

HABEAS CORPUS Nº 583.837 - SC (2020/0121742-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Tiago Daniel Fonseca e Silva** contra ato coator proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, no Processo n. 0001891-34.2015.8.24.0019/50000, manteve o paciente condenado às penas de 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 12 dias-multa, pela prática de conduta descrita no art. 171, *caput*, por três vezes, e art. 171, *caput*, c/c o art. 14, II, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal.

A impetrante alega, em síntese, que a Lei n. 13.964/2019 inseriu o § 5º ao art. 171 do Código Penal para transformar a persecução penal, em relação a esse crime, como pública condicionada à representação, exceto se a vítima for a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos de idade ou incapaz.

Sustenta que a norma é material e mais benéfica e deveria retroagir no caso concreto, nos termos do art. 2º do Código Penal. Acresce que a garantia da retroatividade da lei penal tem assento constitucional no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Salienta não haver norma de transição, razão pela qual não é possível intimar a vítima para se manifestar por ausência de previsão legal. Assim, considerando a ausência de representação da vítima, a punibilidade deve ser declarada nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Postula a concessão da ordem para reconhecer a aplicação retroativa da Lei n. 13.964/2019 e declarar extinta a punibilidade pela decadência (fls. 3/9).

Liminar deferida às fls. 309/311.

O Ministério Públíco Federal opina pela denegação da ordem (fls.

316/318):

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE PREVISTA NO § 5º DO ART. 171 DO CP, INTRODUZIDO PELA LEI N. 13.964/19. NORMA MISTA. NATUREZA PROCESSUAL SUBSTANCIALMENTE MATERIAL. APLICAÇÃO RETROATIVA QUE, EMBORA ADMISSÍVEL, NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL NO CASO EM ANÁLISE, PORQUANTO O FEITO JÁ SE ENCONTRA SENTENCIADO. APLICAÇÃO RETROATIVA QUE IMPLICARIA NÃO SÓ A ANULAÇÃO DA SENTENÇA E DE TODO O PROCESSO, MAS TAMBÉM O RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO, COM A CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ABERTURA DE PRAZO PARA A EVENTUAL REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. Pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS N° 583.837 - SC (2020/0121742-8)

FMFNTA

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

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.
 2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.
 3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.
 4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que a mesma não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.
 5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia



Superior Tribunal de Justiça

S52

fundamental frente a um cidadão.

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

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Pretende a impetração a aplicação retroativa da Lei n. 13.964/2019, especificamente o § 5º ao art. 171 do Código Penal, que estabeleceu como regra a ação penal condicionada à representação para o crime de estelionato, e a consequente extinção da punibilidade.

O Tribunal local, no julgamento dos embargos de declaração, afastou a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, pelos seguintes fundamentos (fls. 27/28):

Sobre a alteração legislativa em comento, o doutrinador Rogério Sanches Cunha assim leciona:

"se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995)" (Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 65)

Conforme se vê, denúncias já ofertadas tratam-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançados pela mudança legislativa. Assim, tendo o Parquet efetuado a denúncia no momento em que a ação era pública incondicionada, não há como, por uma posterior mudança legislativa para pública condicionada à representação, afetar processos já em andamento com denúncia oferecida. Em suma, naquele momento era de competência do Ministério Público de maneira incondicional realizar a denúncia.

Ex positis, "a transformação da ação penal nos crimes de estelionato contemplados no art. 171 do Cód. Penal, operada através da Lei n. 13.964/19, malgrado ostente natureza penal, porquanto tem potencial efeito extintivo da punibilidade, não atinge o ato jurídico perfeito e acabado. Distinta interpretação implica na indevida amplificação dos efeitos do novo comando legal, com a subversão da natureza jurídica da representação, convolada que restaria em condição de prosseguibilidade" (TJSC, Embargos de Declaração n. 0005244-45.2014.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 12-03-2020).

Neste diapasão, inviável o reconhecimento da extinção de punibilidade, bem como a intimação da vítima para oferecer representação, visto que o presente feito foi regularmente iniciado pela incondicionalidade até então pertencente ao Ministério Público.

Por todo o exposto, também não há de se falar em flagrante ilegalidade para a concessão de ordem de ofício de habeas corpus.

Ressalto por oportuno, que no recente Habeas Corpus n. 573093 - SC (2020/0086509-0), de relatoria do Eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, este negou liminar em pedido similar efetuado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina ao feito no presente embargo.

Para se solucionar o presente caso, necessário é verificar a possibilidade da lei nova se aplicar a fatos anteriores à sua vigência.

Uma análise necessária diz respeito ao caráter da norma que insere condição de procedibilidade, como regra, para persecução penal do delito de estelionato: se penal ou processual, e o consequente regime jurídico a que submetido, se penal ou processual.

Há razoável consenso doutrinário acerca da natureza dessa disciplina: as normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes no Código de Processo Penal, são de caráter misto, regidas assim pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva, como reconhecido pela Quinta Turma, no HC n. 573.093/SC, ocasião na qual este Tribunal Superior se debruçou sobre o tema pela primeira vez:

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

[...]

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

3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de

aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade.

Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413.

4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido.

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

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 573.093/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/6/2020 - grifo nosso)

Assim, diante do advento de nova disciplina, a vigência da norma mais antiga ou mais nova será determinada pelos benefícios proporcionados ao réu no caso concreto. Caso a nova espécie de ação se apresente mais benéfica, deverá retroagir.

Alteração sem conflitos com a lei, no tempo, observamos nos crimes sexuais, art. 225 do Código Penal, que já foram, em regra, de ação penal privada. Na redação anterior à Lei n. 12.015/2009, passaram a ser de ação pública condicionada à representação da vítima (ou do representante legal), com a vigência desse mencionado diploma, e, com a atual redação da Lei 13.718/2018, passaram a ser públicas incondicionadas.

Entre as três espécies de ação penal há uma notória graduação: enquanto a ação penal de iniciativa privada obedece ao princípio da disponibilidade, estando submetida à causas específicas de extinção da punibilidade, como a renúncia, o perdão, a decadência, por exemplo, a ação penal pública incondicionada observa o princípio da indisponibilidade, sendo a persecução penal deflagrada de ofício pelo aparato oficial público.

A ação penal pública condicionada à representação, por sua vez, observa o princípio da disponibilidade até o oferecimento da ação penal, que uma vez instaurada adquire o caráter de ação penal pública e com desenvolvimento *ex officio*, não admitindo mais retratação.

Pode-se, assim, afirmar que a ação penal pública incondicionada é mais gravosa ao acusado, enquanto a ação privada é menos gravosa, estando a ação pública condicionada à representação em posição intermediária.

Todas essas disciplinas, por terem evoluído das espécies menos para as mais gravosas, valeram para os casos posteriores à sua vigência.

Nesse sentido:

In casu, os fatos delituosos ocorreram nos anos de 2004 a 2008 (antes da vigência da Lei n. 12.015/2009). À época em que praticados os fatos e observando apenas a legislação infraconstitucional, a ação penal do crime de estupro ou de atentado violento ao pudor era de natureza privada, passando-se à condição de ação penal pública condicionada à representação da vítima quando os atos fossem praticados com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, ou, ainda, quando comprovado a condição de miserabilidade da vítima ou de seus pais.

Vale ressaltar que considera-se a data do fato para averiguação da legislação aplicável e não a data em que se tornou conhecido, como pretende o Ministério Público Federal.

Tal espécie de ação penal (privada) deve continuar a ser observada, com o advento da *novatio legis*, em relação aos fatos ocorridos antes da sua vigência, mesmo que o processo ainda não houvesse sido iniciado, já que o novo regramento é mais gravoso, sendo, portanto, irretroativo, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal".

(AgRg no REsp n. 1.543.002/TO, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 5/2/2016 - grifo nosso)

Nesse mesmo sentido: RHC n. 36.364/RJ, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 6/6/2014.

Na legislação, como regra, a ação penal é pública incondicionada, nos termos do art. 100 do Código Penal, disciplina essa a que o estelionato observava antes da Lei n. 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime".

Agora, fora das exceções descritas no § 5º do art. 171 do Código

Penal (salvo se a vítima for: a Administração Pública, criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, ou maior de 70 anos ou incapaz), a ação penal está condicionada à representação.

Ora, diante de tal quadro, ao meu sentir, 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 casos anteriores à sua vigência.

Estabelecido que a norma em epígrafe tem natureza mista, devendo obedecer à disciplina constitucional referente à lei penal, uma segunda análise necessária diz respeito às consequências do conflito da lei no tempo. Em suma, o que se coloca é aplicar retroativamente a nova regra diante da omissão legislativa na Lei n. 13.964/2019 em disciplinar os conflitos decorrentes da aplicação da lei penal no tempo.

A pretensão da impetração, a meu ver, não encontra amparo jurídico. O legislador, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato, não pretendeu em nenhum momento criar uma hipótese de *abolitio criminis*, como se pretende.

Nesse momento, importante observar a lição do professor Rogério Lauria Tucci (Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático) - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pág. 226/227) acerca do princípio publicístico do processo penal. Diz esse princípio que, ao contrário do processo civil, concebido em torno de discussões de direitos individuais disponíveis, privados, o processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a liberdade, quanto a pretensão punitiva são de interesse público. Não interessa ao estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

A expropriação do conflito advinda com a transformação da querelas penais em questões públicas acarretou, ao então Estado Absolutista, o ônus de dar solução às disputas penalmente qualificadas. A partir do momento em que a

soberania afasta os particulares da posição de principal afetados por um dano, colocando-se como principal interessado na pacificação do conflito, assumiu o poder-dever de punir os culpados (cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Tradução Sergio Lamarão. - Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. 3ª Reimpressão, novembro de 2019, pág. 37/50).

Essa origem do instituto conduz à exegese no sentido de que 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.

Há, no meu sentir, uma 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, entendo que a retroação da norma em questão (§ 5º do art. 171 do CP), 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.

Essa a razão pela qual o art. 90 da Lei n. 9.099/1995 foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 1.719. O referido dispositivo limitava a aplicação da lei aos processos com instrução iniciada. Provocado no controle concentrado de constitucionalidade, o Pretório Excelso declarou, sem redução de texto, a vedação à retroatividade dos dispositivos de caráter penal:

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

(ADI 1719, Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJ 3/8/2007, p. 33-35 - grifos nossos)

Vale aqui, reproduzir parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa (grifo nosso):

“De fato, a Lei 9.099 entrou em vigor em 1995 - portanto, há mais de dez anos - **contendo normas de natureza penal e normas de natureza processual penal.**

O art. 90, ora impugnado, **determina que as disposições da Lei 9.099/1995 não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.** Na verdade, segundo a doutrina brasileira, o dispositivo traz uma exceção ao conteúdo da regra geral sobre aplicação imediata da lei processual penal, contida no art. 2º do Código de Processo Penal. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover e outros (...)

Vale frisar que, em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral não padece de nenhum vício de constitucionalidade.

É importante observar, contudo, que a Lei 9.099/1995 tem natureza mista: é composta por normas de natureza processual e por normas de conteúdo material de direito penal. Portanto, para a concreta aplicação do princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica (art. 5º, XL da CF/88), não poderia o legislador conferir o mesmo tratamento para todas as normas inseridas na lei dos juizados especiais.

Como se sabe, as normas de cunho eminentemente de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição federal. Creio não serem necessárias maiores considerações acerca do conhecido princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica.

Observo, ainda, que o Tribunal, ao julgar a questão de ordem no Inq 1.055 (rei. min. Celso de Mello), **deixou consignado o entendimento de que as normas da Lei 9.099/1995 de natureza penal e conteúdo mais benéfico ao réu devem retroagir para alcançar os processos que já tiveram a instrução iniciada.** Confira-se trecho da ementa do referido

julgado:
[...]

Assim, o art. 90 da Lei 9.099/1995 deve ser interpretado de forma que não abranja as normas de direito penal mais benignas, tal como ficou consignado no julgamento da medida cautelar da presente ação direta.

Portanto, para as normas de natureza penal inseridas na lei 9.099/1995, devem ser aplicados os princípios constitucionais que disciplinam a aplicação da lei penal, em especial o contido no art. 5º, XL, da Constituição (retroatividade da norma penal mais benéfica).

Nessa linha de entendimento, já por demais consolidada nesta Corte, e também em razão do decurso de longo tempo desde a entrada em vigor da Lei 9.099/1995 e do caráter intertemporal do dispositivo ora atacado, voto pela confirmação da cautelar, para dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995, de modo a impedir que dele se extraiam conclusões conducentes a negar aplicabilidade imediata e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei." (grifo nosso)

O que verifico no presente caso é 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.

O presente caso favorece tal solução. A ofendida é pessoa jurídica, com nome fantasia de *Farmácia Concórdia*, e, dos documentos que instruíram a impetração, não se verifica representação do representante legal (até porque não havia razão de ser), mas apenas depoimentos dos funcionários da pessoa jurídica.

Tal solução, assim, parece-me mais equânime com os cânones do direito penal e do processual penal e são a razão pela qual encaminho conclusão para conceder parcialmente a ordem.

Ademais, importante tecer breves considerações sobre o porquê de não prevalecer o fundamento levantado pelo Tribunal, com base em doutrina,

acerca da prevalência do ato jurídico perfeito, aperfeiçoado ao receber a denúncia.

Tanto o ato jurídico perfeito quanto a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais que podem ser considerados de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Essa localização é importante para o desfecho aqui proposto. Por se tratar de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo dever de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual (MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. pág. 137/138). Por estarem positivadas topograficamente no art. 5º, no título que disciplina os direitos e as garantias fundamentais, no capítulo que dispõe sobre os direitos e os deveres individuais e coletivos, fica claro que o constituinte conferiu a esses direitos fundamentais a mesma estatura constitucional.

Na formulação constitucional brasileira, nem sequer a lei, manifestação estatal capaz de conceber direitos e impor obrigações, poderá retroagir para desconsiderar ato jurídico perfeito. Por outro lado, afirmando a regra geral, de que a lei não retroage, a Constituição Federal excepciona a lei penal mais benéfica, diga-se, impõe a retroatividade da lei penal mais branda, mais favorável à pessoa humana.

No presente caso, considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza do próprio direito fundamental, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão, contrassenso quando delimitamos os destinatários dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pág. 209/226). Além disso, ainda que fosse possível, falar em ato jurídico perfeito nessa hipótese, valendo-se do princípio da proporcionalidade, salvaguardar a retroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal melhor protege a dignidade

Superior Tribunal de Justiça

S52

da pessoa humana.

Por essas razões é que entendo inoponível a proteção do ato jurídico perfeito à retroatividade do mencionado dispositivo.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, confirmando a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995. Ressalvas dos Mins. Rogério Schietti, Antonio Saldanha e Laurita Vaz quanto a não representação da vítima no caso concreto, pessoa jurídica, por empregado/gerente seu.

