



emagis
cursos jurídicos

INFOEMAGIS EM PAUTA

64

Coordenadores

Gabriel Brum, juiz federal
Gérson Henrique, defensor público

Sumário

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL	3
STF, HC-AgR 208817. Estelionato. Ação penal. Lei 13.964/19. CP, art. 171, § 5º. Representação do ofendido. Retroatividade. Marco temporal: trânsito em julgado.	3
DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL.....	6
STF, ADI 4346. Lei Complementar Estadual prevendo à Defensoria Pública poder de requisição de instauração de inquérito policial. Desproporcionalidade e ausência de adequação às atribuições da Defensoria. Matéria de Direito Processual. Competência privativa da União. Inconstitucionalidade.....	6
DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL.....	7
STJ, Inf. 767 (processo sob sigilo). Manobras abortivas praticadas pela gestante. Atendimento médico-hospitalar. Médico que noticiou o fato à autoridade policial. Confidente necessário. Proibição de revelar segredo. Proibição de depor sobre o fato como testemunha.....	7
DIREITO PROCESSUAL PENAL	9
STJ, AgRg no HC 762.049. Acordo de não persecução penal - ANPP. Pressupostos legais configurados. Poder-dever do Ministério Público de propor o acordo no momento processual oportuno. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. Nulidade absoluta. Formalização do acordo que não pode ser condicionada a confissão extrajudicial. Presunção de prejuízo.	9
.....	11

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

STF, HC-AgR 208817. Estelionato. Ação penal. Lei 13.964/19. CP, art. 171, § 5°. Representação do ofendido. Retroatividade. Marco temporal: trânsito em julgado.



Situação Fática

Jagunço Mulambo está sendo processado pela prática do **crime de estelionato**. A **denúncia foi ofertada antes do advento da Lei 13.964/2019** (Pacote Anticrime), que modificou a natureza da ação penal no delito em foco, deixando de ser pública incondicionada e passando a ser, em regra, **pública condicionada à representação do ofendido** (CP, art. 171, § 5°).



Controvérsia

Aplica-se **retroativamente** a **exigência de representação do ofendido** (CP, art. 171, § 5°, incluído pela Lei 13.964/19) às ações penais referentes ao **crime de estelionato** cuja **denúncia já havia sido oferecida pelo Ministério Público** anteriormente à vigência do Pacote Anticrime (23/01/2020)?



Decisão

Para o STF, a exigência de representação do ofendido no crime de estelionato (CP, art. 171, § 5°), por consubstanciar norma de natureza mista (híbrida), deve ser aplicada retroativamente (CF, art. 5°, XL), inclusive em relação às ações penais que já se encontravam em curso, desde que não tivessem transitado em julgado.



Fundamentos

O **estelionato**, tradicionalmente, sempre foi enquadrado como um crime de **ação penal pública incondicionada**. Apenas a título excepcional — mais precisamente nas hipóteses dos arts. 182 e 183 do CP, de rara ocorrência — estava sujeito a ação penal pública condicionada à representação da vítima.

A **Lei 13.964/2019**, conhecida como “**Pacote Anticrime**” e **vigente a partir de 23/01/2020**, inovou ao prever que, **como regra, o crime de estelionato somente se processa mediante representação da vítima**. Ou seja, o crime de estelionato passou a ser delito submetido à **ação penal pública condicionada à representação da vítima**, na grande maioria dos casos. Essa nova regra, contudo, contempla **exceções** nas quais o crime de estelionato continuará sendo de ação penal pública incondicionada, mais especificamente quando a vítima for: a) a Administração Pública, direta ou indireta; b) criança ou adolescente; c) pessoa com deficiência mental; ou d) maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz (CP, art. 171, § 5°).

O entendimento amplamente majoritário, já adotado inclusive pelo plenário do STF, é no sentido de que a **norma que implementa alteração na natureza da ação penal não é de natureza exclusivamente processual, possuindo, também, uma índole penal**, uma vez que a ausência de representação do ofendido se qualifica como causa extintiva da punibilidade (decadência – CP, art. 107, IV), com conseqüente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado. Assim, em se tratando de **norma mista (ou híbrida)** e verificada autêntica *novatio legis in melius*, **deve ser aplicada retroativamente**, inclusive, pois, a fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei 13.964/2019. Com efeito, essa compreensão já fora adotada pelo plenário do STF quando a Lei 9.099/1995 passou a exigir a representação do ofendido como condição para a deflagração da ação penal nos crimes de lesão corporal leve e culposa (Inq-QO 1055).

Muito embora se reconheça, com fulcro na jurisprudência do plenário do STF, a existência de contornos também penais na introdução da condição de procedibilidade para a ação penal atinente ao crime de estelionato, os **limites dessa aplicação retroativa** eram objeto de **intensa polêmica doutrinária e jurisprudencial**.

Nesse caminhar, não se tem dúvidas de que, se a situação concreta se enquadrava como hipótese de ação penal pública incondicionada e, sob as lentes da Lei 13.964/2019, continua se ajustando aos casos (agora excepcionais) de ação penal pública incondicionada, não há nada a ser feito. Exemplificando: se o crime de estelionato fora praticado contra a Administração Pública (ou outras das hipóteses versadas nos incisos do § 5º do art. 171 do CP, na redação dada pela Lei 13.964/2019), era de ação penal pública incondicionada e continuará sendo, no que nenhum tipo de problema teremos em matéria de direito intertemporal.

Identificando-se, no entanto, que o caso concreto era sujeito, no regime anterior à Lei 13.964/2019, à ação penal pública incondicionada e, atualmente, se engasta na regra geral (crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima), como se equaciona a aplicação retroativa do novo art. 171, § 5º, do CP?

A **Quinta Turma do STJ** veio defendendo, de saída, que o marco a ser considerado é a **data do oferecimento da denúncia**: se a denúncia foi ofertada antes da vigência da Lei 13.964/2019 (23/01/2020), o novo regime não surtirá qualquer efeito sobre a ação penal. Invoca-se, para isso, o **ato jurídico perfeito** que estaria consubstanciado na denúncia ajuizada pelo Parquet e que impediria a aplicação retroativa do novel art. 171, § 5º, do CP. Trocando em miúdos, não se aplicaria a inovação legal a ações penais em curso quando do advento da Lei 13.964/2019 (23/01/2020), mas apenas a casos cuja *persecutio criminis in iudicio* não havia sido deflagrada (ou seja, que ainda se encontravam na fase pré-processual, de caráter inquisitorial e investigatório).

De outro turno, a **Sexta Turma do STJ** estava entendendo que o **marco a ser levado em conta é a data do trânsito em julgado**. O argumento central é de que uma garantia fundamental, forjada em prol do indivíduo (no caso, o ato jurídico perfeito — CRFB, art. 5º, XXXVI), não poderia ser invocada pelo Estado como fundamento para impedir a retroatividade da lei penal mais benigna. Desse modo, para as ações penais não transitadas em julgado na data da vigência da Lei 13.964/2019 (23/01/2020) e que se enquadram, à luz do § 5º do art. 171 do CP, como crime de estelionato sujeito a ação penal pública condicionada a representação da vítima, é necessário que o ofendido seja intimado para oferecê-la, sob pena de decadência. E qual o prazo para fazê-lo? Trinta dias, por **aplicação analógica do art. 91 da Lei 9.099/1995**, regra legal que foi adotada pelo legislador em situação absolutamente idêntica (conversão de um crime de ação penal pública incondicionada em crime de ação penal pública condicionada à representação da vítima).



Fundamentos

Na obra **Pacote Anticrime: Comentários à Lei 13.964/2019** (TEIXEIRA, Gabriel Brum. Brasília, Distrito Federal: Emagis Cursos Jurídicos, 2020), trilhamos a **mesma posição esgrimida pela Sexta Turma do STJ**, na linha de que o marco a ser considerado é a data do trânsito em julgado. Veja que, caso a sentença penal condenatória já tenha transitado em julgado antes da vigência da Lei 13.964/2019, não há falar em necessidade de que a execução da pena seja “sobrestada” até que se implemente a condição atinente à representação da vítima. Isso porque não se pode perder de perspectiva que a introdução da condição de procedibilidade concernente à exigência de representação da vítima envolve, a bem da verdade, norma de natureza mista (e não puramente penal), estando inegavelmente associada ao exercício do direito de ação. Logo, se esse direito de ação foi exercido e se já se exauriu com o trânsito em julgado, não há como aplicar a nova condição de procedibilidade a uma ação penal definitivamente encerrada. Ademais, beiraria ao absurdo, em casos tais, entender-se que a execução da pena haveria de ser suspensa enquanto se aguardasse a representação da vítima (para o ajuizamento de uma ação penal que já foi definitivamente julgada).

Em abril de 2021, o “embate” entre a Quinta e a Sexta Turmas foi resolvido pela **Terceira Seção do STJ** (HC 610.201). Para o colegiado maior, **deveria prevalecer o entendimento que a Quinta Turma vinha esgrimindo**, no sentido de que a exigência de representação da vítima no crime de estelionato não retroage aos processos cuja denúncia já havia sido oferecida quando da vigência da Lei 13.964/2019 (23/01/2020). Preponderou, pois, o argumento de que o legislador previu apenas a **condição de procedibilidade** (para o ajuizamento de novas ações penais), **nada dispondo sobre a condição de prosseguibilidade** (para o prosseguimento das ações penais que já estavam em curso), o que resguarda a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito (art. 25 do CPP), quando já oferecida a denúncia. De se notar que a **Primeira Turma do STF** também vinha decidindo nesse mesmo sentido (HC 190683). No entanto, a **Segunda Turma do STF**, em junho de 2021 (HC 180421 AgR), adotou interpretação diversa (a mesma que vinha sendo defendida pela Sexta Turma do STJ), de sorte que, no âmbito da Suprema Corte, o tema ainda não estava pacificado.

Recentemente, em abril de 2023, o **plenário do Supremo Tribunal Federal** (Ag. Reg. Habeas Corpus 208.817) rechaçou o entendimento (até então adotado pela Primeira Turma do STF e pela Terceira Seção do STJ) de que não se poderia aplicar retroativamente a exigência de representação da vítima no crime de estelionato (CP, art. 171, § 5º) quando já tivesse havido o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público antes do advento desse novo regime legal. **Prestigiou-se, pois, a compreensão da Segunda Turma**, no sentido de que **a retroatividade da exigência de representação do ofendido, no crime de estelionato (e fora, logicamente, das exceções legais), deve alcançar todas as ações penais que não tenham transitado em julgado antes do advento do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19)**.

Em seu voto, a relatora, Min. Carmen Lúcia, destacou que: **(a)** a nova norma do art. 171, § 5º, do CP é de natureza híbrida, pois repercute diretamente na causa de extinção da punibilidade prevista no inciso IV do art. 107 c/c art. 103 do CP; **(b)** a exigência de representação para os crimes de estelionato permite que esses conflitos sejam resolvidos nos ramos cível ou pela via consensual no Poder Judiciário com a reparação dos danos financeiros, salvo expressa opção da vítima pela persecução penal; **(c)** essa opção legislativa conforma-se ao princípio da fragmentariedade do direito penal e permite a redução das instruções penais tanto quanto o prolongamento de ações criminais em curso, o que se conjuga com a lógica de aprimoramento da eficiência do sistema de justiça criminal; (...)



Fundamentos



Fundamentos

(...)(d) há de se ter em consideração o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, pelo que, reconhecida a natureza mista da norma contida no § 5º do art. 171 do Código Penal, a retroação mais benéfica ao acusado há de ter a maior amplitude compatível com os contornos do instituto; (e) ao analisar a retroatividade da exigência de representação nos processos penais em curso, referentes a lesões corporais leves e culposas, introduzida pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, o Plenário deste Supremo Tribunal enfatizou o caráter híbrido da norma, o que por força constitucional lhe conferiria retroatividade; (f) o art. 91 da Lei n. 9.099/1995 não foi determinante para a aplicação retroativa do art. 88 deste diploma legal, pois a Constituição da República, no inc. XL do art. 5º, exige a retroatividade da norma penal mais benéfica ao acusado. No art. 91 da Lei n. 9.099/1995 apenas se regulou essa retroatividade, como norma de transição, ao estabelecer a intimação do ofendido para que, no prazo de trinta dias, oferecesse a representação, sob pena de decadência.

De resto, lembramos que **a representação da vítima não precisa ser formal**, ter esse *nomen juris*. Basta, para que essa condição de procedibilidade seja preenchida, que a vítima **manifeste, mesmo que informalmente, o interesse em ver apuradas a autoria e a materialidade do delito**. Por exemplo: a vítima solicita a instauração de inquérito policial; a vítima, em seu depoimento, revela sua “revolta” com a situação e o intento de que “seja feita justiça” etc. Em casos tais, a superveniência da Lei 13.964/2019 não deveria surtir qualquer efeito, em hipótese alguma (mesmo que ainda não houvesse denúncia oferecida): é que, insista-se, a representação da vítima não exige maiores formalidades, sendo bastante que se depreenda a sua vontade de que o fato seja apurado criminalmente.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL

STF, ADI 4346. Lei Complementar Estadual prevendo à Defensoria Pública poder de requisição de instauração de inquérito policial. Desproporcionalidade e ausência de adequação às atribuições da Defensoria. Matéria de Direito Processual. Competência privativa da União. Inconstitucionalidade.



Situação Fática

Lei Complementar do Estado de Minas Gerais criou mais uma manifestação do **poder de requisição da Defensoria Pública**, qual seja, **requisitar a instauração de inquérito policial**.



Controvérsia

A **requisição de instauração de inquérito policial** por parte da **Defensoria Pública** é constitucional? Tal requisição está em consonância com poder de requisição da instituição?



Decisão

É inconstitucional norma estadual que confere à Defensoria Pública o poder de requisição para instaurar inquérito policial.



Fundamentos

Não pode ser estendido à requisição de instauração de inquérito policial o raciocínio inerente ao reconhecimento da **constitucionalidade do poder concedido à Defensoria Pública de requisitar, de qualquer autoridade e de seus agentes, certidões, exames, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e demais providências necessárias ao exercício de suas atribuições.**

O **poder de requisitar a instauração de inquérito policial está intrinsecamente ligado à persecução penal** no País, o que exige uma disciplina uniforme em todo o território nacional. Nesse contexto, o Código de Processo Penal — norma editada no exercício da **competência privativa da União para legislar sobre direito processual** (CF/1988, art. 22, I) — já delimitou essa atribuição, conferindo-a **somente à autoridade judiciária ou ao Ministério Público.**

Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, conheceu em parte da ação e, nessa extensão, por maioria, a julgou parcialmente procedente apenas para declarar a **inconstitucionalidade** da expressão “a instauração de inquérito policial”, constante do art. 45, XXI, da Lei Complementar 65/2003 do Estado de Minas Gerais.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL

STJ, Inf. 767 (processo sob sigilo). Manobras abortivas praticadas pela gestante. Atendimento médico-hospitalar. Médico que noticiou o fato à autoridade policial.

Confidente necessário. Proibição de revelar segredo. Proibição de depor sobre o fato como testemunha.



Situação Fática

Pedro Paulo, **médico**, estava realizando atendimentos em certo posto de saúde. Margareth, então, foi chamada à sua sala, observada a ordem de chegada no posto. Indagada pelo médico sobre o motivo da consulta, relatou-lhe que estava **grávida de 16 semanas** e que realizara **manobras abortivas**, mediante a ingestão de medicamentos. Disse que **conseguiu realizar o aborto**, mas que, desde então, tem passado muito mal. Pedro receitou-lhe certos remédios, e o atendimento se encerrou. Pedro, no dia seguinte, **compareceu à Delegacia de Polícia e relatou o ocorrido**. Instaurou-se, então, inquérito policial, e, após as investigações, o Ministério Público denunciou Margareth pela prática do **crime de aborto** (CP, art. 124). Dentre as provas coligidas estava o **prontuário médico** de Margareth, fornecido pelo médico, o qual também foi arrolado como **testemunha**.



Controvérsia

Se uma **paciente informa ao médico**, durante atendimento, que realizara **manobras abortivas**, o profissional pode acionar a polícia para **investigá-la**? Além disso, poderá depor a respeito do fato, na condição de testemunha?



Decisão

Para a Sexta Turma do STJ, **médico não pode acionar a polícia para investigar paciente que procurou atendimento médico-hospitalar por ter praticado manobras abortivas, uma vez que se mostra como confidente necessário, estando proibido de revelar segredo do qual tem conhecimento, bem como de depor a respeito do fato como testemunha.**



Fundamentos

Dispõe o **art. 207 do CPP**, in verbis: "Art. 207. São **proibidas de depor** as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, **devam guardar segredo**, salvo se, **desobrigadas pela parte interessada**, quiserem dar o seu testemunho."

Na situação fática apresentada, não se tem dúvidas de que **o médico se enquadra nessa proibição legal**, certo que somente tomou conhecimento sobre a utilização de remédio abortivo pela paciente durante atendimento no posto de saúde em que atuava. Ademais, nada indica que tenha sido desobrigado desse sigilo pela paciente, muito pelo contrário; esta se tornou ré na ação penal, e, logicamente, à sua defesa não interessaria tal dispensa quanto ao segredo profissional.



Fundamentos

Julgando caso idêntico, o STJ lembrou que há um **interesse público na observância do sigilo profissional** – como é o caso do médico –, que constitui um elemento essencial à existência e dignidade da função e à própria necessidade de tutela da confiança depositada naqueles que a exercem.

Pontuou o Tribunal da Cidadania, também, que o **Código de Ética Médica** (Resolução CFM n. 2.217/2018) enuncia que é vedado ao médico "revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão". Conquanto existam exceções à regra do sigilo – notadamente nos casos de "motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente" –, o art. 73, parágrafo único, da citada Resolução ressalva que a proibição deve ser observada "na investigação de suspeita de crime", hipótese em que o médico "estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal". Outrossim, mesmo nas situações em que o médico tem a obrigação de comunicar determinado fato à autoridade competente – como ocorre em relação às doenças cuja notificação seja compulsória, sob pena de cometimento de crime (art. 269 do CP) –, ainda assim é **vedada a remessa do prontuário médico do paciente** (art. 2º da Resolução n. 1.605/2000 do CFM).

DIREITO PROCESSUAL PENAL

STJ, AgRg no HC 762.049. Acordo de não persecução penal - ANPP. Pressupostos legais configurados. Poder-dever do Ministério Público de propor o acordo no momento processual oportuno. Propositura do pacto após o oferecimento e recebimento da denúncia. Nulidade absoluta. Formalização do acordo que não pode ser condicionada a confissão extrajudicial. Presunção de prejuízo.



Situação Fática

Ministério Público **deixa de propor acordo de não persecução penal – ANPP**, porque o investigado **não havia confessado o crime na seara policial**. Instaura-se a ação penal e a defesa arguiu a **nulidade do processo** pela falta do benefício despenalizador com **fundamentação de recusa inidônea**.



Controvérsia

É legítima a **recusa do Ministério Público** em ofertar o **ANPP** sob o fundamento de **ausência de confissão na fase policial**?



Decisão

Por constituir um **poder-dever do Ministério Público**, o **não oferecimento tempestivo do acordo de não persecução penal desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta**.



Fundamentos

Inicialmente, frisa-se que o STJ já decidiu que, configuradas as demais condições objetivas, a **propositura do ANPP não pode ser condicionada à confissão extrajudicial, na fase inquisitorial**. Precedente: HC 657.165/RJ, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 18/8/2022.

O acordo de não persecução penal foi instituído com o propósito de resguardar tanto o agente do delito, quanto o aparelho estatal, das desvantagens inerentes à instauração do processo-crime em casos desnecessários à devida reprovação e prevenção do delito. Para isso, o legislador editou o art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal, norma despenalizadora que atribui ao Ministério Público o **poder-dever** de oferecer, segundo sua **discricionariedade regrada**, condições para o então investigado (e não acusado) não ser denunciado, caso atendidos os requisitos legais. Ou seja, o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente - em hipótese na qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia - **aplica-se ainda na fase pré-processual** e, evidentemente, consubstancia hipótese legal de **mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal**.

No caso, também como razões de decidir extraídas do voto-vista do Ministro Sebastião Reis Junior, evidencia-se que **todas as condições objetivas, salvo a confissão, exigidas para a propositura do ANPP, estavam presentes**; que o Ministério Público local reconheceu que o ANPP não foi apresentado no momento oportuno em razão da ausência da confissão; que **a confissão, no inquérito, não é condicionante para o ANPP**; e que o acordo veio a ser apresentado, após o recebimento da denúncia, mesmo tendo o réu, por meio de sua defesa, afirmado que só confessaria se e quando formalizado o ANPP.

O **evidente prejuízo** alegado centra-se no ato de recebimento da inicial acusatória, porquanto o fato criminoso atribuído ao réu teria ocorrido em 31/08/2009, ao passo que a denúncia foi recebida pelo Juízo em 26/07/2021, ou seja, **35 (trinta e cinco) dias antes do escoamento do prazo prescricional pela pena em abstrato**.



Fundamentos

Assim, presentes as condições para a oferta do ANPP, **ele teria de ter sido ofertado antes do oferecimento da denúncia**, até porque o Ministério Público reconheceu, quando o ofertou tardiamente, que, se aceita a proposta, deixaria de denunciar o acusado. Silente o Ministério Público antes do oferecimento da denúncia quanto às razões pelas quais não ofertou o ANPP. Reconheceu-se, apenas, ao longo do feito, que **o acordo poderia ter sido oferecido antes do oferecimento da denúncia**, apesar de ausente a confissão. Há, portanto, uma nulidade que prejudica todo o processo a partir deste momento.

A consequência jurídica do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos dos §§ 8.º e 10 do art. 28-A do Código de Processo Penal, e não o prosseguimento da instrução. Não há previsão legal de que a oferta do ANPP seja formalizada após a instauração da fase processual. Nesse contexto, para a correta aplicação da regra, há de se considerar o momento processual adequado para sua incidência, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.

Portanto, o fato de o acordo tardiamente oferecido não ter chegado a bom termo não supera a nulidade acima apontada, até porque não há como se dizer se o acordo poderia ter outros termos ou se o réu poderia ter eventualmente aceito a proposta ofertada naquele momento.