de intervenção penal mínima, passou a exigir a representação como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal pelo Ministério Público, suscitando inicialmente discussões acerca da sua aplicação aos fatos ocorridos antes da vigência da lei, tendo em vista a sua repercussão em investigações e processos em curso.

Trata-se de uma lei processual penal híbrida, de caráter material, aplicável, em princípio, de acordo com as regras de direito intertemporal, às investigações e processos em curso, por incidência do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Porém, como veremos mais adiante, há entendimento no sentido de que a lei não deve ser aplicada aos processos em curso, onde já foi oferecida a denúncia, pois, nesse caso, o exame das condições de procedibilidade (representação) já estaria superado.

Contudo, certos aspectos que envolvem o tema carecem de uma abordagem mais acurada, motivando o presente estudo com objetivo de aprofundar o debate no tocante à extensão e consequências de sua aplicação aos fatos anteriores à vigência da lei, sobretudo com relação à exigência de intimação da vítima para oferecimento da representação e ao exaurimento do prazo para seu oferecimento, circunstância a ensejar o reconhecimento da extinção da punibilidade pela decadência.

Este estudo foi desenvolvido a partir de pesquisas de atos normativos, investigações bibliográficas, de artigos publicados em revistas especializadas e na internet e de jurisprudência, pretendendo-se discorrer a respeito do assunto, inclusive sob uma perspectiva focada no direito internacional dos direitos humanos e no seu controle de convencionalidade e constitucionalidade, com o intuito de incrementar o debate sobre o tema, relativo à espécie delitiva tão recorrente, que desperta o interesse de estudiosos e aplicadores do direito penal e que tem sido, por sua relevância, objeto de decisões proferidas pelos tribunais superiores.

2. Direito intertemporal: da aplicação retroativa da *lex mitior*

Conforme estabelece o artigo 2º do CPP, a lei processual nova tem aplicação imediata nas investigações e processos em curso, sem prejuízo da validade dos atos praticados sob a vigência da lei anterior. É a consagração do princípio *tempus regit actum*.

Sobre a eficácia da lei processual no tempo, TOURINHO ensina que o citado dispositivo, em vigor desde 1942, deve ser interpretado à luz da Constituição atual:

Por isso mesmo passamos a conceber o Processo Penal apenas como instrumento para a aplicação da lei penal, como garantia de um processo justo, em que as partes se enfrentam com paridade de armas – *equality arms* –, e não como instrumento de constrangimento ao direito de liberdade, visto que a lei não pode ser um espectro da opressão, e, nessa linha, inadmitir a aplicação de qualquer norma processual penal que eventualmente possa violentar o direito de

liberdade. *Já se disse que as normas processuais penais representam “um prolongamento e a efetivação do capítulo constitucional sobre os direitos e garantias individuais”. Ora, se a Constituição dedica todo um capítulo aos direitos e garantias fundamentais do homem, destacando-se o da presunção de inocência, parece não fazer sentido possa ser elaborada norma processual penal que arroste esse princípio. Pelo contrário, deverá afirmá-lo, consonando-se e com ele se harmonizando.* (...)

A propósito, ensina GIOVANNI LEONE: (...) *(A disciplina da norma processual no tempo deve ser examinada com muita atenção, sobretudo no classificar uma norma como penal ou processual, tendo em vista sua regulamentação (para a norma penal vigoram princípios particulares: art. 2º do CP). Mas, ainda que as normas sejam estritamente processuais, resta indagar se elas exprimem garantias para o imputado decorrentes da Constituição; para elas vigora o princípio da lei mais favorável tal como se dá com a lei penal – tradução livre).*

Ora, se a Constituição estabelece uma série de garantias individuais, punindo, inclusive, os atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), firmando um limite no sentido de que a ordem estatal não possa subjugar liberdades públicas, ao contrário, deve reprimir, nos termos legais, injunções e atentados aos direitos humanos (UADI LAMMÊGO BULOS. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 7ª ed., p. 259), e se a Magna Carta permite a retrotração da lei penal mais branda, é perfeitamente lícito, a nosso sentir, à maneira de BINDER, falarmos em lei penal em sentido amplo (ALBERTO M. BINDER. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 134). *Se há uma profunda relação entre a lei penal propriamente dita e a lei processual penal no que tange ao controle sobre a arbitrariedade no exercício do poder estatal (BINDER. Introducción. cit. p. 134), é indubitoso que a norma processual nova que beneficie o acusado deva retrotrair, amenizando a situação dele, mesmo porque não faz sentido ser retroativa uma lei penal nova que passou a cominar pena mais branda a um fato cometido na vigência da lei velha e ao mesmo tempo não aplicar a lei processual nova que diminuiu o valor da fiança ou que não mais admita, p. ex. (...)*

Ora, se o réu é “presumidamente inocente”, parece-nos que a norma processual deve seguir o mesmo destino das leis penais, salvo quando tiver um caráter estritamente processual e não diga respeito à liberdade do cidadão.

É como pensamos, concordando com PAULO QUEIROZ (*Direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 112). *Na verdade, se um*

dos objetos da Constituição, como dizia o mestre JOSÉ AFONSO DA SILVA (Curso de direito constitucional positivo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1989, p. 42) é “assegurar os direitos e garantias dos indivíduos”, não teria sentido a aplicação de uma lei processual mais severa a processos que estivessem em curso, e, se por acaso fosse mais branda, também não teria sentido a proibição da sua retroeficácia. (...)

Melhor será que na reforma que se anuncia sejam adotadas as disposições constantes do art. VII, incisos I, 2 e 3, do mais recente Código de Processo Penal da América Latina, vale dizer, o Código Procesal Penal do Peru. *Verbis*:

“Vigência e interpretação de la ley procesal penal:

1. La ley procesal penal es de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite (...)

2. La ley procesal referida a derechos individuales que sea más favorable ao imputado, expedida con posterioridad a la actuación procesal, se aplicará retroactivamente, incluso para los actos ya concluídos, si fuere posible.

3. La ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente.”

Por outro lado, não se deve deslembrar de que há normas processuais com intenso conteúdo penal. Nesses casos, e com maior razão, admite-se a retroatividade, em face da sua dupla natureza. Assim uma norma sobre queixa ou representação, mesmo porque, se esta ou aquela não for feita no prazo legal, haverá decadência, que é causa extintiva da punibilidade, e as normas sobre causa extintiva de punibilidade são de direito penal (logo, retroagem). (...)

Ninguém duvida de que uma lei que subordina a propositura da ação penal à representação seja mais benigna que outra que não faz tal exigência. Daí dizer BATTAGLINI: “Che la disposizione attinente alla querela voglia dire una minore severità della legge, é fuori di dubbio. Infatti, se si esige la querela, può darsi che il leso – per questo o per quel motivo utilitario (esempio: conseguita riparazione del danno) o no – rinunci al suo diritto o che non si quereli oppure che revochi la già sporta doglianza”. (La querela. Torino. Tipografia Torinese, 1958, p. 176)

Certo que toda condição de procedibilidade representa um “plus” para o exercício do jus persecuendi e, por isso, é sempre mais favorável. Na hipótese da representação, ou querela, para os italianos (antrag, dos alemães e plainte dos franceses), ela representa algo mais: o

seu não exercício, no prazo previsto em lei, acarreta a extinção da punibilidade. Razão pela qual pensamos seja invocável o disposto no art. 2º e parágrafo do CP. (...)

Com o advento da Lei nº 9.099/95 ao estatuir no art. 88 que os crimes de lesão corporal leve e culposa são de ação penal pública subordinada à representação, toda a doutrina admitiu, com aplausos dos Tribunais, que em se tratando de norma processual penal com prevalente caráter penal, devia ser aplicada aos processos em curso. E foi o que se fez. Os Tribunais, dezenas de vezes, determinaram a remessa dos autos, em face de recurso à primeira instância para a colheita da manifestação do ofendido, no prazo de 30 dias, conforme dispôs o diploma legal. (...)

Meditando sobre o tema, observamos, ao contrário do que dizíamos, que *se lei processual penal nova disser respeito a qualquer ato que envolva o direito de liberdade (fiança, medida cautelar de cunho pessoal, p. ex.), aplica-se-lhe a mesma regra que rege a lei penal no tempo: benigna amplianda, odiosa restringenda.*¹ (grifo nosso)

Também para LOPES JÚNIOR, o Princípio da Imediatidade contido no art. 2º do CPP necessita de uma releitura constitucional, confrontado com o art. 5º, XL, da Constituição, impondo-se o reconhecimento da retroatividade da lei penal e processual mais benéfica. Para ele:

*(...) não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e um processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do “sistema penal”, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. Logo, as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu.*² (grifo nosso)

¹ TOURINHO, Fernando Filho. Eficácia da lei processual no tempo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 36, abr./jun. 2010, p. 67/74.

² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 115.

Nessa ordem de ideias, a lei nova, ao prever o condicionamento do exercício da ação penal de iniciativa pública, tem natureza processual, mas possui igualmente aspecto de natureza penal material, pois a ausência de representação constitui uma causa extintiva de punibilidade (CP, artigo 107, IV). Assim, na lei anterior, a omissão da vítima implicava apenas a prescrição. Agora, com o advento da nova lei, pode conduzir à decadência.

No processo penal, a decadência consiste em uma condição de procedibilidade do direito de ação. Neste sentido, BITENCOURT ensina que a “decadência é a perda do direito de ação a ser exercido pelo ofendido, em razão do decurso de tempo. A decadência pode atingir tanto a ação de exclusiva iniciativa privada como também a pública condicionada à representação. Constitui uma limitação temporal ao *ius persequendi* que não pode eternizar-se”.³

Para CAPEZ, “a decadência está elencada como causa de extinção da punibilidade, mas, na verdade, o que ela extingue é o direito de dar início a persecução penal em juízo. O ofendido perde o direito de promover a ação e provocar a prestação jurisdicional e o Estado não tem como satisfazer seu direito de punir”. E prossegue: “a decadência não atinge diretamente o direito de punir, pois este pertence ao Estado e não ao ofendido; ela extingue apenas o direito de promover a ação ou de oferecer a representação”.⁴

Cumprir observar que as normas relativas à ação penal estão previstas no Código Processo Penal (artigos 24 e seguintes), mas também no Código Penal (artigos 100 e seguintes), revelando sua natureza híbrida (processual e material), devido a sua influência sobre o exercício do *jus puniendi* pelo Estado. Sobre as normas processuais penais materiais, NUCCI ensina que apesar de previstas pela lei processual e aplicáveis à fase de investigação ou processo, possuem forte conteúdo de direito penal, devido a sua inter-relação com direito material, assumindo natureza mista, porque presentes no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal.⁵

No mesmo sentido, a lição de LIMA, segundo a qual as normas genuinamente processuais “cuidam de procedimentos, atos processuais, técnicas do processo. A elas se aplica o art. 2º do CPP.” Já as normas processuais materiais, mistas ou híbridas, “são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal (...) (v.g., causas extintivas da punibilidade)”. E prossegue em sua lição: “assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.”⁶

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 1, p. 702/703.

⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 569.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 88.

Numa concepção mais abrangente, e por isso mesmo mais alinhada com as convenções internacionais de direitos humanos, como veremos mais adiante, BADARÓ sustenta que normas processuais materiais “são aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente”,⁷ ou seja, compreenderiam todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão.

Voltamos agora nosso olhar para o passado. Aqui cabe uma breve retrospectiva, afinal, como diz a velha canção “recordar é viver”.

No passado, tema semelhante foi objeto de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir sobre a aplicabilidade dos institutos despenalizadores da Lei nº 9099/1995⁸ e da nova redação do artigo 366 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 9271/1996,⁹ ocasião em que foi reconhecida a natureza processual penal mista ou híbrida de tais normas, aplicando-se, no primeiro caso, a retroatividade da lei penal mais benéfica e, no segundo, a irretroatividade da lei penal mais gravosa, observado o disposto no artigo 5º, XL, da Constituição Federal.

Como asseverou MIRABETE em meio aos debates acerca da aplicação da Lei nº 9099/95, há um consenso de que a representação, embora seja matéria de direito processual, é também um instituto de direito material. Tal conclusão decorre do fato de que o não oferecimento da representação no prazo previsto em lei acarreta a decadência do direito de queixa e de representação, causa extintiva da punibilidade (CP, artigo 107, IV).¹⁰

Ainda em referência aos debates doutrinários decorrentes da Lei nº 9099/95, no sentido de que a exigência de representação trata de norma penal, GRINOVER, lembrava que o dispositivo, de natureza penal material e processual penal, apresenta forma de despenalização. Para ela, há também despenalização quando o legislador, como acontece na disposição, de alguma forma procura evitar que a sanção penal seja aplicada.¹¹

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 22.

⁸ BRASIL. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22. No mesmo sentido, a segunda conclusão da Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Brasília, outubro de 1995): “São aplicáveis pelos juízos comuns (estadual e federal), militar e eleitoral, imediata e retroativamente, respeitada a coisa julgada, os institutos penais da Lei n. 9.099/95, como a composição civil extintiva da punibilidade (art. 74, parágrafo único), transação (arts. 72 e 76), representação (art. 88) e suspensão condicional do processo (art. 89). Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79059041.pdf>>. Acesso em: 04/01/22.

⁹ BRASIL. STF. *HC 75679*, Relator(a): Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 03/03/1998, DJ 20-04-2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em: 01/01/22.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996, p. 120.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito intertemporal e âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 35, nov. 1995, p. 04.

Por impedir o exercício do *jus puniendi* do Estado, a extinção da punibilidade decorrente da decadência versa sobre o direito penal material, devendo a sua aplicação no tempo ser regida pelas normas convencionais, constitucionais e legais. Logo, a lei nova que passe a exigir a representação como condição de procedibilidade para o exercício da ação penal, relativamente a uma infração penal até então sujeita à ação penal pública incondicionada, por ser norma mais benéfica, possui efeito retroativo e é aplicável aos fatos ocorridos antes de sua vigência. É o que se depreende da leitura do artigo 9º do Pacto de San José da Costa Rica,¹² do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal¹³ e artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal,¹⁴ que estabelecem a retroatividade da norma mais benigna, como por exceção ao princípio geral da irretroatividade da lei penal.

Portanto, a solução que permite a aplicação retroativa da *lex mitior* sem que haja limitação temporal e processual também é a única que não viola o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que, segundo Canotilho, impõe que, “no caso de dúvidas, deve se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais”.¹⁵

Partindo de tais premissas, que não suscitam maiores discussões, é assentada, portanto, a conclusão de que o § 5º do artigo 171 do CP, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado, aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência. A questão, no entanto, tem suscitado debates acerca da aplicação da lei às investigações e aos processos em curso, notadamente nos casos em que já tenha sido oferecida a denúncia, como veremos a seguir.

3. Dos limites da aplicação retroativa da *lex mitior*

Sobre os limites da retroatividade da *lex mitior*, surgem três posições. Para a primeira delas, mais ampliativa, a lei mais benéfica alcançaria os fatos anteriores, mesmo com decisão condenatória transitada em julgado. Para uma segunda corrente, alcançaria os fatos pretéritos, investigações e processos em curso. Para a terceira corrente, mais restritiva, a lei não se aplicaria aos fatos onde já tivesse sido oferecida a denúncia.

¹² Cf. Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 (Pacto de San José da Costa Rica).

Artigo 9º – Princípio da legalidade e da retroatividade.

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

¹³ XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

¹⁴ Art. 2º – Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

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.

¹⁵ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., p. 227, apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017, p. 164.

Novamente voltamos nosso olhar para o passado em busca de respostas. Curioso observar a semelhança existente entre o debate atual e aquele ocorrido quando da entrada em vigor da Lei nº 9099/95. Naquela época, o renomado processualista MIRABETE, ensinou que:

É correta, portanto, a conclusão de que o art. 88 da Lei nº. 9.099, por ser norma mais benéfica que a anterior, é dotado de retroatividade, devendo ser aplicado aos fatos criminosos ocorridos antes de sua vigência.
(...)

*Com fundamento nessa conclusão, se tem defendido a tese de que o art. 88 da citada lei é aplicável inclusive aos processos em andamento, se no dia de sua vigência não tiver transitado em julgado a sentença. Tratar-se-ia de norma mais benigna, portanto retroativa em qualquer hipótese (Cf. GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão Condicional do Processo Penal*. p. 207; DEMERCIAN, Pedro; MALULY, Jorge Assaf. *Juizados Especiais Criminais*. p. 121; ARAÚJO, Carla Rodrigues de. *Juizados Especiais Criminais*. p. 39; LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. p. 80; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. p. 129). Por isso, a partir do início da vigência da lei, em todos os processos em curso, ou seja, em que não houve trânsito em julgado da sentença, teria se tornado obrigatória a representação, sob pena de se julgar extinta a punibilidade.*

Parece-nos, entretanto, que há obstáculos jurídicos à aceitação dessa tese. Em primeiro lugar, se acatada a orientação, não se pode justificar que a representação seja exigida apenas aos processos em que não ocorreu o trânsito em julgado. A regra constitucional e o dispositivo penal que dão fundamento a essa conclusão não limitam a aplicação da norma mais benigna aos fatos anteriores, impondo-se a retroatividade inclusive aos fatos definitivamente julgados e atingindo todos os efeitos penais de uma sentença condenatória, como prevê o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. É de se ressaltar que, conforme a doutrina, a relação processual instaurada com o recebimento da denúncia persiste após a sentença condenatória transitada em julgado, durante a execução da pena, sendo esta nada mais nada menos que a última etapa da ação penal condenatória. Não se esgota o processo com o trânsito em julgado, mas somente com o cumprimento da pena ou sua extinção e depois de produzidos os efeitos penais da condenação. De acordo com o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em consonância com a Constituição Federal, que não prevê nenhuma limitação à retroatividade da lei mais

benigna, a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. *Não havendo na Constituição e, portanto, na lei, nenhuma limitação à aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, que estende seus benefícios inclusive a todos efeitos penais da sentença condenatória, não é possível distinguir entre os casos em que há trânsito em julgado e aqueles em que ainda não há decisão definitiva.* Sendo assim, a adoção da tese implicaria a necessidade de representação inclusive nos processos na fase executória, seja quando o condenado esteja cumprindo a pena, está submetido ao *sursis* ou ao livramento condicional, e, porque não, às hipóteses em que a condenação esteja provocando efeitos penais (reincidência, inscrição no rol dos culpados etc.). *Ora, é intuitivo que tal conclusão levaria ao absurdo, não podendo ser aceita.*

Deve-se, portanto, conciliar a afirmativa inicial de que a norma do art. 88 da Lei nº 9.099 exige aplicação retroativa com a conclusão de que não se pode julgar extinta a punibilidade pela decadência nas hipóteses mencionadas acima.

A solução decorre do alcance da premissa inicial de que a necessidade de representação, sendo de natureza também penal, é exigência da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Como já se afirmou, essa carga penal da representação deve-se ao fato de que, quando não oferecida no prazo legal, acarreta a decadência. Devemos lembrar, porém, que, segundo a doutrina penal e processual penal pacífica, conforme à nossa legislação, a decadência é a perda do direito de ação ou de representação. *Também segundo a lei e a doutrina, como consequência, a decadência do direito de representação somente pode ocorrer antes de iniciada a ação pública e ela condicionada. Significa isto que a carga penal dessa condição de procedibilidade deixou de existir quando já foi instaurada a ação penal.*

Iniciado o processo antes de entrar em vigor a lei que passou a exigir essa condição de processabilidade, não há que se falar em decadência do direito de representação, e, portanto, na sua falta como causa extintiva da punibilidade. Não se pode falar na perda do direito de representação quando este foi exercido regularmente.

Por essa razão, é possível concluir que a regra prevista no art. 88 da Lei nº 9.099 é retroativa, aplicando-se aos fatos ocorridos antes do início da vigência da lei, mas não pode alcançar os processos em andamento por ter se extinguido o aspecto penal da representação com a instauração da ação penal na época em que ela não era exigida. Exercido o

*direito da ação penal pública pelo Ministério Público quando ainda não era exigida a representação, não há que se falar em decadência intercorrente, ou seja, durante o processo penal condenatório. Não é possível sujeitar agora o prosseguimento da ação penal a essa condição de procedibilidade que, por sua natureza, deve anteceder à instauração da ação penal.*¹⁶ (grifo nosso)

Portanto, para o citado mestre, a exigência de representação contida na lei nova deve retroagir, alcançando, contudo, apenas as investigações em curso, não havendo que se falar em exigência de representação após o oferecimento da denúncia. Esse também era o entendimento de MARQUES: “mas se a acusação pública já foi intentada e a instância já se instaurou, não incide a lei nova porque não há que se falar em decadência ou renúncia da representação”.¹⁷

Para DAMASIO, no entanto, ao retroagir, a Lei nº 9099/95 alcançaria todos os processos em curso, mesmo após o oferecimento da denúncia, respeitada a coisa julgada:

*A Lei nova que transforma a ação penal de pública incondicionada em condicionada à representação é de cunho penal material, retroagindo. Realmente, o não exercício do direito de representação no prazo legal gera a decadência, causa extintiva da punibilidade, matéria de natureza penal. Por isso, são aplicáveis os arts. 5º, XL, da CF, e 2º, parágrafo único, do CP, que determinam a incidência retroativa incondicional da Lei nova mais benéfica. Os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa eram de ação penal pública incondicionada. Agora, com o advento do art. 88 da Lei n. 9.099/95, são de ação penal pública condicionada. A Lei nova é mais benéfica, uma vez que subordina o exercício da pretensão punitiva do Estado à representação do ofendido. Deve, pois, retroagir, pouco importando esteja ou não o processo com a instrução criminal iniciada, respeitada a coisa julgada material.*¹⁸ (grifo nosso)

Naquela época prevaleceu nos tribunais o entendimento de que a nova lei seria aplicável inclusive aos processos em curso (condição de prosseguibilidade) até

¹⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996, p. 117/119.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Edição rev., atual. e amplamente reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas, SP: Millennium, 2002, vol. 1, p. 213.

¹⁸ JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163/164. No mesmo sentido: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 1, t. 1, p. 122 e 123; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1995, vol. 1, p. 77; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito intertemporal e âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Boletim do IBCCRIM, São Paulo, nov. 1995, nº 35, p. 4 e 5.

o limite da coisa julgada.¹⁹ A seguir, veremos como o tema relativo à aplicação da Lei nº 13.964/19, submetido a intenso debate, tem sido tratado pelos tribunais superiores.

4. A abordagem do tema pelos tribunais superiores

No julgamento do HC 180421, de relatoria do Min. EDSON FACHIN, a Segunda Turma, em julgamento realizado no dia 22/06/2021, entendeu que a Lei nº 13.964/19 (*lex mitior*) deveria ser aplicada às investigações e aos processos em curso mesmo após o oferecimento da denúncia,²⁰ *in verbis*:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTIÇA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL NÃO CONFIGURADAS. FATOS E PROVAS. LEI Nº 13.964/2019. ART. 171, § 5º, CP. NOVA HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. REPRESENTAÇÃO. DISPENSA DE MAIOR FORMALIDADE. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. RENÚNCIA TÁCITA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. A rejeição da denúncia é providência excepcional, viável somente quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa para ação penal, aspectos não compreendidos no caso sob análise. Precedentes. 2. A expressão “*lei penal*” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo. 3. O § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei nº 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP). 4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação

¹⁹ BRASIL. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996, PP-17412, EMENT VOL-01829-01, PP-00028. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 03/01/22.

²⁰ No mesmo sentido, em recente julgado, afirmando-se a aplicação da nova norma aos processos em andamento, mesmo após o oferecimento da denúncia, desde que antes do trânsito em julgado: BRASIL. STF. *RHC 203558 AgR-segundo*, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/02/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 25/04/2022.

da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF. 5. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário. 6. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei nº 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal. 7. No caso concreto, o paciente e a vítima celebraram termo de quitação no qual consta que o ofendido “dá ampla, geral e irrestrita quitação” ao paciente e que aquele obriga-se a aditar a ocorrência policial para informar esse fato à autoridade policial. Essa circunstância traduz renúncia tácita ao direito de representação por se tratar de ato incompatível com a vontade de exercê-lo. 8. Agravo regimental desprovido. Ordem concedida de ofício para determinar o trancamento da ação penal por falta de condição de procedibilidade.²¹ (grifo nosso)

O entendimento é similar ao que foi adotado quando da entrada em vigor da Lei nº 9099/95, ocasião em que o STF já havia decidido que seus institutos despenalizadores, que favoreciam os investigados e acusados, deveriam ser aplicados aos inquiridos e processos em curso.

Já no julgamento do HC 203398, de relatoria do Min. ALEXANDRE DE MORAES, a Primeira Turma, em julgamento realizado no dia 17/08/2021, entendeu que a *lex mitior*, que versa sobre a representação, condição de procedibilidade, não poderia ser aplicada após o oferecimento da denúncia,²² *in verbis*:

²¹ BRASIL. STF. HC 180421 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

²² Referido entendimento foi confirmado em recente julgamento: BRASIL. STF. RHC 208320, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/11/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 09/03/2022.

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. Inicialmente, verifica-se a inexistência de prévio debate da matéria pelo Órgão Colegiado do STJ, a inviabilizar o conhecimento do pedido por esta SUPREMA CORTE. Precedentes. 2. *De todo modo, registre-se que, 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 n. 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. Agravo Regimental a que nega provimento.²³ (grifo nosso)

Os adeptos desta corrente sustentam 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, o silêncio do legislador impede a sua aplicação aos processos em curso, pelo que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito (denúncia já oferecida). Assim, a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase de investigação, não alcançando os processos em curso. Do contrário, como lembra CUNHA, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.²⁴

²³ BRASIL. STF. *HC 203398 AgR*, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 17/08/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

²⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte especial (arts. 121 ao 361). 12ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 356.

Tal entendimento também é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo pacificada divergência até então existente entre as suas Turmas, conforme referido no julgamento do AgRg no HC 646.942/SC, de relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, em julgamento realizado no dia 14/09/2021, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ESTELIONATO. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 171, § 5º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA REALIZADA EM DATA ANTERIOR À MUDANÇA LEGISLATIVA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *“Em consonância à orientação do Supremo Tribunal Federal, a Terceira Seção deste STJ, no julgamento do HC 610.201/SP em 24/3/2021, superando divergência entre as Turmas, pacificou a controvérsia e decidiu pela irretroatividade da norma que instituiu a condição de procedibilidade no delito previsto no art. 171 do Código Penal, quando já oferecida a denúncia.”* (AgRg no HC n. 625.333/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 16/4/2021). *In casu*, considerando que já houve o oferecimento e, até mesmo, o recebimento da denúncia criminal em data anterior à alteração legislativa, não há falar em retroatividade da norma penal. 2. Agravo regimental desprovido.²⁵

Em que pese pacificada no Superior Tribunal de Justiça, a discussão acerca dos limites da aplicação retroativa da nova lei ainda não foi superada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, persistindo a divergência entre suas turmas.

Conforme já salientado anteriormente, a Lei n° 9099/95 foi aplicada às investigações e processos em curso. O limite seria apenas o trânsito em julgado, até mesmo em razão da impossibilidade prática de revolver todos os casos já definitivamente julgados. Parece ser esta, de fato, a melhor solução, considerando os valores envolvidos, que versam sobre direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, embora superada a questão no STJ, as informações de inteiro teor do acórdão abaixo, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, trazem luzes sobre a relevância do tema em debate, estimulando o desenvolvimento do tema nos tópicos seguintes deste trabalho, merecendo, por isso mesmo, a devida transcrição:

(...) Diante de tal quadro, parece notório que o § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.694/2019, é norma mais benéfica em relação ao regime anterior. E, pelo caráter misto, alcança

²⁵ BRASIL. STJ. *AgRg no HC 646.942/SC*, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/09/2021, DJe 17/09/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/22.

casos anteriores à sua vigência. Há, no entanto, um claro limite à retroatividade do dispositivo: o trânsito em julgado da ação penal. A partir desse momento processual não há falar mais em exercício do direito de ação, que se esgota com o pronunciamento definitivo sobre o mérito da ação; instaura-se a pretensão executória, no qual o direito de punir já é juridicamente certo, não havendo espaço para discussão sobre a natureza da ação penal do título. O direito de executar a pena, saliente-se, não se submete a tais condicionantes, tampouco pode ser exercido de forma privada, cabendo apenas ao Estado exercê-lo, sem influência da vontade privada. Considerado tal limite, a retroação da norma em questão alcança todos os processos em curso, sem trânsito em julgado.

Tal retroação não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Verifica-se, entretanto, uma omissão legislativa ao disciplinar os conflitos decorrentes da lei no tempo, passíveis de solução pela via interpretativa.

A Lei n. 9.099/1995, em seu art. 91, trouxe disciplina para questão semelhante. Ao transformar a ação penal dos crimes de menor potencial ofensivo de ação pública incondicionada para pública condicionada à representação, determinou a intimação do ofendido ou do seu representante legal para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência. Tal solução é mais equânime com os cânones do direito penal e do processual penal.

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 tratar de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.²⁶ (grifo nosso)

²⁶ BRASIL. STJ. HC 583.837-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020. Informativo 677, STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/21.

5. Emprego da analogia *in malam partem*: a ilegalidade da intimação da vítima nas investigações em curso

Como vimos até aqui, há consenso pela aplicação retroativa da *lex mitior* aos fatos ocorridos antes da sua vigência. A discussão versa sobre os limites de sua aplicação aos processos em curso, nos quais já tivesse sido oferecida denúncia pelo Ministério Público, pois neste caso, o exame das condições de procedibilidade já estaria superado, não se exigindo mais a representação da vítima, pois, como pondera CUNHA, a lei nova não exigiu essa condição de prosseguibilidade como fez a Lei nº 9099/95.²⁷

Logo, tendo em vista os precedentes acima, delimitamos o objeto do presente estudo e passamos a discorrer sobre a aplicação da *lex mitior* apenas às investigações em curso, relativas aos fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, com relação as quais ainda não foi oferecida a denúncia.

Como visto no tópico anterior, nos precedentes que aplicaram a Lei nº 13.964/19 aos processos em curso, tem sido recomendada a aplicação analógica do artigo 91 da Lei nº 9099/95, para que, nas investigações e processos em curso, seja providenciada a intimação do ofendido, para oferecer a representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.

Na lição de REALE, é legítimo o recurso à analogia quando “estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um tudo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos”.²⁸

Aliás, sobre o tema, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), a fim de contribuir com a atividade-fim dos membros do Ministério Público na interpretação da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), emitiram enunciados, entre os quais se destaca o seguinte, pela pertinência com o objeto do presente estudo:

ENUNCIADO 4 (ART. 171, parágrafo 5º, do CP – ART. 91 da Lei nº 9.099 c/c art. 3º do CPP) Nas investigações e processos em curso, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecer representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência.²⁹

²⁷ CUNHA, Rogério Sanches. *A exigência de representação da vítima no crime de estelionato retroage aos processos em andamento, até o trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 03/01/22.

²⁸ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 292.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPNG). Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). *Comissão Especial: Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em: <<https://www.cnpng.org.br/documentos-menu/documentos-publicos.html>>. Acesso em: 01/01/22.

Apesar de a divergência ter sido superada no âmbito do STJ, como vimos no tópico anterior, a intimação da vítima, como condição de prosseguibilidade, nos procedimentos em curso, para fins de oferecimento da representação era admitida pelo STJ,³⁰ conforme podemos constatar no julgamento do HC 583.837-SC, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, em julgamento unânime realizado no dia 04/08/2020, *in verbis*:

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 essa 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 tratar 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

³⁰ Até então a 6ª Turma do STJ vinha reconhecendo que a retroatividade da representação no crime de estelionato alcançava todos os processos ainda não transitados em julgado, mesmo após o oferecimento da denúncia.

ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995.³¹ (Grifei.)

A mesma providência foi preconizada no julgamento do HC 180421, de relatoria do Min. EDSON FACHIN, em julgamento realizado no dia 22/06/2021, *in verbis*:

(...) A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a representação da vítima, em crimes de ação penal pública condicionada, dispensa maiores formalidades. Contudo, quando não houver inequívoca manifestação de vontade da vítima no sentido do interesse na persecução criminal, cumpre intimar a pessoa ofendida para oferecer representação, nos moldes do previsto no art. 91 da Lei nº 9.099/95, aplicado por analogia ao procedimento comum ordinário consoante o art. 3º do Código de Processo Penal. (...)³² (grifo nosso)

Em que pese o respeitável entendimento acima, cumpre observar que o legislador, podendo fazê-lo, optou desta vez por não adotar uma regra de transição, como havia feito por ocasião da Lei nº 9099/95, quando determinou a necessidade de intimação do ofendido para oferecimento da representação no prazo de trinta dias, sob pena de decadência.³³ Ora, se lei disse que a ação passou a ser condicionada e não previu expressamente a intimação do ofendido, a analogia empregada assume ares *in malam partem*, sendo vedada pelo direito penal.

Como ensinam MARTINELLI e SCHMITT, a analogia é o processo pelo qual o intérprete preenche uma lacuna deixada pelo legislador, utilizando-se de um caso semelhante, porém pode ensejar riscos aos processados, porque, em certos casos, somente o legislador poderá preenchê-las para impedir a consagração da analogia

³¹ BRASIL. STJ. HC 583.837/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/22.

³² BRASIL. STF. HC 180421 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. (acesso em 01/01/22)

³³ Compreensível a opção do legislador, pois o crime de lesão corporal, por envolver a violência contra pessoa, consubstancia injusto mais reprovável, uma vez que mais elevado o desvalor da ação. (BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 678)

incriminadora. Por isso mesmo, os autores entendem que é indevido o emprego da analogia para intimação da vítima.³⁴

Para MOREIRA, sobretudo quando está em questão uma garantia constitucional, o recurso à analogia constitui um “método interpretativo de aplicação inaceitável em Processo Penal, quando *in partem peiorem* (“contra o réu”, em relação ao qual, aliás, presume-se a inocência). Em Direito Processual Penal só se aplica a analogia para beneficiar o réu, nunca o contrário!”³⁵

Portanto, em matéria penal ou processual penal, ainda que sob o pretexto de preenchimento de uma lacuna normativa, não se pode incriminar, sancionar ou agravar, de qualquer forma, a situação do réu ou investigado. Não se admite a chamada analogia *in malam partem*, sob pena de grave afronta aos princípios da legalidade (aqui também inserido o devido processo legal) e da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso.

Ademais, o recurso à analogia sob a alegação de lacuna ou omissão legislativa não procede. Com efeito, já há uma dupla previsão legal de que a representação deverá ser exercida no prazo de 06 meses, contados data em que a vítima souber quem é o autor do crime (CP, artigo 103 e CPP, artigo 38). Nos casos em que a autoria era conhecida pela vítima, adotando uma interpretação sistemática,³⁶ podemos concluir que o termo inicial do prazo decadencial foi a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19.

Luiz Flávio Gomes nos ensinava que a relação entre a necessidade de proteção dos bens jurídicos relevantes por um lado, e por outro, de garantir a efetividade dos direitos fundamentais do indivíduo, desemboca naturalmente no questionamento dos limites a serem impostos ao poder punitivo estatal, numa clara alusão à teoria do garantismo penal.³⁷

No prefácio da primeira edição italiana da obra de Ferrajoli intitulada *Direito e Razão*, Norberto Bobbio descreveu algumas características do garantismo penal, próprio das democracias constitucionais, que permitem a compreensão, de forma introdutória, da teoria:

(...) a elaboração de um sistema geral do garantismo ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas

³⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHIMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021, p. 353 e 1266.

³⁵ MOREIRA, Romulo de Andrade. *Analogia não pode ser usada em situações que podem prejudicar o réu*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-nov-28/romulo-moreira-analogia-nao-usada-prejudica-reu#author>>. Acesso em: 10/01/22.

³⁶ Na interpretação, ensinava FRAGOSO, o elemento sistemático é também valioso e deve ser levado em conta. Como o ordenamento jurídico constitui um todo unitário, a disposição a ser interpretada deve ser posta em correlação com as outras que com ela se relacionam, de modo a não prejudicar a harmonia do ordenamento legal. (FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85)

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Limites do ius puniendi e bases principiológicas do garantismo penal*. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.b.

formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal.

(...) é importante, para a plena compreensão do conjunto, que não se perca de vista a ideia inspiradora da obra: a ideia iluminista e liberal – iluminista em filosofia e liberal em política – segundo a qual, diante da grande antítese entre liberdade e poder que domina toda a história humana – em que, nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior seja a liberdade tanto menor será o poder e vice-versa –, é boa e por conseguinte desejável e defensável a solução que amplia a liberdade e restringe a do poder ou, com outras palavras, aquela para a qual o poder deve ser limitado, a fim de permitir a cada um gozar da máxima liberdade, compatível com a igual liberdade de todos os demais.

(...) Às vezes, os extremos se tocam: a liberdade regrada deve se opor tanto à antiliberal, quer dizer, a qualquer forma de abuso do direito de punir, quanto à carência de regras, ou seja, à liberdade selvagem. O princípio da legalidade é contrário ao arbítrio, mas também ao ilegalismo obtuso, mecânico, que não reconhece a exigência da equidade, a qual, com expressão tomada da lógica dos conceitos, o autor chama de poder de “conotação”, e a presença de espaços nos quais habitualmente se exerce o poder do juiz.

(...) O garantismo é um modelo ideal, do qual nós podemos mais ou menos aproximar. Como modelo, representa uma meta que permanece como tal, ainda que não seja alcançada e não possa jamais ser alcançada inteiramente. Mas, para constituir uma meta, o modelo deve ser definido em todos os aspectos. Somente se estiver bem definido poderá servir de critério de valoração e de correção do direito existente.

(...) em um ordenamento que tenha recepcionado os direitos fundamentais de liberdade, a validade não pode ser apenas formal (...) com a consciência de que a divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser, expressa tradicionalmente sob a forma de contraste entre a lei positiva e a lei natural, tem-se transformado na divergência entre o que o direito é e o que o direito deve ser no interior de um mesmo ordenamento jurídico ou, com palavras usadas repetidamente pelo autor, entre “efetividade” e “normatividade”. Este contraste está, além disso, na base da tarefa específica do jurista, várias vezes posta em relevo, que é a crítica do direito vigente (...) a salvaguarda do princípio de legalidade estrita passa, definitivamente, o valor da certeza, valor fundamental na defesa do cidadão frente

aos poderes arbitrários –, que encontram seu espaço natural na definição não taxativa dos delitos,³⁸ na flexibilidade das penas, no poder dispositivo, não cognitivo, do juiz.³⁹ (grifo nosso)

Segundo a lição de Ferrajoli, são características de um modelo de garantia penal:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de *racionalidade* e de *certeza*. Com isso, resulta excluída de fato a responsabilidade penal todas as vezes em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos. Sob este aspecto existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo. Um direito penal é racional e correto à medida que suas intervenções são previsíveis. (...)

Podemos relacionar ao princípio de legalidade em sentido amplo e ao princípio de legalidade estrita, em razão de sua diferente estrutura lógica, respectivamente, outras duas garantias mais específicas: o princípio de irretroatividade das leis penais e o princípio de proibição de analogia penal in malam partem, ambos essenciais para assegurar o que no parágrafo 8 chamamos de “certeza do direito penal mínimo”.

A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio de mera legalidade, cuja formulação completa é *nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali*. (...) Por outro lado, o princípio de irretroatividade costuma vir contemplado nos textos constitucionais juntamente com o princípio de legalidade: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito”, diz o art. 5.º da Declaração de 1789; e o art. 25 da Constituição italiana repete: “ninguém pode ser castigado senão em virtude de uma lei que tenha entrado em vigor antes do fato praticado”. Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. *Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa – a injustificabilidade de agravamentos não predeterminados legalmente ou que não se consideram mais necessários –, determinam que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação à mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova.*

³⁸ Nesse particular, veremos mais adiante como a aplicação da analogia *in malam partem* viola o princípio da legalidade estrita.

³⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 07/12.

Além disso, do ponto de vista externo, não há nenhuma razão para que a irretroatividade e a não ultra-atividade das leis penais mais desfavoráveis ao réu e a retroatividade e a ultra-atividade das mais favoráveis devam encontrar o limite da coisa julgada. (...)

A proibição da analogia, ao contrário, é um corolário do princípio de estrita legalidade. Na medida em que seja possível afirmar que as figuras típicas penais definidas pelas leis, graças a sua adequação ao princípio de estrita legalidade, são verdadeiras ou falsas em relação aos fatos que se examinam, é obvio que não há lugar para o raciocínio analógico. Inversamente, o uso por parte da lei, em contraposição ao princípio de estrita legalidade, de fórmulas elásticas ou carentes de denotação determinada permite a chamada “analogia antecipada”. Também em relação à proibição de analogia há que se distinguir dentre as leis penais aquelas que são favoráveis ou desfavoráveis ao réu. A analogia encontra-se excluída se é in malam partem, enquanto é admitido caso seja in bonam partem, ao estar sua proibição dirigida, conforme o critério geral do favor rei, a impedir não a restrição, mas somente a extensão por obra da discricionariedade judicial do âmbito legal da punibilidade. Disso segue-se em termos mais gerais o dever de interpretação restritiva e a proibição de interpretação extensiva das leis penais. “Não está permitido estender as leis penais”, escreveu Francis Bacon, “a delitos não contemplados expressamente”; e “é cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos”.⁴⁰ (grifo nosso)

Obviamente este autor não tem a pretensão (tampouco a capacidade) de se aprofundar na análise da monumental obra de Ferrajoli, mas dos poucos trechos acima, destacam-se princípios que norteiam o modelo de garantia dos direitos fundamentais por ele proposto, segundo um sistema de limites ao poder punitivo estatal para tutela dos direitos e liberdades do indivíduo como fundamento da democracia constitucional, em consonância com um modelo universal de proteção dos direitos humanos. O conceito de Estado de Direito vincula-se, desta forma, a um modelo jurídico destinado a limitar e evitar a arbitrariedade do poder estatal, segundo postulados de direito penal mínimo. Nesse sentido, a lição de MAYRINK DA COSTA:

A atividade legislativa do Estado na esfera penal não pode ser ilimitada ou direcional, pois diante de um Estado social e democrático de Direito é inadmissível uma atuação ilimitada. No âmbito jurídico-penal estatal, determinados princípios e critérios

⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 83/84 e 307/308.

normativos limitam o poder punitivo: a) os princípios consagrados na Carta Política; b) os princípios jurídicos de correlação entre o Direito Penal e o ordenamento jurídico conjunto; c) os princípios singulares estruturais de fundamentação e legitimação do Direito Penal. Sem os limites jurídicos, estaríamos diante de um Direito Penal autoritário, antidemocrático, não pluralista e inconstitucional. O Direito Penal apresenta como característica natural ser um ordenamento legal e juridicamente limitado, sujeito a garantias normativas e tem como escopo garantir direitos e liberdades.

(...)

*Não podemos olvidar no modelo de Direito Penal mínimo, perante o racionalismo jurídico garantista, os limites ou as proibições intervencionistas do Estado, na busca de um ideal de racionalidade e certeza. O Direito Penal é racional na proporção da previsibilidade das intervenções estatais. Repudiamos a postura de um modelo de aspiração autoritária, que é perseguida pelo Direito Penal máximo. (...) Não se pode esquecer a primazia normativa da lei constitucional nas hipóteses de conflitos normativos que exijam um tratamento técnico, jurídico, conceitual e sistemático, tendo como patamar os princípios fundamentais.*⁴¹ (grifo nosso)

Cumpramos observar ainda que a doutrina Ferrajoli está fundada em dez axiomas,⁴² com base nos quais um sistema normativo-penal possa ser considerado garantista, revelando condições imprescindíveis para que se estabeleça legitimamente a responsabilização penal e a aplicação da sanção. Entre os referidos princípios,⁴³ destacamos o segundo, segundo o qual *nullum crimen sine legem*, que corresponde ao princípio da legalidade, que determina ser a lei o único instrumento apto a prescrição

⁴¹ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. Direito penal e proteção dos bens jurídicos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 41, jul./set. 2011, p. 03/04.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 74/75. São eles: 1. *Nulla poena sine crimine*; 2. *Nullum crimen sine lege*; 3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; 4. *Nulla necessitas sine injuria*; 5. *Nulla injuria sine actione*; 6. *Nulla actio sine culpa*; 7. *Nulla culpa sine iudicio*; 8. *Nullum iudicium sine accusatione*; 9. *Nulla accusatio sine probatione*; 10. *Nulla probatio sine defensione*.

⁴³ Na lição de Dworkin: “Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 36)

Para Moreira, os princípios, no neoconstitucionalismo, se colocam na categoria de fonte primária do direito. No sistema da antiga Lei de Introdução ao Código Civil (art. 4º), os princípios gerais de direito figuravam em último lugar, como critério de integração do direito, portanto, atrás da analogia e até dos costumes. Por esse motivo, tal dispositivo não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, pois observa-se, cada vez mais, a integração entre os princípios gerais de direito e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos. A ponderação de direitos fundamentais, enquanto garantias constitucionais, relegou a segundo plano a analogia e os costumes como fontes do Direito (MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 180/187). Assim, como sustentado neste tópico, é indevido o emprego a analogia em detrimento de princípios e garantias fundamentais.

de condutas penalmente típicas. Em linhas gerais, o princípio da legalidade é a base da doutrina de Ferrajoli, sendo através dele que se materializa o garantismo. Entre as lições acima, destacamos também, pela pertinência com nosso objeto, a proibição da analogia *in malam partem*, sobre cuja aplicação, em matéria processual penal, teremos a oportunidade de discorrer mais à frente.

Como bem destacam CARVALHO e CARVALHO:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Os direitos fundamentais adquirem, pois, *status* de intangibilidade, estabelecendo o que Elias Diaz e Ferrajoli denominam de esfera do não decidível, núcleo sobre o qual sequer a totalidade pode decidir. Em realidade, conforma uma esfera do inegociável, cujo sacrifício não pode ser legitimado sequer sob a justificativa da manutenção do “bem comum”. Os direitos fundamentais – direitos humanos constitucionalizados – adquirem, portanto, a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.⁴⁴

Nesse sentido, a respeito da observância do princípio da legalidade no processo penal, cumpre destacar o seguinte trecho do magistral voto do Ministro Celso de Mello no HC 185051:

(...) É por essa razão que o processo penal condenatório não constitui nem pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Não exagero ao ressaltar a decisiva importância do processo penal no contexto das liberdades públicas, pois – insista-se – o Estado, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, faz do processo penal um instrumento destinado a inibir a opressão judicial e a neutralizar o abuso de poder eventualmente perpetrado por agentes e autoridades estatais.

⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

Daí a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (*Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), no sentido de que o processo penal há de ser analisado em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, tal como entende, também em autorizado magistério, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (*Instituições de Processo Penal*, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.”

Tal percepção a propósito da vocação protetiva do processo penal, considerado o regime constitucional das liberdades fundamentais que vigora em nosso País, é também perfilhada por autorizadíssimo (e contemporâneo) magistério doutrinário, que ressalta a significativa importância do processo judicial como “garantia dos acusados”. (VICENTE GRECO FILHO, *Manual de Processo Penal*. p. 61/63, item n. 8.3, 11ª ed., 2015, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ. *Processo Penal*. p. 37/94, 4ª ed., 2016, RT; JAQUES DE CAMARGO PENTEADO. *Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal – Garantismo e Efetividade*. p. 17/21, 2006, RT; ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. 2ª ed., 2013, Atlas; GERALDO PRADO. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. p. 41/51 e 241/243, 3ª ed., 2005, Lumen Juris; ANDRÉ NICOLITT. *Manual de Processo Penal*. p. 111/173, 6ª ed., 2016, RT; AURY LOPES JR. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. p. 171/255, 9ª ed., 2012, Saraiva, v.g.)

Essa é a razão básica que me permite insistir na afirmação de que a persecução penal – cuja instauração é justificada pela prática de ato supostamente criminoso – não se projeta nem se exterioriza como manifestação de absolutismo estatal. De exercício indeclinável, a persecutio criminis sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal, cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas

pela própria Constituição da República, tal como tem entendido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS – A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.” (HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa que, em tema de privação da liberdade ou de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária (RTJ 183/371-372, p. ex.), pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público de que resultem consequências gravosas no plano de direitos e garantias individuais exige obediência ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) (...).⁴⁵ (grifo nosso)

Certamente há previsão expressa de emprego de analogia no âmbito da lei processual penal (CPP, artigo 3º), contudo, em certos casos o recurso à analogia reverterá em punição, com reflexos no direito de liberdade do agente, e nestas

⁴⁵ BRASIL. STF. HC 185051, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 07/01/22.

hipóteses deve ser afastada. Por isso mesmo, destacando que a interpretação do aludido dispositivo deve ser feita de acordo com o texto constitucional, LOPES JÚNIOR assevera:

(...) não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa. Recordando o princípio da necessidade, não poderá haver punição sem lei anterior que preveja o fato punível e um processo que o apure. Tampouco pode haver um processo penal senão para apurar a prática de um fato aparentemente delituoso e aplicar a pena correspondente. Assim, essa íntima relação e interação dão o caráter de coesão do “sistema penal”, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. (...)

Importante destacar, novamente, que não se podem fazer analogias ou transmissão mecânica (...) para o processo penal, pois, aqui, partimos da inafastável premissa de que a forma dos atos é uma garantia, na medida em que implica limitação ao exercício do poder estatal de perseguir e punir. Portanto, desde logo, em que pesem as diversas manifestações do senso comum teórico e jurisprudencial, devem ser repelidas as noções de prejuízo e finalidade que têm conduzido os tribunais brasileiros a absurdos níveis de relativização das nulidades (e, portanto, das próprias regras e garantias do devido processo). (...)

Nessa matéria, não há que se fazer analogias ou interpretações extensivas, pois, em se tratando de exercício do poder punitivo, a matéria vem rigidamente disciplinada pelo princípio da reserva legal. (...)

(...) como não se admite analogia para ampliar a restrição de direitos fundamentais, é inconstitucional essa medida. (...)

(...) restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias. (...)⁴⁶

O tema da aplicação da analogia no processo penal foi objeto de interessante estudo publicado por CARDOSO, o qual, por sua pertinência com o nosso objeto, merece a transcrição:

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 115, 228, 392, 512 e 586.

Há certa doutrina brasileira que defende que, de forma oposta ao que ocorre no Direito Penal, no qual só é admitida a analogia se for em benefício do agente (*in bonam partem*), no processo penal inexistente tal vedação. Sustentam que a omissão legislativa não pode prejudicar a eficácia da persecução penal.

Com o devido respeito às posições contrárias, entendo que tal argumento não convence.

Atualmente, a discussão acerca das distinções entre o direito material (ou substantivo) e o direito processual (ou adjetivo) vem perdendo força.

Equivocados são os dizeres de que as normas penais de cunho material são aquelas unicamente inseridas no Código Penal e na legislação penal extravagante. De igual modo, equivoca-se quem diz que as normas processuais penais são aquelas insertas tão somente no Código de Processo Penal.

Não é bem assim. Não se pode ignorar, por exemplo, o fato de que ambos os diplomas legais apresentam normas penais de conteúdo misto, ou seja, que tratam, simultaneamente de questão penal e processual. (...)

Por consequência, mesmo reconhecendo que o Direito Penal e o processo são ramos autônomos, se realizarmos uma análise sistêmica de ambos, não poderemos (jamais) admitir que contenham quaisquer disposições conflitantes entre si, o que, por óbvio, inclui a inadmissibilidade da analogia *in malam partem* no processo penal.

Nesse sentido, soa ilógico que o processo penal, numa verdadeira afronta à própria existência harmônica do “sistema penal”, possa admitir instituto não permitido pelo Direito Penal (e vice-versa).

Em caráter exemplificativo, impende mencionar a problemática da sucessão processual prevista no art. 31 do CPP, que dispõe: *No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.*

Ocorre, porém, que tal dispositivo legal não se encontra em total harmonia com o disposto no § 3º do art. 226 da CF/88, uma vez que não faz nenhuma menção à união estável e, conseqüentemente, à figura do(a) companheiro(a).

Nessa ótica, estaria o (a) companheiro (a) incluído (a) no rol de sucessores processuais trazido pelo art. 31 do CPP? Boa parte da

doutrina parece sustentar em sentido afirmativo. Contudo, mais uma vez, não me parece ser esse o melhor caminho.

Cuida-se de norma dotada de conteúdo não só processual, mas também penal, já que, quanto menos sucessores existirem para fins de possibilidade de oferecimento de queixa ou prosseguimento na ação penal, maiores serão as chances de, nos termos do art. 107, inciso IV, do Código Penal, a punibilidade ser extinta em razão da decadência.

Haverá, portanto, evidente reflexo em relação ao poder punitivo estatal, o que não se coaduna com a possibilidade de incidência da analogia *in malam partem*, sob pena de grave afronta ao princípio da legalidade. (LIMA, 2016)

Por fim, partilho da visão de que o processo penal é uma garantia do acusado, o que significa dizer que o poder punitivo do Estado não é ilimitado. Está condicionado a uma série de regras e princípios.

O que se pretende dizer é que, qualquer que seja a noção de “eficiência da persecução penal”, esta não pode ter o condão de suprimir direitos e garantias fundamentais. Os fins não justificam os meios.⁴⁷

Assim, do emprego da analogia, com a intimação da vítima para oferecimento da representação, decorrem evidentes reflexos de natureza penal material, por estar em jogo a possibilidade (ou não) de decadência e extinção da punibilidade. Afinal, como lembra LIMA, “o direito de representação está profundamente vinculado ao direito de punir, uma vez que seu não exercício acarreta a decadência, que é causa de extinção da punibilidade”.⁴⁸

Evidente, sob tal perspectiva, a natureza mista ou híbrida da norma, com relação à qual incide a vedação da analogia *in malam partem*, inerente às normas de direito penal material, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Não é demais repisar que *de lege lata* não foi adotada a mesma regra de transição contida no artigo 91 da Lei nº 9099/95. Logo, a intimação da vítima viola o devido processo legal, pois é uma providência não prevista em lei, portanto, ilegal.

Nesse contexto, com o devido respeito às opiniões em contrário, não se afigura aceitável o emprego da analogia, para intimação da vítima para oferecimento da representação, tendo em vista que o legislador não determinou tal providência em lei.

⁴⁷ CARDOSO, Victor Emídio. *Cabe analogia in malam partem no processo penal?* Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/760124928/cabe-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal>>. Acesso em: 01/01/22.

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 323.

Nesse sentido, a lição de DIAS, admitindo o uso da analogia como “fonte integrativa” no processo penal, desde que não se traduza “num *enfraquecimento da posição* ou numa *diminuição dos direitos ‘processuais’ do arguido* (desfavorecimento do arguido, analogia *in malam partem*).”⁴⁹ (grifo do autor)

Casos há em que, seja por qual motivo for, não foi providenciada a intimação da vítima ou essa, apesar de intimada, não se manifestou sobre a representação, no prazo decadencial de 06 meses. Cumpre ressaltar, conforme já adiantamos linhas acima, que o termo inicial do prazo decadencial foi a data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, sendo certo que o desconhecimento da *novatio legis in mellius* pela vítima é inescusável. (CP, artigo 21 e artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)

Invocamos aqui o velho brocardo, originado do latim, segundo o qual *Dormientibus non succurrit jus – o direito não socorre aos que dormem* – inspirador do chamado “princípio da inércia”, positivado, entre nós, no artigo 2º do CPC, de aplicação analógica por força não somente do artigo 3º do CPP, mas também em razão do sistema acusatório. Aliás, nesse sentido, o próprio CPP, dispõe em seu artigo 5º, § 4º, que “*o inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.*”

Como ensinam MARTINELLI e SCHIMITT, a vitimodogmática, como manifestação do princípio da subsidiariedade no âmbito da tipicidade penal, recomenda que o comportamento da vítima deve ser considerado no processo de interpretação dos tipos penais, afastando-se a tutela penal de quem por desatenção ou negligência, para com os bens jurídicos de sua titularidade, permite que sejam lesados ou ameaçados por terceiros, evitando-se, desta forma, uma postura estatal paternalista, sem prejuízo, por certo, de que tais bens jurídicos sejam devidamente tutelados, mediante a iniciativa do legítimo interessado, por outros ramos do direito disponíveis, atendendo ao postulado da mínima intervenção penal.⁵⁰

Mais uma vez, cabe aqui uma breve retrospectiva. Sobre a aplicação da Lei nº 9099/95, que guarda indiscutível similaridade com nosso estudo, GOMES ensinava que “a aplicação das regras contidas na Lei nº 9.099/95 traduz a concretização de um inequívoco programa estatal de despenalização, compatível, ao menos em seus aspectos essenciais, com o novo paradigma de Justiça Criminal que se busca construir no âmbito de nosso ordenamento positivo, notadamente se se considerarem os fundamentos jurídicos, sociais e éticos que dão suporte doutrinário aos postulados do direito penal mínimo, subjacentes à formulação do mencionado diploma legislativo.”⁵¹

⁴⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 97 (os grifos e as aspas constam do original).

⁵⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SHIMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D’Plácido, 2021, p. 272.

⁵¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal Mínimo: lineamento das suas metas*. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 1995, vol. 1, n. 5, p. 71.

O entendimento aqui sustentado, que considera no mínimo desnecessária a intimação da vítima para oferecimento da representação (para não dizer arbitrária ou ilegal, diante da proibição de analogia *in malam partem*), não é inédito, sendo adotado, por renomados doutrinadores, na época da entrada em vigor da Lei nº 9099/95.⁵² Diante da nova sistemática, o festejado processualista MIRABETE ensinou à época que:

Supondo-se, porém, que não se faça ou não se consiga fazer a referida intimação antes de iniciada a ação penal. Nessa hipótese, o prazo de decadência será de seis meses, como determinam os arts. 103 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal. Como esse prazo não corria antes da lei, por inexistente a regra, o termo inicial é o do início da sua vigência. A partir de 26 de novembro de 1995, portanto, iniciou-se o prazo de decadência de 6 meses para todos os casos dos crimes mencionados ocorridos anteriormente. Excetua-se, entretanto, a hipótese de intimação da vítima, em que o prazo é de trinta dias a contar da intimação.⁵³

Com relação à exigência de representação na nova redação do § 5º, do artigo 171, do CP, o entendimento acima, que dispensa a intimação da vítima, também é compartilhado por CUNHA. Para ele, “se a denúncia ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é a vigência da nova lei.”⁵⁴

Amparando o entendimento acima, o maior penalista de todos os tempos, Nélson Hungria,⁵⁵ nos deixou sua lição atemporal:

(...) se a lei nova, diversamente da lei anterior, subordina a ação pública à representação, cria, certamente, uma situação de favor para o réu e, assim, mesmo em relação aos fatos pretéritos, se já está em curso a ação do Ministério Público, não prosseguirá, salvo, no caso de exigência de representação, se o respectivo titular a apresentar no prazo legal, sob pena de decadência.

⁵² O artigo 88 da Lei nº 9099/95 estabeleceu que “além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.” Com relação aos fatos pretéritos, ocorridos antes da vigência da lei, o artigo 91 estabeleceu que “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.”

⁵³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. A Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996, p. 120.

⁵⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *A exigência de representação da vítima no crime de estelionato retroage aos processos em andamento, até o trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 03/01/22.

⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, t. 1, p. 122 e 123.

A Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor no dia no dia 23/01/20. A partir dessa data começou a fluir o prazo decadencial para oferecimento da representação (caso conhecido o auto do delito). Se não foi providenciada a intimação da vítima ou esta, apesar de intimada, deixou decorrer *in albis* o prazo decadencial de 06 meses (cujo termo final foi o dia 22/07/20), a punibilidade estará inexoravelmente extinta.

Ainda haverá a necessidade de intimação da vítima na atualidade? Ao que tudo indica, tal providência não surtirá mais nenhum efeito prático, pois já se consumou a extinção da punibilidade, na forma do artigo 107, IV, do CP.

Corroborando o nosso entendimento, os professores João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem consideram indevida a aplicação, por analogia, da regra do artigo 91 da Lei nº 9099/95, e asseveram, com relação à representação das vítimas nas investigações e processos em curso:

E qual será o prazo para representar? Não havendo regra de transição – ao contrário da Lei nº 9099/1995 (art. 91) – o prazo de seis meses (regra geral) deverá ser aplicado por analogia. Se ultrapassado esse prazo, diante do silêncio em relação à vontade de prosseguir, ocorrerá a decadência e, com efeito, a extinção da punibilidade do agente (CP, artigo 107, IV). O mesmo procedimento deverá ocorrer com os processos já findos e com execução penal em curso, pois o trânsito em julgado não pode constituir barreira intransponível para aplicação retroativa da nova normativa (CF, artigo 5º, XL). Essas regras são esquecidas pelos pragmáticos. Rogério Sanches Cunha, por exemplo, não exige a aferição da vontade da vítima do delito patrimonial nos casos em que a denúncia já tenha sido recebida. O consequencialismo dita sua posição, afinal, quer evitar, saliente-se, a todo custo, a extinção da punibilidade pela decadência. Desvirtua-se a própria garantia da retroatividade, prevista constitucional e convencionalmente. E nada disso é observado por uma parcela do Poder Judiciário (STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1681153 / SP, rel. Min. Felix Fischer, DJ 14-09-2020). Como a denúncia pode operar como um ato jurídico perfeito em relação à retroatividade benéfica? (STJ, 6ª Turma, HC n. 583.837/SC, rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJ 12-08-2020). Se bastasse, nenhuma lei que preveja a descriminalização de uma conduta teria efeito retroativo. Alguém pode argumentar que, nesta hipótese, a norma seria puramente penal. Sim, mas também às normas processuais de conteúdo material é aplicável a retroatividade benéfica. Por quê? Porque a solução de direito material sempre tem primazia, uma vez que se relaciona com o direito à liberdade. Para promover a justiça é mister entender que o Estado está a serviço da liberdade individual e não o contrário. Infe-re-se da Constituição Federal que os direitos fundamentais são direitos para

e dos cidadãos e não para e do Estado e, para garanti-los, quanto à liberdade, há a garantia da retroatividade da lei mais benéfica que, repita-se, não encontra barreira na coisa julgada (o que dizer de mero recebimento da denúncia?).⁵⁶ (grifo nosso)

Outra questão: para alguns, como a representação não exige rigor formal,⁵⁷ com relação aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, a manifestação de vontade da vítima já constante do registro de ocorrência, por exemplo, poderia ser considerada como uma representação. Os que sustentam tal posição⁵⁸ certamente revelam intenções nobres, justificadas pela necessidade de se evitar a impunidade, sobretudo devido aos percalços da persecução penal durante a pandemia do novo Coronavírus. Todavia, com o devido respeito, tal argumento não passa de um sofisma, porque, na prática, nega a retroatividade da lei penal mais benéfica e, por consequência, nega a aplicação de norma convencional, constitucional e legal, que impõe a retroatividade da *lex mitior*.

Ponderando-se os valores e bens jurídicos envolvidos, deve prevalecer a liberdade. Como ensina BITENCOURT,⁵⁹ “a violação aos direitos fundamentais do cidadão – limitando-os, suprimindo-os ou excluindo-os –, a pretexto de combater a impunidade, é muito mais relevante que possíveis efeitos positivos que porventura possam ser atingidos.”

De fato, a representação não exige rigor formal, mas a manifestação de vontade da vítima deve ocorrer no tempo certo, sob pena decadência. Somente com a entrada em vigor da nova lei, tal condição de procedibilidade passou a ser exigida. Logo, é a partir da entrada em vigor da lei que a representação deve ser oferecida.

Afinal, está em jogo a liberdade, um direito fundamental de primeira dimensão. Sobre o tema, NOVELINO ensina que “os direitos de primeira dimensão têm como titular o indivíduo e são oponíveis, sobretudo, ao Estado, impondo-lhe diretamente um dever de abstenção (caráter negativo).”⁶⁰

⁵⁶ MARTINELLI, João Paulo Orsini; SHIMITT, de Bem Leonardo. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021, p. 1266.

⁵⁷ “(...) A representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima ou de quem tenha qualidade para representá-la, no sentido de ver apurados os fatos acioados de criminosos. (...)” (STF. Inq 3438, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, Acórdão Eletrônico DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)

⁵⁸ Para LIMA, “considerando que não se exige maiores formalismos quanto à representação, se porventura já constasse dos autos desses processos criminais algum tipo de requerimento para instauração de inquérito policial, é de rigor a conclusão no sentido de que já havia “representação” naquele feito, porquanto evidenciado o interesse da vítima no sentido da persecução penal. Nesse caso, poder-se-ia aproveitar essa representação como condição de prosseguibilidade para fins de dar continuidade ao processo.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 324)

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Supressão de Parcela da Prescrição*. Disponível em: <<https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-supressao-de-parcela-da-prescricao>>. Acesso em: 02/01/22.

⁶⁰ NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Método, 2014, p. 385.

Lembre-se ainda que não há, naturalmente, que se cogitar sobre a intimação da vítima para oferecimento da representação com relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei nº 13.964/2019, por sua vez, com relação aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei, parte da doutrina e jurisprudência tem exigido a intimação da vítima, aplicando, por analogia, o artigo 91 da Lei nº 9099, o que enseja uma situação de tratamento desproporcional entre os acusados por crimes da mesma espécie, violando a isonomia. Nada justifica esse tratamento diferenciado. São situações ontologicamente iguais.

Imagine-se um crime de estelionato consumado em 22/01/20 (antes da entrada em vigor da Lei nº 13964/19) e um crime de estelionato consumado no dia 23/01/20 (data da entrada em vigor da lei). No primeiro caso, a vítima deveria ser intimada. No segundo caso, não há essa exigência. No primeiro caso, se a vítima não for intimada e não oferecer representação, deverá se aguardar indefinidamente a sua iniciativa e a punibilidade só será extinta pela prescrição. No segundo caso, se a vítima – que não será intimada – não oferecer a representação no prazo de 06 meses, a punibilidade estará extinta. Não nos parece razoável essa distinção.

Pior ainda: se no primeiro caso, a vítima, após muitos anos, decide oferecer a representação? Lembremos que no segundo caso, ocorrido após a vigência da lei, a vítima não ofereceu representação no prazo de 06 meses e a punibilidade foi extinta. Logo, houve a decadência com relação ao segundo crime, mas não com relação ao crime ocorrido anteriormente. Parece-nos teratológica essa situação.

Pergunta-se ainda com relação ao primeiro caso: o curso do prazo decadencial pode ser impedido ou postergado? Sem previsão expressa em lei, não se pode postergar o início do prazo decadencial, conforme dispõe o artigo 207 do Código Civil.⁶¹ Como não há disposição legal em sentido contrário, o prazo decadencial é de 6 (seis) meses, contados da data em que o ofendido veio a saber quem é o autor do crime, sob pena de decadência, nos termos dos artigos 103 do CP e 38 do CPP.⁶² Nesse sentido:

Sob pena de se operar o instituto da decadência, o direito de representação do ofendido deve ser exercido dentro do lapso temporal de 6 (seis) meses, cujo termo inicial é a data em que a vítima ou o seu representante legal toma ciência de quem é o autor do delito, nos termos do disposto no art. 103 do Código Penal e no art. 38 do Código de Processo Penal.⁶³

⁶¹ Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

⁶² Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia.

Art. 38 - Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

⁶³ BRASIL. STJ. *RHC 26.613/SC*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/09/2011, DJe 03/11/2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07/01/22.

O prazo decadencial é fatal e improrrogável, não se sujeitando à interrupção ou suspensão. Ao contrário do prazo prescricional, não há causas interruptivas ou suspensivas do prazo decadencial. A representação deverá ser feita no prazo decadencial de 6 meses, contados a partir da data em que o ofendido vier a saber quem é o autor do delito (art. 38). Por ser um prazo decadencial, não pode ser prorrogado, interrompido ou suspenso,⁶⁴ contando-se na forma do art. 10 do CP, incluindo-se o primeiro dia e excluindo-se o do vencimento. Encerrando-se em finais de semana ou feriados, não se dilata para o primeiro dia útil subsequente.⁶⁵

Em que pese a previsão legal em ambos os Códigos (art. 103 do CP e art. 38 do CPP), trata-se de instituto eminentemente de direito material. Por conseguinte, aplica-se a regra do artigo 10 do Código Penal, contando-se o dia do começo e excluindo-se o dia do fim.⁶⁶

Por outro lado, oferecida a representação, seja perante a autoridade policial, diante do representante do Ministério Público ou mesmo em juízo, cessa o transcurso do prazo decadencial. Neste caso, não há mais que se falar em decadência, em que pese eventual demora no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.⁶⁷

Contudo, a aplicação da analogia (*in malam partem*), para intimação da vítima, nos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da nova normativa, posterga indevidamente o termo inicial do prazo decadencial, caracterizando flagrante afronta ao princípio da proporcionalidade, sob o viés da proibição do excesso, conforme se passa a explicar, recorrendo-se, mais uma vez, ao magistério de BITENCOURT:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada.⁶⁸

No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado pela Constituição Federal brasileira em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI); proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII); admissão de maior rigor para

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 253.

⁶⁵ TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 154.

⁶⁶ A propósito: "Como regra, o prazo da decadência é de 06 (seis) meses e, em se tratando de causa de extinção da punibilidade, o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do art. 10 do Código Penal e não de acordo com o art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o *dies a quo*." (BRASIL. STJ. *APn 562/MS*, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 02/06/2010, DJe 24/06/2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07/01/22.)

⁶⁷ DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 382.

⁶⁸ "A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito." (art. 15)

infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV); determinação de penas alternativas para *infrações de menor potencial ofensivo* etc.

Desde o *Iluminismo* procura-se eliminar, dentro do possível, toda e qualquer intervenção desnecessária do Estado na vida privada dos cidadãos. Nesse sentido, ilustra Mariângela Gama de Magalhães Gomes, afirmando: “No entanto, o conceito de proporcionalidade como um princípio jurídico, com índole constitucional, apto a nortear a atividade legislativa em matéria penal, vem sendo desenvolvido, ainda hoje, a partir dos impulsos propiciados, principalmente, pelas obras iluministas do século XVIII e, posteriormente, pela doutrina do direito administrativo.”⁶⁹ Com efeito, as ideias do *Iluminismo* e do *Direito Natural* diminuíram o autoritarismo do Estado, assegurando ao indivíduo um novo espaço na ordem social. Essa orientação, que libertou o indivíduo das velhas e autoritárias relações medievais, implica necessariamente a recusa de qualquer forma de intervenção ou punição desnecessária ou exagerada. *A mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade impôs, desde então, maior respeito à dignidade humana e a consequente proibição de excesso. Nessa mesma orientação filosófica inserem-se os princípios garantistas, como os da proporcionalidade, da razoabilidade, da lesividade e da dignidade da pessoa humana.*

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado – em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça – resulta *vinculado* em relação aos *fins eleitos* para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre *vinculada axiomáticamente* pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa *constituição dirigente* são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do *princípio da proporcionalidade*, não apenas como simples critério interpretativo, mas também como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um *vínculo constitucional* capaz de limitar os *fins* de um ato estatal e os *meios* eleitos para que tal finalidade seja alcançada. *Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas, sim, por valores éticos deduzidos da própria Constituição Federal – vedação do arbítrio (Übermassverbot); b) necessidade*

⁶⁹ GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *Princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 40-41.

*(Erforderlichkeit): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade stricto sensu: todo representante do Estado está obrigado, ao mesmo tempo, a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar recursos (ou meios) desproporcionais.*⁷⁰

O campo de abrangência, e, porque não dizer de influência do princípio da proporcionalidade, vai além da simples confrontação das consequências que podem advir da aplicação de leis que não observam dito princípio. Na verdade, modernamente a aplicação desse princípio atinge o *exercício imoderado de poder*, inclusive do próprio poder legislativo no ato de legislar. Não se trata, evidentemente, de questionar a motivação interna da *voluntas legislatoris*, e tampouco de perquirir a finalidade da lei, que é *função privativa* do Parlamento. Na realidade, a evolução dos tempos tem nos permitido constatar, com grande frequência, o uso abusivo do “poder de fazer leis *had hocs*”, revelando, muitas vezes, contradições, ambiguidades, incongruências e falta de razoabilidade, que contaminam esses diplomas legais com o *vício de inconstitucionalidade*. Segundo o magistério do Ministro Gilmar Mendes,⁷¹ “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (*Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot*), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito”.

*Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho.*⁷² O Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada nem formular regras legais, cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade assegurados pelo nosso sistema constitucional, afrontando diretamente o *princípio da proporcionalidade*, como estamos demonstrando. O Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-

⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 356-397.

⁷¹ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 264.

se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.⁷³ Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade viabiliza o controle de sua razoabilidade, que inclui, inclusive, a fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Assim, a razoabilidade exerce função controladora na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.

Nesse mesmo sentido, invocamos, por sua pertinência, passagem do voto antológico do Ministro Celso de Mello, em cautelar concedida nos autos do processo da Ação com pedido de Habeas Corpus n. 94.404 MC/SP,⁷⁴ nos seguintes termos: “Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade. Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público”.

Esses excessos precisam encontrar, dentro do sistema político-jurídico, alguma forma ou algum meio de, se não evitá-los, pelo menos, questioná-los ou mesmo reduzi-los a níveis toleráveis: a única possibilidade em um Estado Democrático de Direito, sem qualquer invasão das atribuições da esfera legislativa, é por meio do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário. “A função jurisdicional nesse controle – adverte o doutrinador argentino Guillermo Yacobucci – pondera se a decisão política ou jurisdicional em matéria penal ou processual penal, restritiva de direitos, está justificada constitucionalmente pela importância do bem jurídico

⁷³ No mesmo artigo, Bitencourt ensina que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. Razoável é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.

⁷⁴ BRASIL. STF. HC 94404, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008. *In Informativo do STF n. 516*, Brasília, DF, 18 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 10/01/22.

protegido e a inexistência, dentro das circunstâncias, de outra medida de menor lesão particular." O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação "custo-benefício" para o cidadão e para a própria ordem jurídica.

Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos e, pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos. Nessa linha, destaca Gilmar Mendes, a modo de conclusão: "em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado – e completa Gilmar Mendes – de qualquer forma, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade em sentido estrito)".⁷⁵ (grifo nosso)

Essa diferença de tratamento entre os investigados por crimes da mesma espécie ocorridos antes e depois da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019 configura, com o devido respeito às opiniões contrárias, uma inconstitucionalidade manifesta, por ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e proporcionalidade. Aqui vale lembrar a lição de CANOTILHO: "uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas, excessivas ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos".⁷⁶

Aliás, há muito tempo, DAMASIO já nos advertia que "leis malfeitas ferem, além de outros, especialmente os princípios da legalidade, da igualdade e da proporcionalidade. Quando não são facilmente compreensíveis, admitindo considerações diversas, permitem que fatos idênticos sejam apreciados de maneira diferente, com injusta absolvição ou condenação de acusados."⁷⁷

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Supressão de Parcela da Prescrição*. Disponível em: <<https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-supressao-de-parcela-da-prescricao>>. Acesso em: 02/01/22.

⁷⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 488.

⁷⁷ JESUS, Damásio Evangelista de. Extinção da prescrição retroativa. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 40, abr./jun., 2011, p. 15.

No mesmo sentido, sintetizando o que acima foi exposto, QUEIROZ assevera: “analogia *in malam partem* e *in bonam partem* são em tese legítimas, exceto se forem incompatíveis com os princípios da legalidade e proporcionalidade.”⁷⁸

A respeito da recorrente e equivocada invocação do princípio da proporcionalidade para justificar a sobreposição do “interesse público” sobre o “interesse individual”, LOPES JÚNIOR, com autoridade, ensina que:

Argumento recorrente em matéria penal é o de que os direitos individuais devem ceder (e, portanto, ser sacrificados) frente à “supremacia” do interesse público. É uma manipulação discursiva que faz um maniqueísmo grosseiro (senão interesseiro) para legitimar e pretender justificar o abuso de poder. Inicialmente, há que se compreender que tal reducionismo (público – privado) está completamente superado pela complexidade das relações sociais, que não comportam mais essa dualidade cartesiana. Ademais, em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do “privado”, situando-se na dimensão de direitos e garantias fundamentais (portanto, “público”, se preferirem). Na verdade, são verdadeiros direitos de todos e de cada um de nós, em relação ao (ab)uso de poder estatal.

Já em 1882, Manuel Alonso Martínez afirmava na *Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* que “*sagrada es sin duda la causa de la sociedad, pero no lo son menos los derechos individuales*”.

W. Goldschmidt explica que os *direitos fundamentais*, como tais, dirigem-se contra o Estado e pertencem, por conseguinte, à seção que trata do *amparo do indivíduo contra o Estado*. O processo penal constitui um ramo do direito público, e, como tal, implica autolimitação do Estado, uma soberania mitigada.

Ademais, existe ainda o fundamento histórico-político para sustentar a dupla função do moderno processo penal, que foi bem abordado por Bettiol. A proteção do indivíduo também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe a exigência de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade, e isso surgiu na Europa depois

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. *O que é analogia in malam partem e quando é razoável proibi-la*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-analogia-in-malam-partem-e-quando-e-razoavel-veda-la/>>. Acesso em: 12/01/2022.

de uma época de arbitrariedades que antecedeu a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

A democracia, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifesta-se em todas as esferas da relação Estado-indivíduo. Inegavelmente, leva a uma democratização do processo penal, refletindo essa valorização do indivíduo no fortalecimento do sujeito passivo do processo penal.

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos a ele submetidos o são, pois só perdem esse status após a sentença condenatória transitar em julgado), pois esse é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LVII, da Constituição.

O objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado, o respeito a sua dignidade como pessoa, como efetivo sujeito no processo. O significado da democracia é a revalorização do homem. (...)

Não se pode esquecer, como explica Sarlet, de que a dignidade da pessoa humana é um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa.

Inclusive, na hipótese de conflito entre princípios e direitos constitucionalmente assegurados, destaca Sarlet, “o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos”. Isso porque, como explica o autor, existe uma inegável primazia da dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional. (...)

Destaque-se: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos. (...)

Essa é uma premissa básica que norteia toda a obra: questionar a legitimidade do poder de intervenção, por conceber a liberdade como valor primevo do processo penal. Entendemos que sociedade – base do discurso de prevalência do “público” – deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior de que dependem os homens que o integram.

Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, onde os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário.

Na mesma linha, Bobbio explica que, atualmente, impõe-se uma postura mais liberal na relação Estado-indivíduo, de modo que primeiro vem o indivíduo e, depois, o Estado, que não é um fim em si mesmo. O Estado só se justifica enquanto meio que tem como fim a tutela do homem e dos seus direitos fundamentais, porque busca o bem comum, que nada mais é do que o benefício de todos e de cada um dos indivíduos.

Por isso, Ferrajoli fala da *ley del más débil*. No momento do crime, a vítima é o hipossuficiente e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais fraco passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. O sujeito passivo do processo, aponta Guarnieri, passa a ser o protagonista, porque ele é o eixo em torno do qual giram todos os atos do processo.

Amilton B. de Carvalho, questionando para quê(m) serve a lei, aponta que “a lei é o limite ao poder desmesurado – leia-se, limite à dominação. Então, a lei – eticamente considerada – é proteção ao débil. Sempre e sempre, é a lei do mais fraco: aquele que sofre a dominação”.

Nessa democratização do processo penal, o sujeito passivo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ocupar uma posição de destaque enquanto parte, com verdadeiros direitos e deveres. É uma relevante mudança decorrente da constitucionalização e democratização do processo penal.

Muito preocupante, por fim, é quando esse discurso da “prevalência do interesse público” vem atrelado ao Princípio da Proporcionalidade, fazendo uma viragem discursiva para aplicá-lo onde não tem legítimo cabimento. Nesse tema, é lúcida a análise do Ministro Eros Grau, cuja citação, ainda que longa, deve ser objeto de reflexão. Diz o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal no voto proferido no HC 95.009-4/SP (p. 44 e ss.):

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características –, porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito”. No caso de que ora cogitamos *esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em material penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.* (grifos nossos)

Em suma: nesse contexto político-processual, estão superadas as considerações do estilo “a supremacia do interesse público sobre o privado”. As regras do devido processo penal são verdadeiras

garantias democráticas (e, obviamente, constitucionais), muito além dessa dimensão reducionista de público/privado. Trata-se de direitos fundamentais – obviamente de natureza pública, se quisermos utilizar essa categoria – limitadores da intervenção estatal.⁷⁹ (grifos do autor)

Por tal razão, malgrado as respeitáveis opiniões em sentido contrário,⁸⁰ sustentamos a ilegalidade da intimação da vítima para oferecimento da representação, cujo prazo inicial teve início com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, sendo certo que, em caso de inércia do ofendido, consumou-se a extinção da punibilidade pelo decurso do prazo decadencial.

6. Do controle de convencionalidade, constitucionalidade e legalidade das investigações em curso

Como visto até aqui, o conflito intertemporal das leis penais mistas é matéria que sempre gerou controvérsias e não foi diferente após a promulgação da Lei nº 13.964/2019. A lei trouxe inúmeras mudanças no Código Penal, no Código de Processo Penal e em leis especiais, algumas restritas ao direito material, outras ao processual penal, mas algumas das inovações compreendem os dois ramos (leis mistas ou híbridas).

⁷⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 28/34.

⁸⁰ Contra o nosso entendimento:

Lima: “Portanto, se a denúncia quanto ao crime de estelionato ainda não havia sido oferecida por ocasião da vigência do Pacote Anticrime, pensamos que a atuação do MP passou a depender de representação, cujo termo decadencial inicial, para os fatos pretéritos, seria a data da ciência da vítima quanto à necessidade de oferecer a representação.” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021, p. 322/323)

Moreira: “Se o ofendido (ou outros legitimados) não for encontrado, aguardar-se-á o transcurso do prazo prescricional, já que, não tendo sido possível a notificação, não há falar-se em decadência; não será possível, por outro lado, a continuidade do procedimento, em razão da falta de uma ‘condição de prosseguibilidade’ para a ação penal.” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O crime de estelionato depende de representação*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>>. (acesso em 07/01/22)

Lemos: “Com relação às perseguições penais em curso, sendo a exigência de representação norma processual penal de índole material e mais benéfica, acaso a vítima não tenha deixado claro o interesse da responsabilização criminal do(s) agente(s), caberá à autoridade policial ou à autoridade judiciária, se já recebida a denúncia, notificar a vítima para representar, no prazo de trinta dias, contados da notificação, ficando os autos suspensos até o pronunciamento da vítima ou o transcurso do prazo.

Instada a se manifestar, se a vítima representar pela responsabilização criminal do(s) agente(s), a perseguição penal prosseguirá regularmente seu curso.

De outro lado, se a vítima expressamente posicionar-se pelo desinteresse no prosseguimento da demanda ou o prazo de trinta dias transcorrer *in albis*, operará a extinção da punibilidade, com o arquivamento dos autos. Por fim, não sendo o ofendido encontrado, aguardar-se-á o transcurso do prazo prescricional.” (LEMONS, Marcelo Geraldo. Alteração da ação penal do crime de estelionato pela Lei nº 13.964/2019 e seus reflexos na prática forense. *Revista Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros*. Belo Horizonte, ano XII, vol. I, nº 16, jul./dez. 2020. p. 192/193. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/>>. Acesso em: 07/01/22.)

A partir de agora, o nosso objetivo será o tratamento da aplicação temporal das leis penais mistas às investigações em curso, à luz do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e em especial da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que é o órgão legitimado e responsável pela interpretação dos dispositivos que estão contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Neste tópico, inspirado no magistral voto do Relator MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI, no *Habeas Corpus* Criminal nº 2174937-23.2021.8.26.0000,⁸¹ cuja leitura recomendamos, discorreremos acerca do denominado controle de convencionalidade a ser realizado nas investigações em curso.

As alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/19, no tocante à exigência de representação do ofendido como condição para o exercício da ação penal, possui inequívoco caráter penal que, por ser mais benéfico, há de retroagir.

Tal mudança representa a adoção de um novo modelo de política criminal a ser observado na persecução de algumas formas do crime de estelionato. O exercício da ação penal e a própria instauração do processo depende agora da manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal. Contudo, tal manifestação não é absoluta, devendo ser exercida dentro do prazo previsto em lei. A ausência de representação no prazo legal impede o exercício do poder punitivo, provocando a extinção da punibilidade.⁸²

Os aspectos de natureza processual e material evidenciam o caráter híbrido do novo dispositivo. O conflito temporal de leis deve ser resolvido à luz dos princípios de garantia dos direitos fundamentais (constitucionais) e humanos (convencionais), e o caráter penal, mais benéfico, deve retroagir. É a consagração do princípio *pro homine* que inspira o direito internacional dos direitos humanos (art. 9º do Pacto de San Jose da Costa Rica) e os direitos fundamentais (art. 5º, XL, da Constituição Federal), bem como o disposto no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Vale lembrar que o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, cuja observância é obrigatória entre nós (*Pacta sunt servanda*), sendo promulgada em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678/92.

Ainda paira discussão acerca da hierárquica normativa⁸³ que os tratados internacionais de direitos humanos assumem no plano do direito interno. Renomados

⁸¹ BRASIL. TJSP. *Habeas Corpus Criminal* nº 2174937-23.2021.8.26.0000 - Voto nº 3420. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 07/01/22.

⁸² BRASIL. TJSP. *Habeas Corpus Criminal* nº 2174937-23.2021.8.26.0000 - Voto nº 3420. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 07/01/22.

⁸³ Segundo a lição de Bobbio: “As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento possui uma norma fundamental, que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que

doutrinadores⁸⁴ defendem que o art. 5º, § 2º, da CF/88 assegura a hierarquia de norma constitucional das convenções internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004,⁸⁵ como ocorre com o Pacto de São José da Costa Rica, pois “definitivamente não se pode legitimamente esperar que as ditas disposições convencionais se adaptem ou se subordinem às soluções de direito constitucional ou de direito público interno.”⁸⁶

Cumpra, porém, observar que a Emenda Constitucional nº 45 alterou o art. 5º, § 3º, da CF/88, estabelecendo que somente os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Com isso, como regra, tais tratados e acordos internacionais se equiparam à lei ordinária, sendo que a exceção exigirá quórum idêntico ao de emenda constitucional (ou seja, dois terços do Congresso Nacional). No dia 3/12/08, o Pleno do STF, no HC 87.585-TO,⁸⁷ resolveu a questão que se colocava acerca do status da norma inserida em tratados internacionais referentes a direitos humanos ratificados pelo Brasil, sendo que, por maioria, se aprovou que as normas que versem sobre qualquer direito (mesmo direitos humanos), se aprovadas antes da EC 45, independentemente de aprovação com quórum qualificado no Congresso, não importando serem tais normas provenientes de tratados internacionais, possuem somente status supralegal, não tendo assim valor constitucional, só podendo o juiz aferir a convencionalidade de sobreposição ante a lei ordinária, em exame preliminar, em cada caso concreto a ser examinado. Agora, se o tratado sobre direitos humanos foi ratificado pelo Congresso, após a EC 45, com o quórum qualificado, passam a ter o valor de Emenda Constitucional. Assim, somente os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição têm igualdade com a norma

pode ser chamado de ordenamento.” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2019, p. 49)

⁸⁴ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 513; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51/77; LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 16/18; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 682/702.

⁸⁵ A Emenda Constitucional n. 45, de 8 dezembro de 2004 (EC 45/04), que introduziu o parágrafo 3º. do art. 5º, da Constituição Federal (CF/88), contribuiu para evolução da jurisprudência do STF sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos. *In verbis*: “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas). Voto disidente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 14. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_46_esp.pdf>. Acesso em: 14/01/22.

⁸⁷ Conferir também: “(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O ‘status’ normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão (...).” (BRASIL. STF. *RE 349703*, Relator(a): Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJE-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14/01/22)

constitucional, podendo assim a norma que o violar ser submetida ao controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.⁸⁸

Em que pese a discussão acima, é inequívoca a importância da observância e aplicação dos tratados de direitos humanos em sua máxima eficácia, sendo certo que, no plano internacional, o contorno essencial dos direitos humanos assume a condição de *ius cogens*.⁸⁹

Nesse sentido, merece destaque a primorosa lição contida no voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 93.280/SC:

(...) A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do

⁸⁸ POLASTRI, Marcellus Lima; SONEGHETI, Victor. Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 48, abr./jun. 2013, p. 195.

⁸⁹ GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014, p. 63. Garcia nos ensina que “o *ius cogens*, em sua expressão mais simples, pode ser visto como o conjunto de normas imperativas de direito internacional público. Reflete padrões deontológicos sedimentados no âmbito da comunidade internacional, cuja existência e eficácia independem da aquiescência dos sujeitos de direito internacional. Deve ser observado nas relações internacionais e projeta-se, em alguns casos, na própria ordem jurídica interna. (...) Foi justamente a proximidade com o direito natural, suscetível de ser meramente conhecido, não construído, além de ser ontologicamente imodificável, que permitiu o reconhecimento da existência do *ius cogens*. 1. Note-se que a própria expressão direito das gentes, inicialmente utilizada para designar o direito internacional público, era empregada, nas Institutas de Justiniano, para definir o conjunto de regras que a razão natural estabeleceu entre todos os homens e povos. (...) Teríamos, assim, o direito das gentes positivo e arbitrário, decorrente dos acordos internacionais, e o direito das gentes natural e imutável. 7. Estas últimas normas são justamente aquelas que a doutrina, nos séculos seguintes, após incontáveis embates argumentativos a respeito das relações entre o direito natural e o direito das gentes, reconheceu pertencerem ao *ius cogens*. O conceito há muito difundido no âmbito da comunidade internacional terminou por ser incorporado pelo art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que considera nulo qualquer tratado que destoe do *ius cogens*. Considerou como tal aquela norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional como um todo, insuscetível de derrogação e que somente pode ser modificada por norma de direito internacional geral da mesma natureza. A superveniência da norma de *ius cogens*, por força do art. 64 da Convenção, também torna nulo ou extingue o tratado anterior que dela destoe. É evidente que o conteúdo do *ius cogens* tem passado por inúmeras vicissitudes com o evoluir da humanidade, assumindo singular relevância na proteção internacional dos direitos humanos. (...) Essa constatação certamente explica o porquê de as principais normas de natureza *ius cogens* dizerem respeito à proteção dos direitos humanos. (...) Ao imporem obrigações *erga omnes*, as normas *ius cogens* inserem no plano da ilicitude a conduta dos Estados que venham a violá-los. Na medida em que a sedimentação dos direitos humanos parece ser uma diretriz indissociável do direito internacional público contemporâneo, é evidente que o grande número de tratados internacionais afetos a essa temática dá origem ao delineamento de um largo alicerce consuetudinário, o que, em rigor lógico, terminaria por atribuir natureza *ius cogens* à maior parte das normas afetas aos direitos humanos. (...) Os mecanismos convencionais de proteção têm tido grande desenvolvimento no âmbito regional, com especial realce para o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.” (GARCIA, Emerson. *Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 64, abr./jun. 2017, p. 95/101)

Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO.

A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. *HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.*

Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José

da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.⁹⁰ (grifo nosso)

O silêncio da Lei nº 13.964/2019 sobre a sua aplicação aos fatos anteriores não impede que se reconheça a aplicação retroativa, pois o caráter penal da norma é reconhecidamente favorável ao imputado. A solução se dará de acordo com vontade do legislador constituinte e também em congruência com o sistema internacional de direitos humanos que igualmente reconhece a retroatividade da lei penal mais benéfica, em sua amplitude.

Com efeito, o tema da retroatividade da lei penal mais benéfica foi objeto de decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Ricardo Canese vs. Paraguai, onde foi adotada uma *ampla interpretação* sobre o conteúdo mais benéfico da lei penal:

(...) o direito fundamental consagrado no artigo 9 da Convenção impõe ao Estado a obrigação de aplicar a lei penal mais favorável ao acusado, inclusive se esta lei for expedida com posterioridade ao fato ou à condenação. (...)

Nesse sentido, deve-se interpretar como lei penal mais favorável tanto aquela que estabelece uma pena inferior a respeito dos crimes como a que compreende as leis que descriminalizam uma conduta anteriormente considerada como crime, criam uma nova causa de justificação, de inculpabilidade e de impedimento à operatividade de uma penalidade, entre outras. *Estas hipóteses não constituem uma enumeração taxativa dos casos que merecem a aplicação do princípio de retroatividade da lei penal mais favorável.* Cabe destacar que o princípio de retroatividade se aplica a respeito das leis que tenham sido aprovadas antes do proferimento de sentença, bem como durante a execução da mesma, já que a Convenção não estabelece um limite nesse sentido.⁹¹ (grifo nosso)

Tal precedente estabelece obrigações aos Estados nacionais a respeito das normas convencionais, bem como da jurisprudência da Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, para fins do denominado controle de convencionalidade.⁹²

⁹⁰ BRASIL. STF. HC 93.280/SC. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em 23/09/08. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 05/01/22.

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/22.

⁹² CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, nº 154, § 124, *verbis*: "Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições

De fato, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 28) impõe o controle de convencionalidade às autoridades nacionais, em seus mais diferentes níveis,⁹³ mediante a observância do regime internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, foi recentemente editada pelo Conselho Nacional de Justiça a Recomendação nº 123 de 07 de janeiro de 2022, que “recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”⁹⁴

A respeito da aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público, MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA ensinam que:

No que tange ao Ministério Público, sabe-se ser este – nos termos do art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988 – “instituição permanente” e “essencial a função jurisdicional do Estado”, ao qual incumbe “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Como instituição que zela pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, não há dúvidas incumbir-lhe a escorreita aplicação das normas internacionais de direitos humanos de que a República Federativa do Brasil e parte, quer no plano processual quanto no plano extraprocessual. De fato, se o Ministério Público e órgão legitimado a exercer o controle de constitucionalidade das leis, não há razão para que deixe de realizar o exame de compatibilidade vertical material entre as normas do direito brasileiro com os tratados de direitos humanos ratificados e em vigor, pugnando

vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário *deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário *deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana*” (grifo nosso). Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

⁹³ CORTE IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações, sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193, *in verbis*: Quando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar à que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais correspondentes, e nesta tarefa devem levar em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Recomendação nº 123, de 07 de janeiro de 2022*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: 12/01/22.

pela adaptação ou invalidação de eventuais leis contrárias aos dispositivos pactuados. (...)

Nesse contexto, a efetiva primazia dos direitos humanos – segundo o estabelecido pelas regras de direito internacional – depende diretamente da consolidação de um Ministério Público pós-moderno, que não se limite à tradicional fiscalização das leis, segundo a já ultrapassada nomenclatura de *custos legis*. Doravante, o Ministério Público é instituição que também opera no exame das normas internacionais de que o Estado é parte, normas tais que complementam a coleção de leis nacionais e, conseqüentemente, ampliam o mosaico normativo de proteção dos direitos humanos em vigor no Brasil. Há nítida transição, como se nota, do Ministério Público *custos legis* – fiscal das normas internas (Constituição e as leis) – para o Ministério Público *custos juris*, agora responsável pela fiscalização de cumprimento e/ou aplicação de *todas as normas* em vigor na ordem jurídica brasileira, com especial enfoque para as decorrentes de tratados de que a República Federativa do Brasil é parte (CF, art. 5º, § 2º). Em outras palavras, o Ministério Público do terceiro milênio deve ser capaz de enxergar para além dos limites estatais e de suas normas internas, compreendendo que por sobre a instituição recai a enorme responsabilidade de garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, em diálogo construtivo com as normas de direito interno, em verdadeira atividade de *custos juris*.

Não há dúvidas de que, na prática, para haver a efetiva proteção dos direitos humanos na ordem jurídica brasileira, todos os membros do Ministério Público devem conhecer o teor dos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e aqui em vigor, bem assim seu impacto – e dizer, se as normas que os compõem são *mais* ou *menos* benéficas – no direito brasileiro, à luz do princípio internacional *pro homine*.⁹⁵ (grifo do autor)

Como destaca ZILLI em seu voto, “afirmar-se a retroatividade de norma híbrida porque o seu conteúdo penal fixa uma nova causa que, se concretizada, impedirá o

⁹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 78, out./dez. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020, p. 266/267. Na aplicação do princípio *pro homine*, asseveram os autores que “em caso de conflito entre a norma interna e a prevista por tratado de direitos humanos em vigor no País, deve o Ministério Público optar pela fonte que proporciona a norma *mais favorável à pessoa protegida* (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.” (ob. cit. p. 270)

exercício do poder punitivo é consagrar a leitura do direito à luz do direito internacional dos direitos humanos.”⁹⁶

Portanto, resta patente a retroatividade da lei penal mais benéfica, que deve ser aplicada de forma ampla, não podendo ser restringida por qualquer meio, como acontece com emprego de analogia *in malam partem* para intimação da vítima para fins de representação, ou mesmo considerar qualquer ato de manifestação de vontade da vítima expressada antes da vigência da *lex mitior* como representação, pois em que pese esta prescindir de rigor formal, deve ser oferecida no prazo legal, o qual teve início com entrada em vigor da nova lei. Tais entendimentos frustram, na prática, a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica em detrimento de uma garantia fundamental que a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 9º e 29) reconhece àqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Poder Público.

É nesse contexto que ressalta a necessidade do legítimo exercício da aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público nas investigações criminais em curso. Seja para fiscalizar a efetiva ampla aplicação retroativa da lei penal mais favorável (que condicionou a ação penal à representação da vítima), seja para evitar o emprego do recurso à analogia *in malam partem* (com a intimação da vítima para fins de oferecimento da representação), sobretudo nas investigações em curso, com relação às quais, como sustentado no tópico anterior, caso a vítima não tenha oferecido a representação no prazo legal de 06 meses (o termo inicial foi o dia da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19), já se encontra extinta a punibilidade, pelo decurso do prazo decadencial. Sobre o controle de convencionalidade na persecução criminal MAZZUOLI, FARIA e OLIVEIRA ensinam que:

Perseguindo a defesa da ordem jurídica, ao longo de todo o itinerário percorrido ou acompanhado pelo Ministério Público no curso da persecução penal, deve se fazer presente o controle de compatibilidade das normas jurídicas internas, de natureza material ou processual, com o direito convencional.

Dessa maneira, o membro ministerial que, v.g., não determina o arquivamento de inquérito policial e promove ação penal pública em desacordo com o tratado de direitos humanos, embora amplamente fundamentado pela legislação interna, não realiza o adequado controle de convencionalidade a que se encontra obrigado, oportunidade em que o Poder Judiciário deve rejeitar a denúncia oferecida, realizando o devido controle de convencionalidade que o membro do Ministério Público não realizou no momento processual oportuno. (...)

⁹⁶ BRASIL. TJSP. *Habeas Corpus Criminal* nº 2174937-23.2021.8.26.0000 - Voto nº 3420. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 07/01/22.

Em hipóteses tais, o Ministério Público pode realizar de maneira imediata o controle de convencionalidade da legislação aplicável ao caso, deixando de permitir a continuidade de atos de investigação ou deixando de promover a correspondente ação penal nos casos em que verificar pretensão contrária a quaisquer mandamentos previstos em tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil. (...)

O controle de convencionalidade que deve ser realizado pelo Ministério Público em tais casos pode recair tanto sobre a tipificação da conduta objeto de investigação quanto sobre a legalidade dos procedimentos de investigação desenvolvidos pela autoridade policial. Na primeira hipótese, pode o membro ministerial determinar o arquivamento de investigações por entender que normas convencionais ou que a jurisprudência da Corte IDH isentam de tipicidade a conduta apurada. No segundo caso, a determinação de arquivamento pode se operar pela constatação de que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconveniências que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal.

Tais apontamentos prestam-se, ainda, para aprofundar a importância do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, tal como determina a Constituição Federal no art. 129, VII, com o propósito de impor o efetivo controle de atuações policiais eventualmente capazes de comprometer a observância dos direitos humanos de investigados ou de vítimas de ilícitos, em prejuízo do desenvolvimento de um processo de persecução penal regular e eficiente.⁹⁷

Tal providência não viola o princípio da obrigatoriedade, tendo em vista a inequívoca constatação de que a obrigatoriedade absoluta não tem cumprido com seu dever,⁹⁸ sendo por este motivo objeto de constante evolução e releitura, à medida que são implementados pelo legislador, por medida de política criminal, novos institutos e medidas despenalizadoras, seguindo um modelo de intervenção penal mínima, sendo certo que nada impede a tutela do bem jurídico (patrimônio) por outros ramos do direito disponíveis, racionalizando o poder punitivo estatal. Ressaltando o caráter subsidiário do direito penal, Roxin assevera:

⁹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 78, out./dez. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020, p. 289/291.

⁹⁸ BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 169.

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a “*ultima ratio* da política social” e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.⁹⁹

Com efeito, há previsão no nosso ordenamento de mecanismos jurídicos para proteção eficiente do patrimônio da vítima. Na ponderação entre os direitos envolvidos, deve-se considerar que “o primado da pessoa é o do ser, não o do ter; a liberdade prevalece sobre a propriedade”, segundo a lição de MIRANDA.¹⁰⁰

No mesmo sentido, de acordo com o entendimento da Corte Constitucional Brasileira, “não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos”.¹⁰¹

Cabe, portanto, ao Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, bem como exercer o controle externo da atividade policial (CF, artigo 129, II e VII). Logo, compete ao Ministério Público, atendendo a sua missão constitucional e convencional (CADH, artigo 28), promover o arquivamento¹⁰² das investigações em curso, nas quais tenha se consumado a extinção da punibilidade pela decadência, materializando, desta forma, a efetividade de garantia fundamental, assegurada no plano convencional, constitucional e legal. Afinal, o Ministério Público sempre fiscaliza o correto cumprimento da lei, não só quando interveniente, mas também quando órgão agente.¹⁰³ Afirma expressamente, neste sentido, FERNANDES: “a imparcialidade do

⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 1997, p. 65.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, nº 52, abr./jun. 2014, p. 74.

¹⁰¹ BRASIL. *RHC 89624*. Relator(a): Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 10/10/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. (acesso em 12/01/22)

¹⁰² O arquivamento nesse caso se dá por falta de condição para o exercício da ação penal, em face da extinção da punibilidade pela decadência do direito de oferecer a representação. Como ensina Demoro, neste caso o arquivamento se tornará definitivo, não se aplicando a Súmula 524 do STF (DEMORO, Sergio Hamilton. O Arquivamento Definitivo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jan./jul. 2007, p. 280). No mesmo sentido, Polastri observa que “existem decisões de arquivamento que provocam verdadeira preclusão, como no caso de ser fundado em extinção de punibilidade ou na atipicidade da conduta do agente, pois, é intuitivo, nunca poderá se dar o oferecimento da denúncia futuramente com base naqueles fatos, pois o que está extinto não pode renascer e o que é atípico não poderá se tornar típico.” (POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.124)

¹⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 1986, p. 327.

Promotor preserva a igualdade do tratamento a todos os acusados, sem protecionismos ou excessos acusatórios.”¹⁰⁴

Nesse sentido, o artigo 2º, inciso I, da Resolução nº 20/07, do CNMP, dispõe que “o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis”.¹⁰⁵ (grifo nosso)

Tal providência, portanto, não é baseada em medida de política criminal ou poder discricionário, mas sim pautada na legalidade estrita, diante de hipótese de extinção da punibilidade pela decadência. Como sabido, em face do princípio da obrigatoriedade pura, é dever do Ministério Público promover a ação penal sem inspirar-se em motivos de oportunidade, utilidade social ou razões de política criminal.

Acerca da compreensão do princípio da obrigatoriedade, CABRAL apresenta uma nova visão, ensinando que:

Assim, a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade processual.

A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro que o Ministério Público não pode perseguir arbitrariamente alguns nem conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas.

Esse dever de atuação – ainda que nem sempre por meio de ação penal – decorre, fundamentalmente, do princípio da moralidade (CR, art. 37, *caput*) e do dever de objetividade que deve marcar a atuação ministerial.

Essas diretrizes constitucionais proscrevem o favoritismo e o protecionismo. É isso que o princípio da obrigatoriedade pretende evitar. E é precisamente essa fatia, essa faceta da obrigatoriedade que deve ser preservada.

¹⁰⁴ FERNANDES, A. Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 235.

¹⁰⁵ BRASIL. CNMP. *Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479>>. Acesso em: 12/01/22.

Tal perspectiva, porém, está longe de significar que o Ministério Público se torne um acusador cego e autômato. Não!¹⁰⁶

A respeito da conotação do princípio da obrigatoriedade, no sistema acusatório de uma democracia constitucional, ARAÚJO DE SOUZA ensina que:

Uma das conotações mais importantes no que diz respeito à titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público se refere ao princípio da obrigatoriedade, previsto em vários ordenamentos jurídicos. (...) Foi elucubrado como princípio correlato ao da inderrogabilidade do juízo, no sentido de não se permitir ao Ministério Público, ao seu alvedrio, subtrair ao exercício da ação penal quem quer que deva figurar como suspeito a ser acusado. (...) O princípio da obrigatoriedade, contudo, não significa que para todo e qualquer delito cuja ação seja de iniciativa pública deva haver uma acusação. A ideia da perfeita completude das acusações é irrealizável. Cuida-se de uma ilusão que tem como fundamento as ideologias eficientistas que concebem o direito e o processo penal como a panaceia exclusiva para cada infração da ordem social. Apesar disso, uma das razões invocadas a favor da adoção de critérios de oportunidade quando ao exercício da ação penal funda-se exatamente nesta ilusão, ou seja, na impossibilidade de o sistema penal dar uma resposta satisfatória a todas as notícias de crime que não sejam manifestamente infundadas.

Na verdade, o princípio da obrigatoriedade significa que o órgão público acusador não deve discriminar quais condutas penais ou quais imputados serão objeto de persecução. Representa o dever para o órgão acusador de promover a acusação penal em relação a cada um dos investigados e a cada uma das notícias de crime a ele submetidos, desde que haja elementos probatórios para tanto. Cuida-se de um corolário de três outras conotações inerentes ao sistema garantista, que são a legalidade ou sujeição somente à lei, a indisponibilidade das situações penais e a igualdade de todos perante a lei. Dessa maneira, tutela-se ao mesmo tempo a igualdade dos cidadãos perante a lei, o ofendido pela prática do crime, bem como a independência que deve ter o órgão acusador em relação aos poderes político e econômico. O princípio da obrigatoriedade, portanto, é uma conquista altamente democrática e deve, como regra, fazer parte da sistemática do processo de tipo acusatório público.¹⁰⁷

¹⁰⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPudivm, 2021, p. 37-38.

¹⁰⁷ ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 77/78.

Assim, o prosseguimento de tais investigações configura constrangimento ilegal, consubstanciado na violação de garantia fundamental, legitimando atuação do Ministério Público, como uma instituição de garantia deputada à tutela dos direitos fundamentais, mesmo que em favor do investigado, no curso da investigação criminal, como ensina ARAÚJO DE SOUZA:

Por pouco crível que pareça, há ainda hoje, no Brasil, doutrinadores com uma visão equivocada a respeito do Ministério Público, os quais afirmam ser este um acusador implacável, parcial e que tem por incumbência a obtenção, a todo custo, da condenação do acusado. Há, inclusive, quem se refira, em tom crítico, mas sem qualquer fundamentação razoável, ao “mito da imparcialidade do Ministério Público”. Com as devidas vênias, isto advém, dentre outros fatores, de uma interpretação errônea a respeito da referida instituição, não levando em conta como esta evoluiu nos mais diferentes sistemas jurídicos. Esta incompreensão também decorre, em alguns casos, de uma visão impregnada da concepção reinante no processo penal norte-americano, caracterizada pela possibilidade de o acusador – que possui fonte de legitimação distinta daquela dos Ministérios Públicos dos países de tradição romano-germânica – dispor do objeto do processo, sem comprometimento com a imparcialidade e a igualdade entre os cidadãos. O objetivo do presente artigo, portanto, é tentar desfazer tais incompreensões, comprovando que o *Ministério Público, no direito brasileiro, é uma instituição de garantia destinada à tutela de direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, como já afirmado, dentre tantos, pelo sistematizador da teoria do garantismo penal, Luigi Ferrajoli. (...)*

Já no Brasil, a doutrina amplamente majoritária sempre entendeu acertadamente que o Ministério Público é configurado, no processo penal, como parte imparcial. Não se trata, como se passa a demonstrar, de “mito” cunhado em terras tupiniquins. Na fase pré-processual, antes de instaurada a relação processual, o Ministério Público, que obviamente ainda não é parte, tem o dever de obrar com imparcialidade, sendo obrigado durante a investigação preliminar a reunir todos os elementos probatórios acerca do fato criminoso, inclusive os que se mostrem favoráveis à pessoa submetida à investigação. Não se trata de elucubração doutrinária, mas de previsão expressa constante de vários códigos de processo penal modernos, como por exemplo, os da Alemanha de 1974 (§ 160, II), da Itália de 1988 (art. 358) e da

Bolívia de 1999 (art. 72),¹⁰⁸ o que também se encontra previsto na Constituição da Colômbia de 1991 (art. 250, 5) e na Constituição espanhola de 1978 (art. 124, 2). (...)

Após o exercício da ação penal e durante todo o processo, o Ministério Público também conserva a sua imanente imparcialidade, como reconhecem doutrinadores de vários países, e como de há muito já afirmava o grande Francesco Carrara. Ainda antes do mestre italiano, porém, esta já era a tese defendida por vários iluministas, como por exemplo o célebre Montesquieu, partidário de que a ação penal fosse conferida ao Ministério Público, afirmando que este jamais deve demonstrar “zelo pela condenação”, pois sua função é fazer “punir ou *absoudre*”. (...)

Passando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, na fase processual o Ministério Público atua como fiscal da correta aplicação da lei (art. 257 do CPP), podendo opinar pela absolvição do acusado (art. 385 do CPP), impetrar *habeas corpus* diante de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de locomoção do réu (art. 654 do CPP), bem como recorrer em seu favor, segundo entendimento já consolidado de há muito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Esta possibilidade de atuar também em favor do acusado reflete claramente o seu papel de instituição de garantia, deputada à tutela de direitos no processo penal. (...)

Conclusivamente, e que me perdoem os mitômanos, pode-se afirmar que o Ministério Público, no Brasil, é uma instituição de garantia constitucionalmente destinada à tutela dos direitos fundamentais e, por conseguinte, verdadeira parte imparcial no processo penal, autorizado a postular em favor do acusado e detentor da missão de buscar sempre a correta aplicação da lei. Cuida-se de tese decididamente garantista, já sustentada, inclusive, por Luigi Ferrajoli, o grande sistematizador da teoria do garantismo penal. De fato, não há dúvidas de que a parcialidade do Ministério Público representaria desprestígio ao princípio da isonomia entre todos os cidadãos, bem como uma enorme perda para o Estado constitucional de direito.¹⁰⁹ (grifo nosso)

¹⁰⁸ Por sua vez, dispõe o art. 72 do Código de *procedimiento penal* boliviano de 1999: “Los fiscales velarán por el cumplimiento efectivo de las garantías que reconocen la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados internacionales vigentes y las leyes. En su investigación tomarán en cuenta no sólo las circunstancias que permitan comprobar la acusación, sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado; formulando sus requerimientos conforme a este criterio.”

¹⁰⁹ ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 63, jan./mar. 2017, p. 49, 51/54.

Por fim, a respeito da necessidade de observância da legalidade na atuação ministerial, sob pena do exercício abusivo do direito de ação penal, o professor ARAÚJO DE SOUZA, citando a lição de ROXIN, lembra que “o Ministério Público, com efeito, se consubstancia em órgão estatal essencialmente vinculado à consecução da *Justiça*, tendo ganhado vida “como meio de libertação cidadã, e não como instrumento de repressão autoritária”¹¹⁰ (grifo do autor). E conclui: “pode-se afirmar que, não obstante toda a evolução que culminou com a publicização do sistema acusatório, é impossível eliminar por completo acusações públicas ou privadas temerárias, destituídas de fundamento, imprecisas ou para as quais não concorram as condições para o legítimo exercício do direito de ação penal condenatória.”¹¹¹ (grifo nosso)

7. Conclusão

A Lei nº 13.964/19, denominado “Pacote Anticrime”, entre inúmeras inovações, incluiu o parágrafo 5º ao artigo 171 do CP, passando a condicionar, como regra, a ação penal do crime de estelionato à representação da vítima.

A representação é classificada como uma condição de procedibilidade da ação penal. Contudo, a ausência de representação da vítima no prazo legal implica a decadência, causa de extinção da punibilidade. Daí o aspecto misto ou híbrido da norma, decorrente de sua natureza de direito processual e material, impondo-se a sua aplicação aos fatos praticados antes da sua vigência, por incidência do princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica.

Na ausência de regra expressa de transição, a intimação do ofendido nas investigações e processos em curso, para oferecimento da representação, constitui emprego de analogia *in malam partem*, vedada no direito penal, pois embora se trate de uma providência processual, seus desdobramentos possuem efeitos materiais, com possíveis repercussões no direito de liberdade de investigados ou acusados. Ademais, descabe o recurso à analogia, pois não há lacuna a ser preenchida, já que o termo inicial e a duração do prazo decadencial possuem dupla previsão legal. (CP, artigo 103 e CPP, artigo 38)

A lei penal mais benéfica deve ser aplicada de forma ampla, não podendo ser restringida por qualquer meio, como acontece com emprego de analogia *in malam partem* para intimação da vítima para fins de representação ou mesmo quando se considera qualquer ato de manifestação de vontade da vítima expressada antes da vigência da *lex mitior* como representação, pois em que pese esta prescindir de rigor formal, deve ser oferecida no prazo legal, o qual teve início com entrada

¹¹⁰ A expressão é de ROXIN, Claus: “El ministerio público, que, como es conocido, tiene su origen en el Derecho francés del siglo XVIII es, entonces, herencia del iluminismo; él cobró vida como medio de liberación ciudadana y no como instrumento de represión autoritaria.” (Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público. Trad. Julio B. Maier e Fernando J. Córdoba. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993. p. 39)

¹¹¹ ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. A Evolução dos Sistemas Processuais Penais e o Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 25, 2007, p. 36 e 40.

em vigor da nova lei, não havendo que se cogitar de causa impeditiva do curso do prazo decadencial.

Tais entendimentos frustram, na prática, a aplicação retroativa da lei penal mais benéfica e põe risco um direito fundamental que a Constituição Federal (artigo 5º, XL) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 9º e 29) reconhecem àqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Poder Público.

Ademais, a exigência de intimação da vítima nos crimes ocorridos antes da vigência da nova normativa constitui um tratamento diferenciado relativamente aos investigados por crimes da mesma espécie ocorridos após a entrada em vigor da *lex mitior*, sendo certo que, com relação a estes, tal providência não é adotada. Tal situação configura, com o devido respeito às opiniões contrárias, uma inconstitucionalidade manifesta, por ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e proporcionalidade.

A Lei nº 13.964/2019 entrou em vigor no dia no dia 23/01/20. A partir dessa data começou a fluir o prazo decadencial para oferecimento da representação (caso conhecido o autor do delito). Se não foi providenciada a intimação da vítima ou esta, apesar de intimada, deixou decorrer *in albis* o prazo decadencial de 06 meses (cujo termo final foi o dia 22/07/20), a punibilidade estará inexoravelmente extinta pela decadência. Assim, a intimação da vítima na atualidade não surtirá mais nenhum efeito prático, pois já se consumou a extinção da punibilidade, na forma do artigo 107, IV, do CP, impondo-se o arquivamento definitivo.

É nesse contexto que ressalta a necessidade do legítimo exercício do controle de convencionalidade pelo Ministério Público nas investigações criminais em curso. Seja para fiscalizar a efetiva e ampla aplicação retroativa da lei penal mais favorável (que condicionou a ação penal à representação da vítima), seja para evitar o emprego do recurso à analogia *in malam partem* (pela intimação da vítima para fins de oferecimento da representação), sobretudo nos casos em que a vítima não tenha oferecido a representação no prazo legal de 06 meses (o termo inicial foi a data entrada em vigor da Lei nº 13964/19), em relação aos quais já se encontra extinta a punibilidade pelo decurso do prazo decadencial.

“Não está permitido estender as leis penais a delitos não contemplados expressamente.”

“É cruel atormentar o texto das leis para que estas atormentem os cidadãos.”

Francis Bacon¹¹²

Referências

ARAÚJO DE SOUZA, Alexander. A Evolução dos Sistemas Processuais Penais e o Exercício Abusivo do Direito de Ação Penal. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 25, jan./jun. 2007.

¹¹² *Apud* FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 308.

_____. Ainda e Sempre a Imparcialidade do Ministério Público no Processo Penal: uma Tese Decididamente Garantista. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 63, jan./mar. 2017.

_____. *O Ministério Público como instituição de garantia: as funções essenciais do Parquet nas modernas democracias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Supressão de Parcela da Prescrição*. Disponível em: <<https://www.cezarbitencourt.adv.br/index.php/artigos/34-supressao-de-parcela-da-prescricao>>. Acesso em: 02/01/22.

_____. *Tratado de Direito Penal*. Parte Geral, vol. I, 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2ª edição. São Paulo: Edipro, 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. *Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995 (Brasília, outubro de 1995). Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79059041.pdf>>. Acesso em: 04/01/22.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Recomendação nº 123*, de 07 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/>. Acesso em: 12/01/22.

_____. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). *Comissão Especial: Enunciados Interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em: <<https://www.cnpge.org.br/documentos-menu/documentos-publicos.html>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução nº 20*, de 28 de maio de 2007. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/479>>. Acesso em: 12/01/22.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto-Lei nº 2848/40*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto-Lei nº 3689/41*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto-Lei nº 4657/1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Decreto nº 678/92*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Lei 10406/02*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 09/01/22.

_____. STF. *HC 203398 agr*, Relator(a): Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 17/08/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 180421 agr*, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 180421 agr*, Relator(a): Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 22/06/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 185051*, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 10/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 07/01/22.

_____. STF. *HC 94404*, Relator(a): Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008. In *Informativo do STF n. 516*, Brasília, DF, 18 a 22 de agosto de 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *HC 87585*, Relator(a): Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 14/01/22

_____. STF. *HC 75679*, Relator(a): Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 03/03/1998, DJ 20-04-2001. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/>>. Acesso em 01/01/22.

_____. STF. *HC 93.280/SC*. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julgado em 23/09/08. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 05/01/22.

_____. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>>. Acesso em 04/01/22.

_____. STF. *Inq 1055 QO*, Relator(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996, DJ 24-05-1996. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *Inq 3438*, Relator(a): Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *RE 349703*, Relator(a): Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STF. *RHC 203558 AgR-segundo*, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 08/02/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 25/04/2022.

_____. STF. *RHC 208320*, Relator(a): Cármen Lúcia, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 29/11/2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 09/03/2022.

_____. STF. *RHC 89.624/RS*. Rel. Ministra Cármen Lúcia. 1ª T. Julgado em 10/10/2006, DJ 7/12/2006. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STJ. *Agrg no HC 646.942/SC*, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/09/2021, dje 17/09/2021. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/22.

_____. STJ. *Apn 562/MS*, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 02/06/2010, dje 24/06/2010. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. (acesso em: 07/01/22)

_____. STJ. *HC 583.837-SC*, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 04/08/2020, dje 12/08/2020. Informativo 677, STJ. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01/01/21.

_____. STJ. *RHC 26.613/SC*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/09/2011, dje 03/11/2011. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 07/01/22.

_____. TJSP. *Habeas Corpus Criminal nº 2174937-23.2021.8.26.0000 – Voto nº 3420*. Relator Marcos Alexandre Coelho Zilli. São Paulo, 24 de outubro de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultacompleta.do>>. Acesso: 07/01/22.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. 2ª ed. Salvador: Ed. JusPudivm, 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 264.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 569.

CARDOSO, Victor Emídio. *Cabe analogia in malam partem no processo penal?* Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/760124928/cabe-analogia-in-malam-partem-no-processo-penal>>. Acesso em: 01/01/22.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

_____. *Caso El Amparo Vs. Venezuela*. Resolución de la Corte de 16 de abril de 1997 (Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas). Voto disidente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 14. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/22.

_____. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

_____. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*. Sentença de 31 de agosto de 2004. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 09/01/2022.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal e proteção dos bens jurídicos. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 41, jul./set. 2011.

CUNHA, Rogério Sanches. *A exigência de representação da vítima no crime de estelionato retroage aos processos em andamento, até o trânsito em julgado*. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/07/1023-exigencia-de-representacao-no-estelionato-alcanca-processos-com-denuncia-ja-oferecida/>>. Acesso em: 03/01/22.

_____. *Manual de Direito Penal: parte especial* (arts. 121 ao 361). 12ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Celso. *Código penal comentado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DEMORO, Sergio Hamilton. O Arquivamento Definitivo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 26, jan./jul. 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Ed. RT, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, A. Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Emerson. Influxos da ordem jurídica internacional na proteção dos direitos humanos: o necessário redimensionamento da noção de soberania. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*: MPRJ, n. 51, jan./mar. 2014.

_____. *Jus Cogens e Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 64, abr./jun. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Mínimo: lineamento das suas metas. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Ministério da Justiça, 1995, vol. 1, n. 5.

_____. Limites do “*ius puniendi*” e bases principiológicas do garantismo penal. Disponível em: <<http://www.lfg.blog.br>>. Acesso em: 10 de abril de 2011.

GOMES, Mariângela Gama Magalhães. *Princípio da proporcionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito intertemporal e âmbito de incidência da Lei dos Juizados Especiais Criminais*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 35, p. 04, nov. 1995.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 1, t. 1.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, 2005.

LEMOS, Marcelo Geraldo. Alteração da ação penal do crime de estelionato pela Lei nº 13.964/2019 e seus reflexos na prática forense. *Revista Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros*. Belo Horizonte, ano XII, vol. I, nº 16, jul./dez. 2020. p. 192/193. Disponível em: <<https://revista.amagis.com.br/>>. Acesso em: 07/01/22.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 10ª edição. São Paulo: Ed. JusPodivm, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Edição rev., atual. e amplamente reformulada por Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci, Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas, SP: Millennium, 2002, vol. 1.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SHIMITT, Leonardo de Bem. *Direito Penal Parte Geral: Lições Fundamentais*. 6ª edição. Belo Horizonte, São Paulo: Ed. D'Plácido, 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público. *Revista do Ministério Público*. nº 78, out./dez. 2020. Rio de Janeiro: MPRJ, 2020.

MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Representação e a Lei nº 9.099/95. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 3, 1996.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 52, abr./jun. 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O crime de estelionato depende de representação*. Disponível em: <<https://www.justificando.com/2020/02/11/o-crime-de-estelionato-depende-de-representacao/>>. Acesso em: 07/01/22.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 9ª edição. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

POLASTRI LIMA, Marcellus. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; SONEGHETI, Victor. Limitações à doutrina dos frutos da árvore envenenada. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 48, abr./jun. 2013.

QUEIROZ, Paulo. *O que é analogia in malam partem e quando é razoável proibi-la*. Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-analogia-in-malam-partem-e-quando-e-razoavel-veda-la/>>. Acesso em: 12/01/2022.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Civitas, 1997.

TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO, Fernando Filho. Eficácia da lei processual no tempo. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 36, abr./jun. 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.