

# Informativo comentado:

## Informativo 13-STJ (*EDIÇÃO EXTRAORDINÁRIA*)

Márcio André Lopes Cavalcante

### ÍNDICE

#### DIREITO ADMINISTRATIVO

##### DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

- A alteração da forma de cálculo do auxílio-invalidez devido aos servidores militares não viola os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos, desde que o valor global da remuneração não sofra redução.

#### ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

##### APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS

- A oitiva do representado deve ser o último ato da instrução no procedimento de apuração de ato infracional.

#### DIREITO PENAL

##### DOSIMETRIA DA PENA

- A depender da gravidade da circunstância judicial, a incidência de uma única delas (art. 59, Código Penal) é suficiente para a fixação da pena-base no máximo legal.
- A majoração da pena é admissível quando a culpabilidade revela aspectos mais censuráveis, além dos inerentes ao tipo penal, desde que haja fundamentação concreta e idônea para tal.

##### CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

- Estupro de vulnerável em continuidade delitiva: a aplicação de agravante e majorante em situações distintas não configura bis in idem; deve-se considerar o aumento de pena em 2/3, mesmo que não se saiba o número exato de atos praticados.

##### DESCAMINHO

- A apreensão de mercadorias antes da entrada no recinto da aduana não configura o crime de descaminho.

##### CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- Vencedor da licitação entregou mercadoria falsificada; a Administração descobriu antes de efetuar o pagamento; houve tentativa do crime do art. 96, II, da Lei 8.666/93 (atual art. 337-L, II, do CP); não há que se falar em conduta atípica.

##### CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

- É crime a extração irregular de argila, não diferenciando se a atividade praticada carece de licenciamento ou autorização, uma vez que a expressão estampada no art. 2º da Lei 8.176/91 não faz distinção entre as modalidades de outorga administrativa.

##### ESTATUTO DO DESARMAMENTO

- A descoberta de parte de numeração que foi suprimida de uma arma não torna possível a desclassificação da conduta do tipo penal de porte de arma de uso restrito (art. 16, § 1º, IV) para porte de arma de uso permitido (art. 14).

##### LEI DE DROGAS

- A apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta de tráfico de drogas (art. 33 da Lei LD).

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

### ANPP

- *MP denunciou o acusado por crime cuja pena mínima é igual ou superior a 4 anos; há alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação; o novo crime tem pena mínima inferior a 4 anos; diante dessa alteração, será possível oferecer o ANPP.*

### FIANÇA

- *A taxa SELIC não é aplicável aos depósitos judiciais decorrentes de fiança em crimes de sonegação fiscal de competência da Justiça Federal, uma vez que possui caráter remuneratório e não se destina à correção monetária.*

### MEDIDAS CAUTELARES

- *É juridicamente plausível a complementação de medida cautelar de afastamento do cargo imposta a Desembargador com a determinação de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária até o julgamento final da ação penal a qual responde.*

### PROVAS

- *O fato do investigado também utilizar o celular de terceiro não dispensa a autorização judicial para quebra de sigilo deste.*
- *Se a vítima disse que o filler (dublê) do alinhamento exigido pelo art. 226, II, do CPP foi o autor do crime, mas não há nenhum outro elemento concreto em seu desfavor, esse reconhecimento não é suficiente, por si só, para uma condenação.*

### AUDIÊNCIA

- *MP não compareceu à audiência; juiz fez todas as perguntas para as testemunhas de acusação; defesa protestou durante o ato; sentença utilizou os depoimentos para condenar; neste caso, deverá ser reconhecida a nulidade da condenação.*

### MULTA POR ABANDONO DA CAUSA (ART. 265 DO CPP)

- *Se o advogado dativo comunicou com antecedência ao juízo que estava renunciando o patrocínio e apresentou justo motivo, ele não deverá ser multado por abandono da causa, mesmo que o convênio firmado entre a Defensoria e a OAB exija sua presença até o final.*

### TRIBUNAL DO JÚRI

- *A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não pode ser manejada pelo advogado como salvo conduto para a prática de ilícitos.*
- *Não é possível, no julgamento de revisão criminal, a Corte local, absolver o condenado no júri utilizando tão somente a reavaliação subjetiva da prova dos autos (dizendo que as provas eram frágeis e insuficientes para sustentar a condenação).*

### RECURSOS

- *O princípio da fungibilidade no processo penal pode ser aplicado quando ausente a má-fé e presente o preenchimento dos pressupostos do recurso cabível.*

### EXECUÇÃO PENAL

- *O fato de o reeducando ser assistido pela Defensoria Pública não gera a presunção de sua hipossuficiência em arcar com a pena de multa.*

## **DIREITO ADMINISTRATIVO**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR**

**A alteração da forma de cálculo do auxílio-invalidez devido aos servidores militares não viola os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos, desde que o valor global da remuneração não sofra redução**

ODS 16

**A Portaria nº 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos.**

STF. Plenário. RE 642890/DF, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 7/10/2022 (Repercussão Geral – Tema 465) (Info 1071).

STJ. 6ª Turma. REsp 1.097.687-RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

#### ***O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:***

João, segundo-tenente do Exército, após ser considerado inválido para o trabalho, passou a receber auxílio-invalidez.

Passado algum tempo, o Ministro da Defesa editou a Portaria 931/2005, alterando a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez.

João impetrou mandado de segurança alegando que o cálculo do benefício, de acordo com os critérios previstos na Portaria 931/2005 do Ministério da Defesa, havia resultado numa perda significativa do valor recebido.

O STJ concedeu a segurança, ou seja, julgou o pedido procedente argumentando que a mudança na fórmula de cálculo teria afrontado o princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

A União interpôs recurso extraordinário contra este acórdão.

#### ***O STF deu provimento ao recurso da União?***

SIM. O STF deu provimento ao recurso extraordinário da União para reformar o acórdão do STJ e, consequentemente, julgar improcedente o pedido formulado pelo autor.

Vamos entender os argumentos da Corte.

#### ***O que é esse auxílio-invalidez?***

O auxílio-invalidez é direito pecuniário devido a militar reformado como inválido por incapacidade para o serviço ativo.

É um benefício mensal pago em razão da necessidade de internação especializada, assistência ou cuidados permanentes de enfermagem.

Tem por objetivo proteger o inválido e familiares, mediante a cobertura de despesas e a atenuação de gastos associados à moléstia de que acometido o incapaz.

O Decreto-Lei nº 728/1969, que instituiu o Código de Vencimentos dos Militares e dispôs sobre indenizações, proventos e outros direitos, prevê em seu art. 141, *caput* e § 4º:

Art. 141. O militar em atividade, inclusive o de que trata o artigo 143 dêste Código, julgado incapaz definitivamente por um dos motivos constantes do artigo 139, terá direito ao Auxílio-Invalidez no valor de 20% (vinte por cento) da “base de cálculo” de que trata o art. 138, ao passar para a inatividade, desde que considerado total e permanentemente inválido para qualquer trabalho e satisfaça ainda a uma das condições abaixo especificadas, devidamente declaradas por Junta Militar de Saúde:

(...)

§ 4º O Auxílio-Invalidez não poderá ser inferior ao valor do sôlido de cabo engajado.

**MP 2.215-10/2001**

Em 2001, a Medida Provisória 2.215-10 fixou o valor do auxílio-invalidez em “sete cotas e meia de soldo”, deixando de estabelecer, como limite mínimo, o soldo de cabo engajado, conforme previa, até então, o Decreto-Lei 728/1969 acima mencionado. A alteração resultou em controvérsia jurídica que levou ao ajuizamento de diversas ações pelos militares.

Diante desse cenário, o Ministério da Defesa, entendendo que teria havido violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, editou a Portaria nº 406/2004, na qual se determinou o pagamento do auxílio-invalidez em valor não inferior ao soldo de cabo engajado, consoante a regra que era observada até a edição da Medida Provisória nº 2.215-10/2001. Em outras palavras, é como se a Portaria nº 406/2004 tivesse ignorado a alteração da MP e restaurado a regra do DL 728/1969.

Ocorre que, ao fazer uma nova análise sobre o tema, o Ministério da Defesa concluiu que a Portaria nº 406/2004 era ilegal (contrária à MP 2.215-10/2001) e daria ensejo ao pagamento indevido do benefício. Assim, o Ministério da Defesa editou novo ato (a Portaria nº 931/2005), que revogou a Portaria nº 406/2004 e restaurou a disciplina do auxílio-invalidez em sintonia com o disposto na MP 2.215-10/2001. O STF entendeu que o Ministério da Defesa agiu corretamente ao editar a Portaria nº 931/2005. Isso porque não houve violação ao princípio da irredutibilidade da remuneração com a MP 2.215-10/2001.

***Irredutibilidade da remuneração***

A Constituição Federal assegura a irredutibilidade nominal da remuneração global, isto é, o montante constituído pela soma de todas as parcelas, gratificações e outras vantagens percebidas pelo servidor. Da leitura do art. 29 da Medida Provisória nº 2.215-10/2001, verifica-se que se buscou preservar a irredutibilidade de vencimentos por meio da instituição de Vantagem Pessoal Nominalmente Identificável (VPNI) nos casos em que constatada a redução de remuneração, proventos ou pensões em decorrência da aplicação da norma:

Art. 29. Constatada a redução de remuneração, de proventos ou de pensões, decorrente da aplicação desta Medida Provisória, o valor da diferença será pago a título de vantagem pessoal nominalmente identificada, sendo absorvido por ocasião de futuros reajustes.

Parágrafo único. A vantagem pessoal nominalmente identificada prevista no caput deste artigo constituirá parcela de proventos na inatividade, além das previstas no art. 10 desta Medida Provisória, até que seja absorvida por ocasião de futuros reajustes.

***Direito adquirido***

Além disso, a jurisprudência do STF é firme no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico e de direito à forma como são calculados os vencimentos, de modo que é possível suprimir ou alterar auxílios, adicionais, gratificações ou outras parcelas, sob a condição de que seja preservada a irredutibilidade nominal da remuneração global.

***Autotutela da Administração***

Ademais, trata-se de típico exemplo do poder-dever de autotutela da Administração Pública, que exerce controle sobre os próprios atos, seja por meio da anulação dos ilegais, seja mediante a revogação daqueles tidos como inconvenientes ou inoportunos. Por estar a Administração vinculada à lei, deve exercer o controle da legalidade dos atos que pratica.

Logo, ao constatar a ilegalidade de qualquer ato por si praticado, a Administração Pública poderá e deverá revê-lo, tal como de fato ocorreu, na espécie, com a restauração da forma de pagamento do benefício.

***Em suma:***

A alteração da forma de cálculo do auxílio-invalidez devido aos servidores militares não viola os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos, desde que o valor global da remuneração não sofra redução.

STF. Plenário. RE 642890/DF, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 7/10/2022 (Repercussão Geral – Tema 465) (Info 1071).

**Veja a tese fixada pelo STF:**

A Portaria nº 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos.

STF. Plenário. RE 642890/DF, Rel. Min. Nunes Marques, julgado em 7/10/2022 (Repercussão Geral – Tema 465) (Info 1071).

**E o STJ?**

O STJ entendia que a Portaria Nº 931/MD-2005 reduziu o valor do auxílio invalidez devido ao militar reformado, afrontando os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos.

Contudo, com a decisão do STF no Tema 465, o STJ se adequou ao entendimento do STF e passou a também decidir que:

**A Portaria nº 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos.**

STJ. 6ª Turma. REsp 1.097.687-RS, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDFT), julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**ECA**

**APURAÇÃO DE ATOS INFRACIONAIS**

**A oitiva do representado deve ser o último ato da instrução  
no procedimento de apuração de ato infracional**

**Importante!!!**

**Assunto já apreciado no Info 766-STJ**

ODS 16

- a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença;
- b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, de per se, lastrear a procedência da representação;
- c) diante da lacuna na Lei nº 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor;
- d) esse entendimento jurisprudencial é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo STF no HC 127.900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli;
- e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa.

STJ. 3<sup>a</sup> Seção. HC 769.197/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

### ***Interrogatório como último ato de instrução***

A Lei nº 11.343/2006 tipifica os delitos envolvendo drogas. Além de prever os crimes, a referida Lei também traz o procedimento, ou seja, o rito que deverá ser observado pelo juiz.

Desse modo, a Lei nº 11.343/2006 traz um procedimento especial que possui algumas diferenças em relação ao procedimento comum ordinário previsto no CPP. Uma das diferenças reside no momento em que é realizado o interrogatório do réu. Vejamos:

CPP (art. 400)	Lei nº 11.343/2006 (art. 57)
O art. 400 do CPP foi alterado pela Lei nº 11.719/2008 e, atualmente, o interrogatório deve ser feito depois da inquirição das testemunhas e da realização das demais provas. Em suma, o interrogatório passou a ser o último ato da audiência de instrução (segundo a antiga previsão, o interrogatório era o primeiro ato).	O art. 57 da Lei de Drogas prevê que, na audiência de instrução e julgamento, o interrogatório do acusado seja feito antes da inquirição das testemunhas. Em suma, o interrogatório é o primeiro ato da audiência de instrução.

### ***O que é mais favorável ao réu: ser interrogado antes ou depois da oitiva das testemunhas?***

Depois. Isso porque após o acusado ouvir o relato trazido pelas testemunhas poderá decidir a versão dos fatos que irá apresentar. Se, por exemplo, avaliar que nenhuma testemunha o apontou como o autor do crime, poderá sustentar a negativa de autoria ou optar pelo direito ao silêncio. Ao contrário, se entender que as testemunhas foram sólidas em incriminá-lo, terá como opção viável confessar e obter a atenuação da pena. Dessa feita, a regra do art. 400 do CPP é mais favorável ao réu do que a previsão do art. 57 da Lei nº 11.343/2006.

***Dianete dessa constatação, e pelo fato de a Lei nº 11.719/2008 ser posterior à Lei de Drogas, surgiu uma corrente na doutrina defendendo que o art. 57 foi derrogado e que, também no procedimento da Lei nº 11.343/2006, o interrogatório deveria ser o último ato da audiência de instrução. Essa tese foi acolhida pela jurisprudência?***

SIM.

A exigência de realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o art. 400 do CPP, é aplicável:

- aos processos penais militares;
- aos processos penais eleitorais e
- a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial (ex: lei de drogas).

STF. Plenário. HC 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016 (Info 816).

O STJ também acompanhou a posição do STF e passou a decidir que, em todos os procedimentos penais, independentemente de previsão legal, o interrogatório deverá ser o último ato da instrução:

(...) 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, deu nova conformidade à norma contida no art. 400 do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.719/08), à luz do sistema constitucional acusatório e dos princípios do contraditório e da ampla defesa. O interrogatório passa a ser sempre o último ato da instrução, mesmo nos procedimentos regidos por lei especial, caindo por terra a solução de antinomias com arrimo no princípio da especialidade. (...)

STJ. 6<sup>a</sup> Turma. HC 403.550/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 15/08/2017 (Info 609).

***O ato infracional não é crime. Mesmo assim, no procedimento de apuração de ato infracional, a oitiva do representado deve ser o último ato da instrução?***

SIM.

**No procedimento de apuração do ato infracional, o interrogatório do menor deve ocorrer ao final da instrução, nos moldes do art. 400 do CPP.**

STJ. 3<sup>a</sup> Seção. HC 769.197/RJ, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 14/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Exemplo hipotético:***

O adolescente Tiago foi encontrado pela polícia praticando tráfico de drogas.

O Ministério Pùblico representou o adolescente pela prática do ato infracional análogo ao crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Ao receber a representação, o juiz entendeu que a oitiva do adolescente e de seus pais ou responsáveis deveria ser o último ato da audiência de instrução e julgamento, em conformidade com a orientação fixada pelo STF no HC 127.900/AM, acima mencionado, bem como pela aplicação subsidiária do CPP prevista no art. 152, caput, do ECA:

Art. 152. Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

Sendo assim, o magistrado determinou que fosse realizada a citação do adolescente para que apresentasse resposta à representação, em 3 dias, seguindo-se os atos de saneamento, audiência de instrução com apresentação do adolescente, alegações finais e sentença.

O Ministério Pùblico não concordou e interpôs agravo de instrumento, requerendo que a audiência de apresentação e oitiva do adolescente fosse o primeiro ato processual instrutório, conforme previsão expressa dos arts. 184 e 186 do ECA:

Art. 184. Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo.

§ 1º O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

(...)

Art. 186. Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado.

(...)

Somente após a oitiva do adolescente e de seus pais, é que a defesa irá apresentar o rol de testemunhas e o juiz designará audiência de continuação para ouvi-las. É o que preveem os §§ 3º e 4º do art. 186:

Art. 186 (...)

§ 3º O advogado constituído ou o defensor nomeado, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, oferecerá defesa prévia e rol de testemunhas.

§ 4º Na audiência em continuação, ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Pùblico e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão.

Desse modo, os arts. 184 e 186 do ECA já preveem um procedimento específico para oitiva do adolescente infrator, em primeiro lugar, seguido das inquirições das testemunhas.

Para o MP, não seria possível aplicar o CPP de forma subsidiária porque não existe lacuna no ECA nesse particular.

**O STJ concordou com os argumentos do juiz ou do MP?**

Do Juiz.

A jurisprudência do STJ era firme em assinalar, nos termos do art. 184 do ECA, não haver nulidade na oitiva do adolescente como primeiro ato no procedimento de apuração de ato infracional, haja vista a previsão de rito especial na legislação de regência.

No entanto, recentemente o STJ reconheceu a aplicação do entendimento firmado no HC 127.900/AM à seara menorista, sob o fundamento de que o menor de 18 anos deve ser ouvido após a instrução probatória, pois não pode receber tratamento mais gravoso do que aquele conferido ao adulto:

A oitiva do representado deve ser o último ato da instrução no procedimento de apuração de ato infracional.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 772.228/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 28/2/2023 (Info 766).

Na audiência de apresentação do adolescente, é possível que ao adolescente em conflito com a lei se imponham medidas socioeducativas, o que lhe traz considerável ônus e notória restrição à sua liberdade. O interrogatório de um adolescente, em processo por ato infracional, há de ser visto também como meio de defesa, e, portanto, para ser efetivo, precisa ser realizado como ato final da instrução, a fim de que a pessoa processada tenha condições de melhor apresentar sua defesa e influenciar a futura decisão judicial. Essa ordem de produção da prova preserva os direitos e as garantias dos adolescentes, os quais não podem ser tratados como mero objetos da atividade sancionadora estatal (art. 100, parágrafo único, I, do ECA).

O art. 3º da Lei nº 8.069/90 (ECA) assegura aos adolescentes “todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata essa lei”.

O art. 110, do mesmo estatuto, dispõe: “Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal”.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 nos mostra a abrangência dessa garantia, ao assegurar, no art. 5º, LV, da CF, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes, aos acusados em geral, direito que engloba a perspectiva de o próprio processado confrontar as imputações e as provas produzidas em seu desfavor. Como não é possível se defender de algo que não se sabe, o interrogatório deve ser realizado nos moldes do art. 400 do CPP, como último ato instrutório.

**Modulação dos efeitos**

O entendimento acima é o que melhor se coaduna com um devido processo justo. Todavia, faz-se necessária a modulação da alteração jurisprudencial, a fim de que a inovação no ordenamento jurídico não comprometa a segurança jurídica e culmine em declaração de invalidade de todas as representações ajuizadas no país desde a promulgação da Constituição Federal e a vigência da Lei nº 8.069/90.

Deve-se limitar os efeitos retrospectivos do julgado a partir de 3/3/2016, data em que o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.900/AM, sinalizou que o art. 400 do CPP era aplicável aos ritos previstos em leis especiais.

Assim, neste julgado foi proposto o aperfeiçoamento da jurisprudência do STJ, para fixação das seguintes orientações:

- a) em consonância com o art. 184 do ECA, oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, e decidirá, desde logo, sobre a decretação ou manutenção da internação provisória e sobre a remissão, que pode ser concedida a qualquer tempo antes da sentença;
- b) é vedada a atividade probatória na audiência de apresentação, e eventual colheita de confissão nessa oportunidade não poderá, de per se, lastrear a procedência da representação;

c) diante da lacuna na Lei nº 8.069/1990, aplica-se de forma supletiva o art. 400 do CPP ao procedimento especial de apuração do ato infracional, garantido ao adolescente o interrogatório ao final da instrução, perante o Juiz competente, depois de ter ciência do acervo probatório produzido em seu desfavor;  
d) o novo entendimento é aplicável aos processos com instrução encerrada após 3/3/2016, conforme julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 127.900/AM, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno;  
e) regra geral, para acolhimento da tese de nulidade, faz-se necessário que a defesa a aponte em momento processual oportuno, quando o prejuízo à parte é identificável por mero raciocínio jurídico, por inobservância do direito à autodefesa.

## DIREITO PENAL

### DOSIMETRIA DA PENA

**A depender da gravidade da circunstância judicial, a incidência de uma única delas (art. 59, Código Penal) é suficiente para a fixação da pena-base no máximo legal**

ODS 16

**A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.**

**Assim, é possível até mesmo que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.**

STJ. 5<sup>a</sup> Turma. AgRg nos EDcl no AREsp 2.172.438-SP, Rel. Min. João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), julgado em 11/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

#### **Critério trifásico**

A dosimetria da pena na sentença obedece a um critério trifásico:

1º passo: o juiz calcula a pena-base de acordo com as circunstâncias judiciais do art. 59, CP.

2º passo: o juiz aplica as agravantes e atenuantes.

3º passo: o juiz aplica as causas de aumento e de diminuição.

#### **Primeira fase (circunstâncias judiciais)**

Na primeira fase, as chamadas circunstâncias judiciais analisadas pelo juiz são as seguintes:

a) culpabilidade, b) antecedentes, c) conduta social, d) personalidade do agente, e) motivos do crime, f) circunstâncias do crime, g) consequências do crime, h) comportamento da vítima.

#### **Imagine agora a seguinte situação hipotética:**

João foi encontrado com 139 cédulas falsas de R\$ 50,00.

O Ministério Público federal ofereceu denúncia contra o agente pela prática do crime de moeda falsa:

**Moeda Falsa**

Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.

O Juiz Federal condenou o réu.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o magistrado aumentou a pena-base com a seguinte fundamentação:

“A pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal considerando que circunstâncias do crime, no caso concreto, merecem maior reprovabilidade, haja vista a grande quantidade de cédulas contrafeitas (139 cédulas), o que extrapola o normal em relação a crimes desta espécie.”

O condenado recorreu argumentando que, de todas as circunstâncias judiciais, apenas uma delas se mostrou desfavorável ao réu. Logo, seria desproporcional elevar a pena-base com fundamento em uma única circunstância negativa.

***O STJ concordou com os argumentos da defesa?***

NÃO.

De início, deve-se ressaltar que a justificativa apresentada pelo órgão julgador se mostra idônea considerando que baseada em elemento concreto (grande quantidade de cédulas), que denota maior reprovabilidade.

Também não há ilegalidade no fato de o magistrado ter aumentado a pena-base com fundamento em uma só circunstância judicial negativa. Para o STJ até mesmo uma única circunstância judicial pode elevar a pena-base ao máximo legal, a depender de sua gravidade.

***Em suma:***

**A depender da gravidade da circunstância judicial, a incidência de uma única delas (art. 59, Código Penal) é suficiente para a fixação da pena-base no máximo legal.**

STJ. 5ª Turma. AgRg nos EDcl no AREsp 2.172.438-SP, Rel. Min. João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), julgado em 11/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

No mesmo sentido:

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas combinadas ao delito.

Assim, é possível até mesmo que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 748.401/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/8/2022.

### **DOSIMETRIA DA PENA**

**A majoração da pena é admissível quando a culpabilidade revela aspectos mais censuráveis, além dos inerentes ao tipo penal, desde que haja fundamentação concreta e idônea para tal**

ODS 16

**Caso concreto: o órgão julgador, ao realizar a dosimetria da pena, afirmou que a culpabilidade deveria ser considerada negativa. Isso porque, na fuga empreendida com o veículo da vítima, os réus efetuaram disparos de arma de fogo contra a guarnição da polícia militar, sendo presos somente em município diverso daquele onde consumado o roubo do veículo automotor.**

**Para o STJ, esses fundamentos autorizam a valoração negativa da culpabilidade dos agentes, eis que reveladores do maior desvalor das condutas.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.012.591-PA, Rel. Min. João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), julgado em 16/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

João e Pedro subtraíram, mediante emprego de arma de fogo, o veículo da vítima Regina.

Durante a fuga, os agentes trocaram tiros com a guarnição da Polícia Militar.

O Ministério Pùblico ofereceu denúncia contra os sujeitos pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º-A, I e art. 329, do Código Penal:

Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:  
Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º-A A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços):

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo;

(...)

**Resistência**

Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

O juiz condenou os réus.

No momento da dosimetria, o magistrado vislumbrou a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que autorizavam a majoração da pena base. Ficou consignado que:

A culpabilidade deve ser considerada desfavorável porque os réus, durante a fuga empreendida com o veículo da vítima, ainda efetuaram disparos de arma de fogo contra a guarnição da polícia militar, sendo presos somente em município diverso daquele onde consumado o roubo do veículo automotor.

Os acusados recorreram alegando que o órgão julgador não apresentou fundamentação idônea, tendo violado, portanto, o art. 59 do CP:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as combinadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

***O STJ concordou com os argumentos da defesa?***

NÃO.

***O que é culpabilidade, para os fins do art. 59 do CP?***

Para fins de dosimetria da pena, culpabilidade consiste na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem. Ex: a culpabilidade (reprovabilidade) do crime de furto é intensa (elevada) se o agente, além de furtar os bens da casa, ainda urina no chão da residência ou nos móveis do proprietário. Neste caso, a pena-base poderia ser aumentada por causa disso.

Essa culpabilidade de que trata o art. 59 do CP não tem nada a ver com a culpabilidade como requisito do crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa).

***Na análise da culpabilidade, examina-se também como o crime ocorreu***

De início, é importante ressaltar que, para a análise da circunstância judicial da culpabilidade, é necessário levar em conta tanto a maior como a menor censurabilidade da conduta delituosa praticada, aplicando-

se não apenas as condições pessoais do agente, mas também avaliando a situação em que a prática criminosa ocorreu.

No caso, os réus, no recurso, alegaram que “a culpabilidade não poderia ser valorada negativamente, pois ela não se confunde com aquela que é pressuposto da pena, ou seja, se a culpabilidade do réu é reprovável e desfavorável pela própria natureza da infração. Em outros termos, não pode exasperar a pena-base, pois esta é inerente ao próprio tipo penal, de modo que para que a circunstância negativa seja negativamente valorada, é necessário que ela extrapole aquela já prevista pelo legislador no tipo incriminador, o que no caso não se verifica”.

**Órgão julgador apresentou elementos concretos**

Todavia, o órgão julgador destacou que, durante a fuga empreendida com o veículo da vítima, os acusados efetuaram disparos de arma de fogo contra a guarnição da polícia militar, sendo presos somente em município diverso daquele onde consumado o roubo do veículo automotor.

Dessa forma, percebe-se que o acórdão recorrido apresentou elementos concretos que autorizam a valoração negativa da culpabilidade dos agentes, eis que reveladores do maior desvalor das condutas.

**Em suma:**

**A majoração da pena é admissível quando a culpabilidade revela aspectos mais censuráveis, além dos inerentes ao tipo penal, desde que haja fundamentação concreta e idônea para tal.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.012.591-PA, Rel. Min. João Batista Moreira (Desembargador convocado do TRF1), julgado em 16/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL**

**Estupro de vulnerável em continuidade delitiva: a aplicação de agravante e majorante em situações distintas não configura bis in idem; deve-se considerar o aumento de pena em 2/3, mesmo que não se saiba o número exato de atos praticados**

ODS 5 E 16

**Um homem praticou atos libidinosos por diversas vezes e durante anos contra a própria filha, menor de 14 anos. Foi condenado como incursão no art. 217-A c/c o art. 226, II c/c o art. 61, II, “f”, na forma do art. 71, do Código Penal.**

**O condenado recorreu pedindo a redução do aumento do crime continuado para o mínimo legal (1/6) sob o argumento de que não consta nos autos a quantidade de infrações penais efetivamente praticadas. Esse argumento é acolhido?**

**NÃO. Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, na dosimetria da pena, deve-se considerar o aumento de pena no patamar máximo de 2/3, levando-se em conta os inúmeros abusos sofridos pela vítima.**

**O réu requereu ainda o reconhecimento de bis in idem em razão da utilização da agravante do art. 61, II, “f” e da majorante do art. 226, II, do CP. O STJ concordou com a defesa?**

**NÃO. Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, a aplicação das agravante e majorante específicas em situações distintas não configura bis in idem.**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.305.361/RR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 23/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

Um homem praticou atos libidinosos por diversas vezes e durante anos contra a própria filha, menor de 14 anos.

O agente foi denunciado e condenado como incursão no art. 217-A c/c o art. 226, II c/c o art. 61, II, "f", na forma do art. 71, do Código Penal:

#### Estupro de vulnerável

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:  
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

#### Aumento de pena

Art. 226. A pena é aumentada:

(...)

II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela;

#### Circunstâncias agravantes

Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime:

(...)

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;

#### Crime continuado

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

**O art. 71, caput, do CP prevê que o aumento na continuidade delitiva varia de 1/6 a 2/3. Qual é o critério que o juiz deve adotar no momento da dosimetria da pena?**

O critério para o aumento no crime continuado é o número de crimes praticados:

2 crimes – aumenta 1/6

3 crimes – aumenta 1/5

4 crimes – aumenta 1/4

5 crimes – aumenta 1/3

6 crimes – aumenta 1/2

7 ou mais – aumenta 2/3

É proporcional a aplicação da fração máxima de 2/3 na hipótese de a conduta criminosa corresponder a 7 ou mais infrações em continuidade delitiva.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.945.790-MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/09/2022 (Info 749).

**No caso concreto, qual foi o percentual aplicado pelo juiz contra o condenado?**

2/3.

**Pedido de redução do aumento para 1/6**

O condenado interpôs apelação.

Pedi a redução do aumento do crime continuado para o mínimo legal (1/6) sob o argumento de que não consta nos autos a quantidade de infrações penais efetivamente praticadas. Logo, deveria ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Esse argumento do condenado foi acolhido pelo STJ?

NÃO.

**Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, na dosimetria da pena, deve-se considerar o aumento de pena no patamar máximo de 2/3, levando-se em conta os inúmeros abusos sofridos pela vítima.**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.305.361/RR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 23/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

No mesmo sentido:

Nem sempre será fácil trazer para os autos o número exato de crimes que foram praticados, especialmente quando se trata de delitos sexuais. É o caso, por exemplo, de um padrasto que mora há meses ou anos com a sua enteada e contra ela pratica constantemente estupro de vulnerável. Nessas hipóteses, mesmo não havendo a informação do número exato de crimes que foram cometidos, o juiz poderá aumentar a pena acima de 1/6 e, dependendo do período de tempo, até chegar ao patamar máximo.

Assim, constatando-se a ocorrência de diversos crimes sexuais durante longo período de tempo, é possível o aumento da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo de 2/3 (art. 71 do CP), ainda que sem a quantificação exata do número de eventos criminosos.

STJ. 5ª Turma. HC 311146-SP, Rel. Min. Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ-SC), julgado em 17/3/2015 (Info 559).

Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva em que não é possível precisar o número de infrações cometidas, tendo os crimes ocorrido durante longo período de tempo, deve-se aplicar a causa de aumento de pena no patamar máximo de 2/3.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 609.595/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/9/2022.

**O réu requereu ainda o reconhecimento de bis in idem em razão da utilização da agravante do art. 61, II, “f” e da majorante do art. 226, II, do CP. O STJ concordou com a defesa?**

NÃO.

**Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, a aplicação das agravante e majorante específicas em situações distintas não configura bis in idem.**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.305.361/RR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 23/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

Não configura *bis in idem* a utilização da agravante genérica do art. 61, II, f, do Código Penal e da majorante específica do art. 226, II, do CP quando a circunstância utilizada pelas instâncias ordinárias para agravar a pena é a prevalência da relação doméstica de confiança e de hospitalidade para o cometimento do delito, enquanto que, para aumentá-la na terceira fase, a condição de tio da vítima, situações distintas, portanto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 690.214/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27/9/2022.

**Em suma:**

**Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, a aplicação das agravante e majorante específicas em situações distintas não configura bis in idem, e, na dosimetria da pena, deve-se considerar o aumento de pena no patamar máximo de 2/3, levando-se em conta os inúmeros abusos sofridos pela vítima.**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.305.361/RR, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 23/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**DESCAMINHO****A apreensão de mercadorias antes da entrada no recinto  
da aduana não configura o crime de descaminho**

ODS 16

**Se a mercadoria precisa passar pela fiscalização alfandegária, entende-se que o descaminho somente se consumará com a liberação pela alfândega, sem o pagamento do tributo competente.**

**Se a mercadoria é apreendida antes mesmo da entrada no recinto da aduana, não haverá crime, tratando-se de meros atos preparatórios, que, em regra, não são punidos pelo ordenamento jurídico.**

STJ. 6ª Turma. RHC 179.244-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Descaminho***

O descaminho encontra-se tipificado no art. 334 do CP. Veja a figura básica do caput:

Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.  
Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

***Em que consiste o crime de descaminho?***

“Iludir” = “frustrar”. Esse é o sentido utilizado pelo tipo penal. Assim, iludir o pagamento do imposto significa “frustrar o pagamento do imposto”.

O crime pode ocorrer em duas situações:

- quando a pessoa traz para o Brasil (importa) uma mercadoria permitida, mas, ao fazê-lo, engana as autoridades e com isso não paga (ilude) o imposto devido; ou
- quando a pessoa manda para fora do Brasil (exporta) uma mercadoria permitida, mas, ao fazê-lo, engana as autoridades e com isso não paga (ilude) o imposto devido.

Obs: quando o tipo fala em imposto ou direito devido pelo “consumo de mercadoria”, ele está se referindo ao Imposto sobre Produtos Industrializados. O IPI também é conhecido, por razões históricas, como “imposto sobre o consumo”. Um dos fatos geradores do IPI é o desembarque aduaneiro de produtos industrializados de procedência estrangeira (art. 46, I, do CTN).

***Algumas características do descaminho:***

- Impostos que o tipo penal visa proteger: imposto de importação (II), imposto de exportação (IE) e imposto sobre produtos industrializados (IPI).
- Sujeito passivo: o Estado (mais especificamente a União, considerando que os impostos devidos nas operações de importação e exportação são federais).
- Elemento subjetivo: dolo (não admite forma culposa).
- Consumação: trata-se de crime formal. Para que seja proposta ação penal por descaminho, não é necessária a prévia constituição definitiva do crédito tributário. Não se aplica a SV 24 (Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo).
- A competência para julgar o delito é da Justiça Federal, considerando que é praticado em detrimento de interesse da União na arrecadação dos impostos.

- Em termos territoriais, a competência será da seção judiciária onde os bens foram apreendidos, não importando o local por onde entraram no país (no caso de importação) ou de onde seguiriam para o exterior (na hipótese de exportação). Tal entendimento está cristalizado em enunciado do STJ:

Súmula 151-STJ: A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.

***Feita essa breve revisão, imagine a seguinte situação hipotética:***

João importou mercadorias da China que chegaram no Brasil por meio do Porto de Itapoá (SC). O recinto alfandegário, onde as mercadorias são fiscalizadas pela Receita Federal, fica em São Francisco do Sul (SC).

No percurso de Porto de Itapoá (SC) para São Francisco do Sul (SC), João retirou as mercadorias de maior valor e as substituiu por mercadorias de valor muito inferior. Para isso, ele teve que romper o lacre existente nos containers.

O objetivo de João com isso era pagar menos tributos incidentes sobre a importação considerando que eles são calculados sobre o valor das mercadorias.

João foi preso em flagrante.

A defesa impetrhou habeas corpus alegando a atipicidade da conduta sob o argumento de que a substituição de mercadorias antes do desembarque aduaneiro configuraria mero ato preparatório não punível, e, portanto, fato atípico.

Além disso, para a defesa, a hipótese seria de crime impossível, uma vez que, para que a ação típica se verifique seria necessário que o sujeito fosse até o controle aduaneiro e, no momento de desembarque, iludisse a fiscalização, deixando de apresentar declaração de bens importados ou apresentando declaração falsa. Como nada disso foi feito, não haveria crime.

O Ministério Público Federal, por sua vez, postulou pela manutenção da persecução penal, sustentando que o descaminho possui natureza formal, que se consuma com a entrada das mercadorias em território nacional.

***A discussão chegou até o STJ. Houve o trancamento do inquérito policial?***

SIM.

A controvérsia cinge-se a definir se ocorreu a consumação do crime de descaminho ou meros atos preparatórios, na situação fática em que os investigados estavam trocando mercadorias importadas, que ainda não haviam passado pelo desembarque aduaneiro, substituindo mercadorias de maior valor por outras de valor inferior, visando suprimir tributos no processo de importação, tendo sido constatado, também, o rompimento do lacre do container.

Tratando-se de hipótese em que a mercadoria necessariamente passaria pela fiscalização alfandegária, doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que a consumação ocorre com a liberação pela alfândega, sem o pagamento do tributo competente, o que, no caso, não ocorreu em face da apreensão antes da entrada no recinto da aduana. Nesse sentido:

A consumação de crime, em locais sujeitos à fiscalização da zona alfandegária, somente se dará após a liberação da mercadoria pelas autoridades competentes ou a transposição da aludida zona fiscal.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.197.959/SP, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 6/3/2023.

Para o STJ, houve crime impossível. Isso porque o flagrante ocorreu quando o investigado procedia à troca de mercadorias importadas durante o percurso de translado entre Porto Itapoá (SC) e o recinto alfandegário em São Francisco do Sul (SC). Significa que o indiciado sequer chegou a se submeter ao desembarque aduaneiro, tratando-se, portanto, de meros atos preparatórios, que, em regra, não são punidos pelo ordenamento jurídico, a não ser quando previstos expressamente como delitos autônomos. Veja o que diz a doutrina:

“A tentativa é teoricamente admissível, pois é perfeitamente possível fracionar o iter criminis tanto do contrabando quanto do descaminho. Em termos bem esquemáticos, é perfeitamente

possível tentar importar ou exportar mercadoria proibida ou tentar liberar mercadorias permitidas sem pagar as correspondentes obrigações alfandegárias, sendo inviabilizada por circunstâncias alheias à vontade do agente. No entanto, não nos parece possível reconhecer a tentativa de contrabando ou descaminho quando a mercadoria é apreendida na aduana, mesmo antes de transpor as barreiras alfandegárias. Poder-se-á estar, inclusive, diante de um crime impossível, dependendo das circunstâncias, ou, ainda, de meros atos preparatórios. Acreditamos que confisco e multa, no plano administrativo, resolvem satisfatoriamente a infração fiscal.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 10 ed. Saraiva: São Paulo, 2019. p. 1565)

***Em suma:***

**A apreensão de mercadorias antes da entrada no recinto da aduana não configura o crime de descaminho.**

STJ. 6ª Turma. RHC 179.244-SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

Para o STJ, o trancamento deve abranger eventual delito de inutilização de sinal (art. 336 do Código Penal), pois tal conduta delitiva consiste nos atos preparatórios do delito de descaminho, devendo-lhe ser aplicada a consunção.

**CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Vencedor da licitação entregou mercadoria falsificada; a Administração descobriu antes de efetuar o pagamento; houve tentativa do crime do art. 96, II, da Lei 8.666/93 (atual art. 337-L, II, do CP); não há que se falar em conduta atípica**

ODS 16

Se o delito previsto no art. 96, II, da Lei nº 8.666/93 (revogado pela Lei nº 14.133/2021, atual art. 337-L, II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira, de mercadoria falsificada, e, se, ao final da instrução penal, se constata não ter havido o prejuízo, em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente, tem-se como caracterizada a tentativa.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.935.671-RS, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 27/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

João é sócio administrador da empresa Alfajor Suprimentos para Informática Ltda.

Em 2014, a empresa participou de uma licitação, na modalidade de pregão eletrônico, para fornecer cartuchos de toner para impressoras da marca XXX, utilizadas na Administração Pública.

A Alfajor foi a vencedora do certame e entregou à Administração Pública 100 cartuchos de tinta, no valor total de R\$ 18 mil.

Antes de efetuar o pagamento, a Administração realizou um procedimento interno e encaminhou amostras dos cartuchos à fabricante XXX, a fim de confirmar a autenticidade dos produtos.

Para a surpresa da Administração, a fabricante XXX constatou que os produtos eram remanufaturados e estavam acondicionados em embalagens falsificadas.

O Ministério Público denunciou João pela prática do crime do art. 96, II, da Lei nº 8.666/93 (atual art. 337-L, II, do CP):

<b>Art. 96 da Lei 8.666/93</b>	<b>Art. 337-L do CP</b>
<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I – elevando arbitrariamente os preços;</p> <p>II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p> <p>III – entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p> <p>V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:</p> <p>Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.</p>	<p>Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p> <p>II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III – entrega de uma mercadoria por outra;</p> <p>IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>

O réu se defendeu alegando que, como a Administração Pública não pagou pelos bens objeto do contrato, não houve prejuízo. Como o prejuízo é indispensável para a configuração do delito, o fato seria atípico.

***O STJ concordou com a alegação da defesa?***

NÃO.

O réu praticou todos os atos relativos ao fornecimento da mercadoria (tentativa perfeita), porém, em razão exclusivamente de circunstâncias alheias à sua vontade, o delito não se consumou já que não houve prejuízo à Fazenda Pública.

Diante desse cenário, não se pode falar em conduta atípica, mas sim em crime tentado.

A não consumação do crime em razão de circunstâncias alheias à vontade dos agentes configura crime tentado e não atipicidade da conduta.

Nesse mesmo sentido:

(...) 3. A norma penal, em regra, descreve uma conduta proibida na forma consumada, sendo necessária a aplicação do artigo 14, inciso II, do Código Penal, para o reconhecimento da tentativa. Dessa forma, se o delito previsto no artigo 96, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 (revogado pela Lei n.º 14.133/2021, atual art. 337-L, inciso II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira mercadoria falsificada, e

no final da instrução penal se constata não ter havido o prejuízo, evidentemente que ficou caracterizada a tentativa na hipótese.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 1.955.298/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 3/11/2021.

***Em suma:***

Se o delito previsto no art. 96, inciso II, da Lei n. 8.666/1993 (revogado pela Lei n. 14.133/2021, atual art. 337-L, inciso II, do CP) prevê que configura crime o ato de fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante fornecimento, como verdadeira, de mercadoria falsificada, e, se, ao final da instrução penal, se constata não ter havido o prejuízo, em razão de circunstâncias alheias à vontade do agente, tem-se como caracterizada a tentativa.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 1.935.671-RS, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 27/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**LEI DE DROGAS**

**A apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta de tráfico de drogas (art. 33 da LD)**

ODS 16

No caso analisado, o réu foi condenado como incursão no art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006 porque portava, em via pública, 0,32 g de crack e 164,80 g de ácido bórico.

A posse de ácido bórico, por si só, é um indiferente penal, haja vista que é largamente utilizado para fins lícitos, como tratamentos de saúde, desinsetização, adubamento etc.

Não se está a ignorar que o ácido bórico seja utilizado, também, para os fins de preparação de drogas ilícitas. Ocorre que, nesses casos, a condenação deve se pautar em outros elementos que apontem, de modo inequívoco, para a traficância, como a apreensão de consideráveis quantidades de droga, balanças de precisão, embalagens plásticas, somas de dinheiro etc.

Segundo pesquisas, vários usuários de crack fazem uso do chamado “pó virado”, consistente na mistura de crack ao ácido bórico para os fins de consumo pela via nasal. A preparação do “pó virado” é feita pelos próprios usuários, em grupos e de forma compartilhada, a fim de obter efeito mais duradouro e, consequentemente, menores níveis de fissura e paranoia decorrentes do uso da droga.

Diante desses achados, é preciso cuidado redobrado ao avaliar se a conduta de portar drogas e ácido bórico deve ser tipificada como tráfico de drogas ou posse de drogas para uso pessoal.

Logo, a apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.271.420-MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 27/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

Durante um patrulhamento de rotina em uma rua conhecida por ser local de venda de drogas, a Polícia Militar avistou João segurando uma pochete.

Ao perceber a presença policial, João tentou descartar a pochete.

Ele foi detido pelos policiais que revistaram a pochete e nela encontraram 160g de ácido bórico, material frequentemente usado para adulterar drogas e maximizar lucros. Além disso, foi encontrado com ele uma pequena quantidade de droga (0,32g de crack).

João admitiu ser o dono das substâncias.

O Ministério Públco denunciou João pelo cometimento do crime do art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

(...)

A defesa pugnou pela desclassificação do delito para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Alegou que as substâncias destinavam-se a uso próprio do acusado:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

**O STJ acolheu a tese de desclassificação sustentada pela defesa de João?**

SIM.

O STJ desclassificou a conduta para a prevista no art. 28, *caput*, da Lei n. 11.343/06, por entender que:

**A apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/2006.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no AREsp 2.271.420-MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 27/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

No caso analisado, o réu foi condenado como incursão no art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006 porque portava, em via pública, 0,32 g de crack e 164,80 g de ácido bórico.

A posse de ácido bórico, por si só, é um indiferente penal, haja vista que é largamente utilizado para fins lícitos, como tratamentos de saúde, desinsetização, adubamento ou retardação de chamas, podendo ser adquirido com relativa facilidade em farmácias ou lojas de insumos para agricultura, em preparações que vão de 50 g até 1 kg.

Não se está a ignorar que o ácido bórico seja utilizado, também, para os fins de preparação de drogas ilícitas. Ocorre que, nesses casos, a condenação deve se pautar em outros elementos que apontem, de modo inequívoco, para a traficância, como a apreensão de consideráveis quantidades de droga, balanças de precisão, embalagens plásticas, somas de dinheiro etc.

Presumir, nas circunstâncias dos autos, que a conduta constituiu tráfico de drogas, pelo simples fato de o réu portar ácido bórico e pequena quantidade de crack, importa em ignorar a realidade social que, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, deveria ter sido avaliada para os fins de determinar se o entorpecente encontrado se destinava ao consumo pessoal.

Em 2016, pesquisadoras da Fiocruz, da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Federal de São Paulo entrevistaram 1.062 usuários de crack e observaram que 54,3% deles já haviam utilizado o chamado “pó virado”, consistente na mistura de crack ao ácido bórico para os fins de consumo pela via nasal. Em outro estudo, pesquisadoras observaram que a preparação do “pó virado” é feita pelos próprios usuários, em grupos e de forma compartilhada, a fim de obter efeito mais duradouro e,

consequentemente, menores níveis de fissura e paranoia decorrentes do uso da droga. Além disso, não raro o “pó virado” era uma alternativa para os usuários de cocaína que precisavam lidar com a abstinência diante da impossibilidade de obter sua droga de escolha.

Diante desses achados, é preciso cuidado redobrado ao avaliar se a conduta de portar drogas e ácido bórico deve ser tipificada como tráfico de drogas ou posse de drogas para uso pessoal. Justamente por isso, o STJ possui vários julgados no sentido de que a apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, e que é possível caracterizar a posse de drogas para uso pessoal em circunstâncias envolvendo a apreensão de entorpecentes em quantidade superior à dos autos.

### ESTATUTO DO DESARMAMENTO

**A descoberta de parte de numeração que foi suprimida de uma arma não torna possível a desclassificação da conduta do tipo penal de porte de arma de uso restrito (art. 16, § 1º, IV) para porte de arma de uso permitido (art. 14)**

ODS 16

**Reconhecida a prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, afasta-se qualquer pretensão em ver a conduta desclassificada para o delito previsto no art. 14, caput, do Estatuto do Desarmamento, observando-se que a rastreabilidade da arma de fogo é irrelevante para materialidade do delito do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003 (atual art. 16, § 1º, IV).**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.165.381-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 21/3/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

João foi preso em via pública portando um revólver municiado, calibre 38, de numeração raspada. Realizado o laudo pericial foi constatado que a arma tinha a numeração suprimida e estava apta a disparos. O perito afirmou, no laudo, que, apesar de a arma estar com a sua numeração suprimida, seria possível o seu reconhecimento a partir da numeração parcial do revólver que ainda estava visível.

***Para que serve a numeração de uma arma de fogo?***

A numeração em uma arma de fogo é semelhante a um número de identificação ou um número de série. Ela serve para vários propósitos, dentre eles:

- Identificação única: cada arma de fogo possui um número único que diferencia de todas as outras armas do mesmo modelo e fabricante.
- Rastreamento: com o número de série, as autoridades podem rastrear o histórico da arma, incluindo sua origem de venda inicial, possíveis revendas e o proprietário atual (desde que as transferências tenham sido devidamente documentadas).
- Prova em investigações: em investigações criminais, o número de série pode ajudar a associar uma arma a um crime específico, identificando a quem ela pertence.
- Controle regulatório: a numeração permite que as autoridades reguladoras monitorem a distribuição e posse de armas de fogo, apoioando medidas de controle e regulamentação.
- Prevenção de vendas ilegais: com um sistema de registro adequado, as armas de fogo roubadas ou associadas a atividades criminosas podem ser identificadas e rastreadas através do seu número de série.
- Responsabilização: ao identificar a origem e o histórico de uma arma, os proprietários e vendedores podem ser responsabilizados por suas ações em relação àquela arma.

**Voltando ao caso concreto:**

O Ministério Pùblico denunciou João pelo crime do art. 16, § 1º, IV, do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003):

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

A defesa do réu alegou que, mesmo com a numeração raspada, o perito conseguiu visualizar boa parte da identificação da arma, sendo, inclusive, possível rastrear a sua origem. Logo, não havia motivos para se punir o agente pelo crime do art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003. Assim, a defesa pediu a desclassificação da conduta para o delito do art. 14:

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

**Os argumentos da defesa foram acolhidos pelo STJ? A descoberta de parte de numeração que foi suprimida de uma arma torna possível a desclassificação da conduta do tipo penal de porte de arma de uso restrito (art. 16, § 1º, IV) para porte de arma de uso permitido (art. 14)?**

NÃO.

O fato de a numeração da arma ser posteriormente revelada é realmente irrelevante, pois a intenção do legislador da época era punir com mais rigor a conduta de portar arma com identificação suprimida:

Estando o número de série da arma de fogo raspado ou suprimido, a conduta do agente será equiparada à posse ou porte de arma de fogo de uso restrito, sendo irrelevante a identificação posterior pela perícia técnica da numeração, pois a intenção da lei foi punir com maior severidade aquele que, de qualquer modo, anula marca ou sinal distintivo da arma, permitindo-se sua transmissão a terceiros ilegalmente e obstaculizando/dificultando a identificação do verdadeiro proprietário do armamento.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AgRg no AREsp 864.075/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 7/6/2016.

**Em suma:**

**Reconhecida a prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, afasta-se qualquer pretensão em ver a conduta desclassificada para o delito previsto no art. 14, caput, do Estatuto do Desarmamento, observando-se que a rastreabilidade da arma de fogo é irrelevante para materialidade do delito do art. 16, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.826/2003 (atual art. 16, § 1º, IV).**

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 2.165.381-SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 21/3/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

**É crime a extração irregular de argila, não diferenciando se a atividade praticada carece de licenciamento ou autorização, uma vez que a expressão estampada no art. 2º da Lei 8.176/91 não faz distinção entre as modalidades de outorga administrativa**

ODS 16

**O art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 8.176/91, ao dispor que configura crime a exploração de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações estabelecidas pelo título autorizativo, não faz distinção entre qual modalidade de outorga administrativa deve ser exigida para a configuração do delito.**

STJ. 6ª Turma. REsp 2.000.169-PB, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF), julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

O Batalhão Ambiental da Polícia Militar recebeu notícia-crime de que estaria ocorrendo exploração irregular de argila em uma imóvel situado na zona rural do município.

Os policiais militares se dirigiram até o local e constataram que João estava extraíndo argila sem licença ambiental, nem qualquer espécie de autorização por parte do DNPM (Departamento Nacional de Produção Mineral).

A atividade estava sendo realizada com o auxílio de uma escavadeira e caminhões basculantes.

Posteriormente, foi realizada perícia que comprovou que foram retirados aproximadamente 20.000m<sup>2</sup> de argila, avaliada em R\$ 150 mil.

Em decorrência desses fatos, João foi denunciado pela prática dos crimes tipificados pelos arts. 55, caput, da Lei nº 9.605/98 e art. 2º, da Lei nº 8.176/91, em concurso formal impróprio:

**Lei 9.605/98.**

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

**Lei 8.176/91.**

Art. 2º Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquirir, transportar, industrializar, tiver consigo, consumir ou comercializar produtos ou matéria-prima, obtidos na forma prevista no caput deste artigo.

§ 2º No crime definido neste artigo, a pena de multa será fixada entre dez e trezentos e sessenta dias-multa, conforme seja necessário e suficiente para a reprevação e a prevenção do crime.

§ 3º O dia-multa será fixado pelo juiz em valor não inferior a quatorze nem superior a duzentos Bônus do Tesouro Nacional (BTN).

O juiz absolveu sumariamente o acusado.

De acordo com a sentença, o Código de Mineração estabelece uma graduação de complexidade para trâmite administrativo que culmine no aproveitamento de substâncias minerais, distinguindo claramente situações de concessão, autorização, licenciamento, permissão e monopolização (art. 2º do DL 227/67 e Decreto 9.406/18).

Em síntese, estariam sujeitos ao **regime de licenciamento**, as substâncias voltadas ao imediato emprego na construção civil (areia, cascalhos, saibros, rochas, argila), adstritos à área de 50 hectares (Lei nº 6.567/78).

Já os **regimes de autorização e concessão** abarcam várias substâncias (metais, fertilizantes, carvão, turfa diamante, sal-gema etc) e respectivas áreas máximas de outorga (portaria DNPM 155/2016).

Por fim, o **regime de permissão** abarca minérios garimpáveis, tais como ouro e gemas (Lei 7.805/89), existindo também condicionantes e local de extração/áreas máximas. O regime de monopólio abarca petróleo, gás natural e minerais radioativos.

Na visão do magistrado, esta distinção dos regimes administrativos decorre do valor econômico e grau de dificuldade de aproveitamento e não pode ser desconsiderada pelo aplicador da lei penal.

Feita essa distinção e voltando ao tipo penal previsto no art. 2º, da Lei 8.176/91, o magistrado destacou que a conduta delituosa pune a extração praticada “... *em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo*”.

Sendo assim, ao mencionar “*título autorizativo*”, o magistrado concluiu que a intenção do legislador era criminalizar apenas as condutas que estejam sujeitas, no mínimo, ao regime de autorização, de modo a afastar de seu campo de incidência as hipóteses submetidas ao regime de licenciamento.

Em outras palavras, o tipo penal faz menção à atividade que dependa de algum tipo de autorização, não abarcando atividades para as quais o ordenamento exija tão somente o licenciamento.

Sendo assim, como na exploração de argila para emprego na construção civil se submete ao regime minerário do licenciamento (não dependendo de autorização), a **conduta seria atípica**.

#### **O STJ concordou com a argumentação desenvolvida pelo magistrado?**

NÃO.

O art. 2º da Lei nº 8.176/91, ao dispor que configura crime, na modalidade de usurpação, a exploração de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações estabelecidas pelo título autorizativo - incorrendo na mesma pena aquele que, sem autorização legal, adquire, transporta, industrializa, tem consigo, consome e comercializa os produtos ou recursos minerais extraídos indevidamente ou irregularmente -, não faz distinção entre qual modalidade de outorga administrativa deve ser exigida para a configuração de delito.

Para Leandro Paulsen, os “recursos minerais são substâncias naturais inorgânicas encontradas na crosta terrestre, tais como areia, argila, carvão, basalto e muitos outros produtos que podem ser aproveitados diretamente ou constituírem matérias-primas para a produção de outros bens”, destacando, ainda, o autor, que “a usurpação de recursos minerais, assim considerada a conduta de tomá-la para si, de apropriar-se deles, sem licença ou em desconformidade com a licença concedida, constitui crime contra o patrimônio da União.” (Crimes Federais, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 184).

Assim, como demonstrado pelo Ministério Público Federal, “fosse o caso de prevalecer a tese, então seria o mesmo que considerar atípica toda e qualquer extração irregular de areia, diamantes, carvão, ouro e outros minérios, cujo regime de aproveitamento não trata de autorização, mas de licenciamento ou permissão, o que esvaziaria, por completo, a Lei nº 8.176/91, a qual, repita-se, tutela o patrimônio público, punindo aqueles que produzem bens ou exploram matéria prima pertencente à União sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas por título autorizativo - o que ocorreu na espécie”.

Nesse contexto, verifica-se que houve a indicação na exordial de elementos indiciários mínimos acerca de conduta enquadrável no tipo penal imputado, não se verificando, desse modo, a manifesta atipicidade da conduta que determinou o prosseguimento da ação penal.

#### **Em suma:**

**O art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 8.176/91, ao dispor que configura crime a exploração de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações estabelecidas pelo título autorizativo, não faz distinção entre qual modalidade de outorga administrativa deve ser exigida para a configuração do delito.**

STJ. 6ª Turma. REsp 2.000.169-PB, Rel. Min. Jesuíno Rizzato (Desembargador convocado do TJDFT), julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

## **DIREITO PROCESSUAL PENAL**

### **ANPP**

**MP denunciou o acusado por crime cuja pena mínima é igual ou superior a 4 anos; há alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação; o novo crime tem pena mínima inferior a 4 anos; diante dessa alteração, será possível oferecer o ANPP**

#### **Importante!!!**

ODS 16

**É cabível ANPP em caso de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006)?**

**Em regra, não. Isso porque a pena mínima do crime de tráfico de drogas é de 5 anos, nos termos do caput do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.**

**Contudo, se for reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33), aí sim caberá, em tese, o oferecimento de ANPP porque a pena mínima ficará abaixo de 4 anos.**

**Imagine agora que o réu foi denunciado pelo caput do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas).**

**Decisão judicial posterior à denúncia reconhece que o agente era traficante privilegiado, merecendo o enquadramento no § 4º do art. 33 da LD, o que permitiria o ANPP.**

**O Ministério Público deverá ser intimado para possibilitar a proposta do ANPP.**

**O réu terá, em tese, direito ao ANPP porque o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado.**

**STJ. 5ª Turma. HC 822.947-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).**

#### **Imagine a seguinte situação hipotética:**

A polícia prendeu em flagrante João que estava com cinco porções de maconha (500g) e 11 porções de cocaína (250g). Em sua residência também foram apreendidos petrechos para o comércio de entorpecentes, como balança de precisão.

João confessou a prática do crime e admitiu que traficava as substâncias entorpecentes há três meses.

O agente foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.340/2006). Ao final, o réu foi condenado pelo crime de tráfico de drogas.

Irresignada, a defesa interpôs apelação pedindo o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006:

Art. 33 (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação.

Ainda inconformado, o réu ingressou com recurso especial, que não foi conhecido porque interposto fora do prazo (intempestividade).

Houve o trânsito em julgado.

A defesa do condenado impetrou, então, *habeas corpus* no STJ, aduzindo a ilegalidade do acórdão que afastou a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

O advogado de João pediu que fosse reconhecido o tráfico privilegiado do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Com esse reconhecimento, a pena ficaria abaixo de 4 anos e seria possível a realização de acordo de não persecução penal.

Requeru, portanto, a redução da pena em 2/3 e a remessa do processo à origem para que lhe fosse oportunizado o acordo de não persecução penal.

***O STJ concordou com o pedido da defesa?***

SIM. O STJ não conheceu do *habeas corpus*, tendo em vista o não cabimento como substituto de recurso próprio, mas concedeu de ofício a ordem para reconhecer o tráfico privilegiado, determinando-se a remessa dos autos ao Juízo Criminal para a proceder a intimação do Ministério Público, a fim de possibilitar a proposta do ANPP.

Vamos entender com calma.

***O que é o acordo de não persecução penal?***

O acordo de não persecução penal é um ajuste pré-processual celebrado entre o órgão acusador e o autor do delito se atendidos os requisitos previstos, expressamente, no Código de Processo Penal:

- 1) confissão formal e circunstanciada;
- 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e
- 3) necessidade e suficiência para reaprovação e prevenção do crime.

Trata-se de instituto resultante de acordo de vontades entre o Ministério Público e o acusado com vistas a dar solução negociada a processos cuja origem sejam crimes de menor gravidade. Porém, não se trata de direito subjetivo do acusado, devendo existir, além da confluência dos requisitos exigidos pela lei, o interesse do órgão acusador em propor o acordo.

***É cabível ANPP em caso de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006)?***

Em regra, não. Isso porque a pena mínima do crime de tráfico de drogas é de 5 anos, nos termos do caput do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Contudo, se for reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33), aí sim caberá, em tese, o oferecimento de ANPP porque a pena mínima ficará abaixo de 4 anos.

***Se o Ministério Público denunciar o acusado por um crime cuja pena mínima é igual ou superior a 4 anos não será possível o ANPP. Imagine, contudo, que, supervenientemente, há alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito. O novo crime resultante desse reenquadramento ou desclassificação tem pena mínima inferior a 4 anos. Diante dessa alteração, será possível abrir vista ao MP para oferecer o ANPP?***

SIM. O STJ entende que, nos casos em que ocorre a alteração do enquadramento jurídico ou da desclassificação do delito, seja por meio de *emendatio libelli* ou de *mutatio libelli*, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais exigidos para esse instituto negocial:

Nos casos em que houver a modificação do quadro fático-jurídico, e, ainda, em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por *emendatio* ou *mutatio libelli* -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o Acordo de Não Persecução Penal, torna-se cabível o instituto negocial.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.016.905-SP, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 7/3/2023 (Info 772).

Aplica-se aqui, *mutatis mutandis*, raciocínio similar àquele constante da Súmula 337 do STJ (É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva).

Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei nº 9.099/95, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos.

**Voltando ao caso concreto:**

A situação em análise segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. O MP imputou ao réu a prática do tráfico do caput do art. 33 da LD, no entanto, o correto seria ter reconhecido, já antes da denúncia, que o agente era traficante privilegiado, merecendo o enquadramento no § 4º do art. 33, o que permitiria o oferecimento do ANPP.

Com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado.

É essencial garantir que o acusado possa usufruir do ANPP, independentemente das descrições exatas dos fatos na denúncia. Afinal, a finalidade desse instituto é oferecer uma alternativa para a resolução de casos penais, proporcionando uma solução negociada.

Diante desse cenário, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP.

**O que se entende por “overcharging”?**

Segundo Renato Brasileiro de Lima (Manual de processo penal..., Juspodivm, 2023, p. 1468):

“Há abuso quando o promotor ou o querelante classifica o fato descrito em um tipo rigoroso em vez de situá-lo em outro menos grave e mais apropriado. Cuida-se do de nominado **overcharging** [classificação excessiva], estratégia processual por meio da qual se busca agregar fatos, crimes e fundamentos claramente desvinculados do objeto do processo ou das provas dos autos para fins de obtenção de uma vantagem processual indevida”.

**Exemplo prático**

Exemplificando, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (Manual de processo penal..., Juspodivm, 2023, p. 1468):

“A título de exemplo, basta imaginar hipótese em que, por evidente excesso da acusação, veja-se o acusado denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas. Ora, supondo que o juiz visualize, desde logo, a possível desclassificação do delito de tráfico para porte de drogas para consumo pessoal, seja em virtude da natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, seja em virtude da conduta e antecedentes do agente (Lei nº 11.343/06, art. 28, § 2º), estaria o juiz obrigado a determinar o prosseguimento do feito com a classificação de tráfico de drogas pelo simples fato de não se admitir a realização da emendatio libelli por ocasião do juízo de admissibilidade da peça acusatória? A nosso ver, não se cuida de rejeição da peça acusatória, nem de aditamento pelo Ministério Público, mas sim de atuação jurisdicional objetivando assegurar ao acusado a garantia constitucional da liberdade provisória. Nesse caso, incumbe ao juiz receber a denúncia, o que, no entanto, não o impede de apreciar o excesso na capitulação para admitir a liberdade provisória, fazendo-o por meio de um juízo provisório e não de prejulgamento do mérito da acusação. Nesse caso, como a análise da classificação está inserida no caminho a ser percorrido pelo juiz para resolver tal questão, torna-se impossível impedi-lo de corrigir a adequação do fato feita pelo promotor, embora o faça de maneira incidental e provisória, apenas para decidir quanto ao cabimento da liberdade provisória. Não faria sentido manter o acusado preso ao longo de toda a instrução processual penal para, ao final, desclassificar a imputação para porte de drogas para consumo pessoal, e somente então poder colocar o acusado em liberdade”.

**Continuando o exemplo acima, é possível aplicar o chamado princípio da correção do excesso?**

Explica Renato Brasileiro de Lima (Manual de processo penal..., Juspodivm, 2023, p. 1468):

“Vige, nessa hipótese, o **princípio da correção do excesso**, segundo o qual o juiz pode corrigir eventuais excessos formulados pela acusação, quando estiverem desprovidos de justa causa. Portanto, como garantidor constitucional, e no exercício desse mister, pode o juiz conceder benefícios legais, relativamente ao *status libertatis* do acusado, se verificar a possibilidade de outra tipificação do fato descrito na inicial, porém com a cautela de não declarar expressamente o tipo penal que entende adequado, para não ensejar um prejuízo. Na mesma esteira, havendo, na peça acusatória, simples erro de direito na classificação da imputação de fato idoneamente formulada, também é possível que o juiz, sem antecipar formalmente a desclassificação, afaste de imediato as consequências processuais ou procedimentais oriundas do equívoco e prejudiciais ao acusado. Nessa hipótese de erro de direito na tipificação do fato contido na peça acusatória, também é possível, de logo, proceder-se à desclassificação, recebendo-se a exordial com a classificação adequada à imputação fática, caso da qualificação jurídica dependa a fixação da competência ou do procedimento a ser observado. Solução diversa, todavia, deve ser aplicada quando a imputação de fato não for idônea, seja porque divorciada dos elementos de informação disponíveis, seja porque a descrição contida na peça acusatória não corresponda à acertada tipificação do episódio real, segundo os elementos informativos recolhidos. É bem verdade que o órgão jurisdicional não pode substituir-se ao órgão do Ministério Público, titular da ação penal pública, para, a fim de retificar a classificação jurídica proposta, aditar à denúncia elementar ou circunstância nela não contida, mesmo que resultante dos elementos produzidos na fase investigatória, sob pena de violação ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal (art. 129, I). Isso, no entanto, não significa dizer que o juiz não possa rejeitar a peça acusatória por ausência de justa causa (CPP, art. 395, III), quando verificar que a denúncia veicula circunstância essencial desamparada por elementos mínimos de suspeita plausível da sua realidade, ou quando omitir circunstância do fato, igualmente essencial à sua qualificação jurídica, cuja realidade os elementos de informação evidenciem”.

**Em suma:**

**Reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, com patamares abstratos de pena dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, o acusado tem direito à possibilidade do acordo de não persecução penal, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado.**

STJ. 5ª Turma. HC 822.947-GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 27/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**FIANÇA**

**A taxa SELIC não é aplicável aos depósitos judiciais decorrentes de fiança em crimes de sonegação fiscal de competência da Justiça Federal, uma vez que possui caráter remuneratório e não se destina à correção monetária**

ODS 16

**A atualização dos depósitos judiciais é regida pelo art. 11 da Lei nº 9.289/96, devendo ser recolhidos na Caixa Econômica Federal ou em outro banco oficial. Os depósitos em dinheiro seguem as regras das cadernetas de poupança, incluindo a remuneração básica e o prazo (art. 11, § 1º).**

**A remuneração dos depósitos em caderneta de poupança é estabelecida com base na Taxa Referencial - TR, conforme estipulado pelo art. 12 da Lei nº 8.177/91 e pelo art. 7º da Lei nº 8.660/93.**

**Para os depósitos relacionados a processos originários da Justiça Comum Federal, a atualização monetária é realizada apenas pela Taxa Referencial (TR), sem a incidência de juros.**

**A taxa SELIC não é aplicável aos depósitos judiciais, uma vez que possui caráter remuneratório e não se destina à correção monetária.**

STJ. 5<sup>a</sup> Turma. AREsp 2.268.651/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação adaptada:***

Em 2006, a Polícia Federal deflagrou uma operação, que objetivava investigar um suposto esquema de sonegação fiscal praticado por empresários.

Foram expedidas ordens de prisão, busca e apreensão e bloqueio de bens contra diversos alvos, dentre eles João.

Executadas essas diligências, João prestou fiança no valor de R\$ 2 milhões.

O numerário permaneceu depositado na Caixa Econômica Federal.

João foi denunciado pela prática de sonegação fiscal.

Ao final, contudo, o réu foi absolvido.

Diante disso, em 2018, João requereu o levantamento do valor.

De posse do Alvará, ele se dirigiu até a Caixa Econômica Federal e descobriu que o valor bloqueado não estava mais disponível na conta judicial indicada.

A instituição financeira havia transferido o numerário da conta inicial (“operação 005”) para outra conta bancária (“operação 635”).

Na prática, o que ocorreu foi o seguinte: inicialmente, o numerário foi depositado em uma conta judicial comum (operação 005), sobre o qual incide a Taxa Referencial (TR) como remuneração dos depósitos em caderneta de poupança.

Depois de um tempo, a CEF transferiu os valores para uma conta de natureza diversa (operação 635), que se destina ao depósito de valores de natureza tributária. Nessa modalidade, todos os valores depositados ficam na conta única do Tesouro, sendo atualizado o saldo pela SELIC, que é muito superior à remuneração dos depósitos em caderneta de poupança.

Ao saber disso, João solicitou um novo Alvará, para resgate da integralidade do valor depositado, inclusive com os rendimentos atualizados pela SELIC.

O Juiz Federal não concordou com o pedido.

O magistrado destacou que o depósito não possui natureza tributária e, por essa razão, determinou à Caixa Econômica Federal que as contas fossem alteradas para a operação “005”, com atualização apenas pela TR.

O juiz autorizou a expedição de alvará para que João levantasse o seu crédito atualizado apenas pela TR e que o saldo resultante da diferença entre os índices TR e SELIC fosse devolvido à União.

João recorreu, mas o TRF3 manteve a decisão do magistrado.

Ainda inconformado, João interpôs recurso especial argumentando que a taxa SELIC seria aquela adequada para remuneração do depósito.

***O STJ deu provimento ao recurso de João?***

NÃO.

A controvérsia discute o índice utilizado para a atualização dos depósitos judiciais decorrentes de fiança em crimes de sonegação fiscal de competência da Justiça Federal.

Os depósitos judiciais decorrentes de fiança possuem natureza peculiar, voltados à garantia dos créditos tributários e previdenciários supostamente sonegados, sem se confundirem com eles.

A atualização dos depósitos judiciais é regida pelo art. 11 da Lei nº 9.289/96, que dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo graus):

Art. 11. Os depósitos de pedras e metais preciosos e de quantias em dinheiro e a amortização ou liquidação de dívida ativa serão recolhidos, sob responsabilidade da parte, diretamente na Caixa Econômica Federal, ou, na sua inexistência no local, em outro banco oficial, os quais manterão guias próprias para tal finalidade.

§ 1º Os depósitos efetuados em dinheiro observarão as mesmas regras das cadernetas de poupança, no que se refere à remuneração básica e ao prazo.

§ 2º O levantamento dos depósitos a que se refere este artigo dependerá de alvará ou de ofício do Juiz.

A remuneração dos depósitos em caderneta de poupança é estabelecida com base na Taxa Referencial - TR, estipulado pelo art. 12 da Lei nº 8.177/91 e pelo art. 7º da Lei nº 8.660/93. Já para os depósitos relacionados a processos originários da Justiça Comum Federal, a atualização monetária é realizada apenas pela TR, sem a incidência de juros, conforme entendimento pacificado no STJ. Por fim, diferentemente da TR, a taxa SELIC não se destina apenas à correção monetária, mas sim à remuneração do capital. Essa taxa incorpora não apenas a variação monetária, mas também os juros que são devidos aos investidores. Portanto, sua incidência sobre os depósitos judiciais representaria uma forma de remuneração indevida do capital depositado.

***Em suma:***

**A taxa SELIC não é aplicável aos depósitos judiciais decorrentes de fiança em crimes de sonegação fiscal de competência da Justiça Federal, uma vez que possui caráter remuneratório e não se destina à correção monetária.**

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.268.651/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**MEDIDAS CAUTELARES**

**É juridicamente plausível a complementação de medida cautelar de afastamento do cargo imposta a Desembargador com a determinação de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária até o julgamento final da ação penal a qual responde**

**Importante!!!**

ODS 16

**Caso adaptado: João, Desembargador do Tribunal de Justiça, foi denunciado, no STJ, pela prática de crime. O STJ decretou, como medida cautelar, o afastamento do cargo.**

**No curso do processo, João requereu a sua aposentadoria voluntária.**

**O STJ, a requerimento do MP, deferiu a complementação de medida cautelar de afastamento do cargo imposta ao Desembargador com a determinação de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária até o julgamento final da ação penal a qual responde.**

STJ. Corte Especial. APn 1.041/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação adaptada:***

João, Desembargador do Tribunal de Justiça, foi denunciado, no Superior Tribunal de Justiça, pela prática de crime contra a dignidade sexual de criança.

Vale lembrar que compete ao STJ julgar crimes cometidos por Desembargadores, nos termos do art. 105, I, “a”, da CF/88.

A Corte Especial do STJ decretou três medidas cautelares em desfavor do Desembargador denunciado:

- 1) afastamento do cargo;
- 2) proibição de ingressar nas dependências do Tribunal de Justiça e de ter contato com servidores; e
- 3) monitoração eletrônica (“tornozeleira eletrônica”).

No curso do processo, João requereu ao TJ a sua aposentadoria voluntária por tempo de serviço. O TJ comunicou esse fato ao STJ informando, ainda, que João preenchia todos os requisitos para a passagem para a inatividade.

Foi dada vista dos autos ao Ministério Público que se manifestou de forma contrária à concessão imediata da aposentadoria.

O Parquet pediu ao STJ a complementação de medida cautelar de afastamento do cargo imposta ao Desembargador com a determinação de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária até o julgamento final da ação penal a qual responde.

Em outras palavras, o MP disse o seguinte: o acusado foi afastado do cargo como medida cautelar; requer-se agora a complementação dessa medida cautelar; requer-se que ele também não possa ser aposentado enquanto não for julgado o processo criminal.

***O pedido do Ministério Público foi acolhido pelo STJ?***

SIM.

O afastamento cautelar do cargo está calcado na proteção da ordem pública, haja vista a gravidade dos fatos e a necessidade de evitar a prática de novas infrações penais. Além disso, a medida cautelar também é útil para se assegurar a aplicação da lei penal, isto é, para se garantir a efetividade de eventual decreto condenatório.

O fato imputado, em tese, ao Desembargador é indiscutivelmente grave, sobretudo porque lhe atribui o possível cometimento de violência sexual reiterada contra criança em tenra idade, a qual, se eventualmente confirmada, poderá evidenciar a prática de crimes com violação do dever funcional imposto a todos os magistrados, qual seja, o de manter conduta irrepreensível na vida pública e particular - ex vi do art. 35, VIII, da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN).

Dessa forma, é juridicamente plausível a suspensão do processo administrativo de aposentação do acusado, especialmente porque, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior:

Não se admite a cassação da aposentadoria como efeito penal da condenação com base no inciso I do art. 92 do Código Penal, por ausência de previsão expressa na norma penal.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.336.980/SC, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 11/11/2019.

Em outras palavras:

- se o acusado for condenado e ainda estiver na ativa: poderá ser condenado à perda do cargo;
- se já estiver aposentado: não poderá ser condenado à perda do cargo.

Logo, se for admitida a aposentadoria voluntária, um dos efeitos da condenação ficará inviabilizado.

Vale ressaltar que o STF já decidiu em sentido semelhante impedindo a concessão de aposentadoria voluntária a uma autoridade pública com foro especial por prerrogativa de função, investigada por suposta prática de crimes com violação de dever funcional, justamente por vislumbrar o risco de esvaziamento da medida cautelar de afastamento do cargo e a possibilidade de frustração da futura e eventual aplicação da lei penal. Confira:

(...) A medida de afastamento de cargo público decretada no curso de investigação penal não encontra fundamento apenas no objetivo de resguardar a ordem pública quanto ao risco do servidor afastado seguir se servindo do cargo para praticar atividades ilícitas, ancorando-se, também, no desiderato que é inerente e intrínseco a toda e qualquer medida cautelar prevista pelo legislador em caráter instrumental à persecução penal, qual seja, resguardar a efetividade dos efeitos concernentes à futura e eventual condenação do investigado ou réu. Nesse contexto, embora não se questione ser do Poder Executivo

Estadual a competência administrativa para conhecer de pedido de aposentadoria formulado pelo servidor afastado, impende reconhecer que o requerimento administrativo, caso deferido pela autoridade competente, esvaziará os efeitos futuros da medida cautelar em vigor, o que justifica a determinação jurisdicional de suspensão da pretensão de aposentação.

2. No presente caso, foi determinado o afastamento do ora recorrente do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. Então, sobreveio aos autos comunicação do Governador do Estado do Mato Grosso, noticiando que o investigado formulara pedido de aposentadoria voluntária do cargo. Nesse contexto, embora reconhecendo tratar-se da autoridade administrativa competente para conhecer do pedido formulado, requereu o Governador do Estado o pronunciamento prévio do STF quanto à compatibilidade da eventual concessão da aposentadoria com a decisão cautelar vigente. Por fim, acolhendo promoção da Procuradoria-Geral da República, determinou o Relator “a suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária do investigado (...) em relação ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso enquanto não houver a resolução definitiva dos atos persecutórios em face dele movidos em razão dos fatos que são objeto de investigação nos presentes autos (...”).

STF. 1ª Turma. Pet 7221 AgR-segundo, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 03/04/2018.

**Em suma:**

**É juridicamente plausível a complementação de medida cautelar de afastamento do cargo imposta a Desembargador com a determinação de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária até o julgamento final da ação penal a qual responde.**

STJ. Corte Especial. APn 1.041/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**DOD PLUS – EM CASO DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA, O STJ JÁ DECIDIU DE FORMA DIFERENTE**

**A superveniente aposentadoria da autoridade detentora do foro por prerrogativa de função cessa a competência do STJ para o processamento e julgamento do feito**

Caso concreto: um Desembargador do Tribunal de Justiça, estava sendo investigado em um inquérito policial supervisionado pelo STJ, nos termos do art. 105, I, “a”, da CF/88.

Durante o curso do inquérito, este Desembargador completou 75 anos e, portanto, foi aposentado compulsoriamente em razão do implemento da idade máxima.

A superveniente aposentadoria fez cessar a prerrogativa de foro que a autoridade gozava enquanto ocupava o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça.

Nesse cenário, a competência do STJ para o processo e julgamento do inquérito, prevista no art. 105, I, “a”, da CF/88, não mais subsiste, impondo o deslocamento do feito para a Justiça Estadual, em 1ª instância.

STJ. Corte Especial. Inq 1420/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 7/12/2022 (Info 762).

**PROVAS**

**O fato de o investigado também utilizar o celular de terceiro  
não dispensa a autorização judicial para quebra de sigilo deste**

ODS 16

**O ingresso no domicílio de uma pessoa investigada não autoriza a devassa indiscriminada do sigilo de dados telefônicos de terceiros não investigados. O sigilo dos dados é um direito constitucionalmente protegido, que depende de decisão judicial concretamente fundamentada para que possa ser mitigado.**

**O fato de o celular ser utilizado também pelo investigado e não exclusivamente não diminui a proteção à intimidade da sua esposa. Com efeito, identificada a utilização do telefone da esposa também pelo acusado, seria necessário determinar de forma específica a quebra do mencionado sigilo e não de forma abrangente.**

STJ. 5<sup>a</sup> Turma. AgRg no HC 792.531-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14/2/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação adaptada:***

O Ministério Pùblico deflagrou operação que tinha como objeto a apuração de supostos crimes que teriam sido praticados por uma organização criminosa, liderada por João.

O Parquet requereu medida de busca e apreensão na residência de João e de sua esposa Regina, bem como autorização judicial para examinar e extrair, *in loco*, o conteúdo dos aparelhos celulares de João e Regina.

No pedido, o Ministério Pùblico justificou que Regina, esposa de João, também deveria ser alvo da busca porque ela seria responsável por gerir o patrimônio obtido ilicitamente.

O Juiz de 1º grau deferiu parcialmente a medida, autorizando apenas em relação a João.

O magistrado indeferiu o pedido em relação à Regina porque entendeu que não havia indícios contra ela. Acontece que, durante a execução da medida, foi apreendido aparelho celular que estava em nome de Regina, porém era utilizado conjuntamente pelo casal.

Na análise do conteúdo desse aparelho, os peritos encontraram diversas mensagens que evidenciavam o uso compartilhado do celular por João e Regina. No aparelho foram encontradas provas de que um agente público (Ricardo) fazia parte da organização criminosa.

Concluídas as investigações, o Ministério Pùblico ofereceu denúncia contra João e diversas outras pessoas, dentre elas Ricardo.

A defesa de Ricardo alegou a nulidade das provas obtidas no aparelho celular de Regina. Isso porque a decisão judicial somente havia autorizada apreensão dos dispositivos pertencentes a João.

O Ministério Pùblico contra argumentou afirmando que a mera propriedade formal do aparelho por parte de Regina não geraria nulidade porque a sua posse real era compartilhada entre ela e o investigado João. Conclusão no sentido inverso significaria admitir que as investigações criminais ficassem obstadas por artifícios simples e de emprego corriqueiro no âmbito das organizações criminosas, como é o caso de atribuição da propriedade de bens e direitos de seus integrantes a “laranjas”. Aliás, é conhecido “modus operandi” dessa espécie de atividade criminosa a utilização de familiares e outras pessoas próximas para ocultar os seus rastros e garantir a impunidade de seus responsáveis.

***O que decidiu o STJ? Houve nulidade?***

SIM.

O ingresso no domicílio de uma pessoa investigada não autoriza a devassa indiscriminada do sigilo de dados telefônicos de terceiros não investigados. O sigilo dos dados é um direito constitucionalmente protegido, que depende de decisão judicial concretamente fundamentada para que possa ser mitigado.

O fato de o celular ser utilizado também pelo investigado e não exclusivamente não diminui a proteção à intimidade da sua esposa. Com efeito, identificada a utilização do telefone da esposa também pelo acusado, seria necessário determinar de forma específica a quebra do mencionado sigilo e não de forma abrangente.

Conforme a ampla jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o resultado da diligência não justifica a ausência de autorização judicial específica. Com efeito, “o fato de terem sido encontrados objetos ilícitos não convalida a abordagem policial” (STJ. 6<sup>a</sup> Turma. HC 728.920/GO, Rel. Min. Olindo Menezes - Desembargador convocado do TRF 1<sup>a</sup> Região, DJe 20/6/2022).

A decisão de busca e apreensão não pode ser interpretada como carta branca para que as autoridades tenham o poder de quebrar o sigilo de terceiros para, posteriormente, ser feito o juízo de pertinência e utilidade. Este juízo deve ser anterior, fundamentando a decisão que defere a quebra do sigilo.

**Em suma:**

**O fato de o investigado também utilizar o celular de terceiro não dispensa a autorização judicial para quebra de sigilo deste.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no HC 792.531-SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 14/2/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**DOD PLUS – JULGADO CORRELATO*****Busca e apreensão ordenada contra o marido da Senadora, mas cujo cumprimento ocorreu no imóvel funcional onde ambos residem: deve-se observar as regras de foro privativo***

Paulo Bernardo era investigado e o juiz de 1º grau determinou, contra ele, busca e apreensão. Ocorre que Paulo Bernardo residia com a sua esposa, a Senadora Gleisi Hoffmann, em um imóvel funcional cedido pelo Senado.

Desse modo, a busca e apreensão foi realizada neste imóvel funcional.

O STF entendeu que esta prova foi ilícita (art. 5º, LVI, da CF/88) e determinou a sua inutilização e o desentranhamento dos autos de todas as provas obtidas por meio da referida diligência.

O Supremo entendeu que a ordem judicial de busca e apreensão foi ampla e vaga, sem prévia individualização dos bens que seriam de titularidade da Senadora e daqueles que pertenciam ao seu marido.

Diante disso, o STF entendeu que o juiz, ao dar essa ordem genérica, acabou por também determinar medida de investigação contra a própria Senadora. Logo, como ela tinha foro por prerrogativa de função no STF (art. 102, I, "b", da CF/88), somente o Supremo poderia ter ordenado qualquer medida de investigação contra a parlamentar federal. Isso significa que o juiz de 1ª instância usurpou uma competência que era do STF.

Reconheceu, por conseguinte, a ilicitude da prova obtida (art. 5º, LVI, da CF/88) e de outras diretamente dela derivadas.

STF. 2ª Turma. Rcl 24473/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 26/6/2018 (Info 908).

**PROVAS**

**Se a vítima disse que o filler (dublê) do alinhamento exigido pelo art. 226, II, do CPP foi o autor do crime, mas não há nenhum outro elemento concreto em seu desfavor, esse reconhecimento não é suficiente, por si só, para uma condenação**

**Importante!!!**

ODS 16

**Caso adaptado: três indivíduos praticaram um roubo. Um dos suspeitos (Isaías) foi levado à Delegacia de Polícia para participar do procedimento de reconhecimento pessoal (art. 226 do CPP). Igor e Paulo, filhos de Isaías, foram até a Delegacia para prestar assistência ao pai.**

**O Delegado pediu que Igor e Paulo, filhos de Isaías, fossem dublês (fillers) que ficam ao lado do suspeito, na forma do inciso II do art. 226.**

**As vítimas confirmaram Isaías como sendo uma das pessoas que praticou o roubo. A surpresa veio pelo fato de que as vítimas disseram que Igor também participou do roubo.**

**Dante disso, Isaías e Igor foram condenados por roubo, sentença mantida pelo TJ.**

**O STJ, contudo, absolveu Igor.**

**O reconhecimento pessoal do filler - pessoa livre de qualquer suspeita de ter cometido o crime investigado -, que figurou como dublê para preencher o alinhamento exigido pelo art. 226, sem**

**nenhum elemento concreto de corroboração, não é suficiente, por si só, para lastrear a autoria delitiva.**

STJ. 6<sup>a</sup> Turma. HC 663.710/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**O que é o reconhecimento de pessoas e coisas?**

É um meio de prova, previsto nos arts. 226 a 288 do CPP.

Um indivíduo conhece ou viu determinada pessoa ou coisa que supostamente está relacionado com um crime que está sendo apurado.

Esse indivíduo é chamado pelos órgãos de persecução penal para dizer se a pessoa ou coisa que lhe será mostrada realmente é aquela que ele conhece ou que viu.

Ex: uma testemunha viu a pessoa que matou a vítima e depois fugiu. Tempos depois, a polícia prende um homem suspeito de ser o autor do crime. Esse suspeito será mostrado à testemunha para que ela diga se ele é, ou não, o indivíduo que viu no momento do crime.

**Formalidades**

O art. 226 do CPP descreve um procedimento para a realização do reconhecimento de pessoas e coisas:

1<sup>a</sup> etapa: o indivíduo que tiver de fazer o reconhecimento será convidado a descrever a pessoa que deva ser reconhecida. Ex: a pessoa tem aproximadamente 1,80m, pele branca, cabelo preto, uma cicatriz no rosto etc.

2<sup>a</sup> etapa: a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança. Essas pessoas que são colocadas ao lado do suspeito são chamadas de *filler*\*. Em seguida, pede-se para o indivíduo que fará o reconhecimento apontar qual é daquelas pessoas que estão lado a lado.

Algumas vezes, o fato de o indivíduo estar face a face com a pessoa a ser reconhecida pode gerar intimidação ou outra influência negativa que lhe impeça de dizer a verdade. Por isso, a lei permite que a pessoa a ser reconhecida não veja o indivíduo que fará o reconhecimento. Isso é feito, por exemplo, por meio de “vidros espelhados” nos quais somente um dos lados enxerga o outro. Obs: vale ressaltar essa cautela só pode ser feita na fase de investigação pré-processual. Na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento a pessoa a ser reconhecida terá direito de também ver o indivíduo que está lhe reconhecendo, sendo esse ato feito ainda na presença do juiz, do Ministério Público e da defesa.

3<sup>a</sup> etapa: será lavrado um auto pormenorizado narrando o que ocorreu no ato de reconhecimento. Esse auto deverá ser subscrito pela autoridade, pelo indivíduo que foi chamado para fazer o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Obs: no caso de reconhecimento de objeto também deverão ser observadas, no que couber, as cautelas previstas para o reconhecimento pessoal (art. 227).

Obs2: se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas (art. 228).

**\* O que é o filler?**

Em procedimentos de reconhecimento de pessoas, o termo “filler” refere-se a indivíduos que são incluídos em uma linha de identificação (ou “lineup”) e que não são suspeitos do crime em questão. Esses indivíduos “filler” são usados para garantir que o processo seja justo e para reduzir a probabilidade de identificações falsas.

A ideia é a seguinte: se uma vítima ou testemunha pode identificar o suspeito de um lineup que também inclui vários fillers (ou seja, pessoas que definitivamente não são o autor do crime), então há uma maior confiança de que o reconhecimento é válido. Se o lineup contivesse apenas o suspeito e nenhuma outra pessoa para comparar, a vítima ou testemunha poderia se sentir pressionada a fazer uma identificação, mesmo que não estivesse certa.

A seleção adequada de fillers é crucial para a eficácia e justiça do processo. Idealmente, os fillers devem ser semelhantes em aparência ao suspeito para que o lineup não seja tendencioso. Se o suspeito se destacar demais em relação aos fillers, isso poderia influenciar indevidamente a testemunha a escolher o suspeito.

**Como vimos acima, o art. 226 do CPP estabelece formalidades para o reconhecimento de pessoas (reconhecimento pessoal). O descumprimento dessas formalidades enseja a nulidade do reconhecimento?**

SIM. A partir do entendimento firmado no HC 598.886-SC, o STJ passou a entender que:

- 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;
- 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
- 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
- 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo.

STJ. 6ª Turma. HC 598.886-SC, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 27/10/2020 (Info 684).

***Imagine agora a seguinte situação adaptada:***

Três desconhecidos, um armado, entraram em uma residência e dali roubaram bens pertencentes aos moradores da casa, que foram feitos reféns.

Dias depois, as vítimas reconheceram, em álbum fotográfico de suspeitos, Isaías e Rodrigo como sendo dois dos assaltantes.

Diante disso, a polícia requereu a prisão temporária de ambos, mas apenas Isaías foi localizado e preso. Igor e Paulo, filhos de Isaías, foram até a Delegacia de Polícia prestar assistência ao seu pai que foi preso. Neste mesmo dia iria ocorrer, na Delegacia, o procedimento de reconhecimento pessoal, na forma do art. 226 do CPP.

O Delegado de Polícia pediu que Igor e Paulo, filhos de Isaías, fossem dublês que ficam ao lado do suspeito, na forma do inciso II do art. 226:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:  
(...)  
II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

Assim, foram colocadas três pessoas uma ao lado da outra: Isaías (o suspeito) e seus filhos Igor e Paulo (que estavam lá apenas para auxiliar o pai e não eram suspeitos).

Assim, Igor e Paulo figuraram como dublês (fillers) do procedimento de reconhecimento pessoal.

As vítimas confirmaram Isaías como sendo uma das pessoas que praticou o roubo. A surpresa veio agora: as vítimas disseram que Igor também participou do roubo.

Diante disso, Isaías e Igor foram denunciados e condenados por roubo, sentença mantida pelo Tribunal de Justiça.

A defesa de Igor impetrhou habeas corpus alegando que não havia indícios para a condenação.

**O STJ concordou com o pedido da defesa?**

SIM.

De início, chama a atenção uma especial peculiaridade nestes autos.

O réu (Igor) não era sequer suspeito do crime e foi à delegacia apenas para acompanhar seu pai (Isaías), que havia sido preso pelo roubo.

Para realizar o procedimento de reconhecimento pessoal do genitor, Igor concordou, junto com seu irmão Paulo, em figurar como dublê (*filler*) para preencher o alinhamento exigido pelo art. 226 do CPP.

Um *filler*, por definição, é uma “pessoa livre de qualquer suspeita de ter cometido o crime investigado, que é apresentada em conjunto com o suspeito em um alinhamento” (IDDD, Relatório “Prova sob suspeita”, p. 10, disponível em <http://www.iddd.org.br/wpcontent/uploads/2021/04/linhas-defensivas-iddd.pdf>).

Todavia, o ato, que era destinado apenas ao reconhecimento do suspeito (Isaías), acabou, por acaso, resultando também no reconhecimento do paciente (Igor), e foi apenas isso, sem nenhuma prova adicional, que levou à condenação dele.

Ou seja, o paciente não estava ali na condição de suspeito a ser reconhecido, mas, tão somente, de “figurante”. Admitir a condenação dele por esse reconhecimento, sem nenhum elemento de corroboração, implicaria, por consequência, aceitar o absurdo de que, toda vez que algum dublê – por exemplo, um estagiário do fórum ou da delegacia – for reconhecido por engano ao preencher o alinhamento de pessoas – acontecimento corriqueiro na praxe forense –, isso bastaria para a sua condenação. A par da pouca confiabilidade epistêmica de um reconhecimento, isoladamente considerado, para um juízo de condenação, evidencia-se ainda a total ilegalidade do ato, visto que colocado o suspeito, de meia idade, ao lado de seus filhos, muito mais jovens, sem outras pessoas e sem observar que o reconhecimento formal não pode ser feito com o alinhamento de mais de um suspeito por vez. Assim, caso se suspeitasse do envolvimento de todos eles no crime, deveria haver sido feito um alinhamento para cada um. De todo modo, ainda que, por hipótese, se considerasse formalmente válido o ato, não foi apontado nenhum outro elemento concreto que pudesse corroborar tal prova, a qual, por si só, não é suficiente para um decreto condenatório.

Em reforço a essas considerações, cabe salientar que foram aportados aos autos indícios plausíveis que atestariam a alegada inocência suscitada pela defesa, a saber:

- a) três testemunhas declararam que Igor trabalhava como entregador numa lanchonete e estava a serviço no momento do crime;
- b) o laudo de assistente técnico apresentado pela defesa afirmou que as características físicas do réu são incompatíveis com as dos três indivíduos que aparecem nas filmagens das câmeras de segurança;
- c) era pouco plausível que o réu, se tivesse efetivamente tomado parte no roubo, iria até a delegacia acompanhar seu pai, principal suspeito do crime, e ainda aceitar participar como dublê de reconhecimento perante os ofendidos;
- d) o coautor do roubo que se considerou ser o ora paciente estava, como visto na filmagem do local, com o rosto parcialmente coberto durante a ação delituosa.

Esses fatores, somados, fragilizam a única prova usada para condenar o paciente, e ainda suscitam razoáveis dúvidas quanto à sua alegada participação no delito, de sorte a atrair a incidência do princípio da presunção de inocência – e de um de seus consectários, a regra do *in dubio pro reo* – ante a carência de um standard probatório mínimo para a condenação.

A condenação de alguém, em um processo penal, não pode ser decorrente de mera convicção íntima do juiz, ou mesmo de uma convicção apoiada em prova que, confrontada por evidências contrárias, suscitem razoável dúvida quanto à narrativa acusatória, sob pena de inversão do ônus da prova, que, no âmbito criminal, recai todo sobre a acusação.

Na hipótese, houve clara violação à regra de que ninguém pode ser condenado com prova que não supere a dúvida razoável quanto à participação delitiva do acusado. É pertinente ressaltar, por oportuno, que não

se trata, no caso, de negar a validade integral do depoimento das vítimas; mas sim, de negar validade à condenação baseada em prova frágil e produzida de forma ilegal.

Também não se trata, aqui, de insinuar que as vítimas mentiram.

A epistemologia do testemunho\* nos alerta para o conceito de “erros honestos”. Para esse ramo da ciência, o oposto da ideia de “mentira” não é a “verdade”, mas sim a “sinceridade”. Quando se coloca em dúvida a confiabilidade do reconhecimento feito pela vítima, mesmo nas hipóteses em que ela diga ter “certeza absoluta” do que afirma, não se está a questionar a idoneidade moral daquela pessoa ou a imputar-lhe má-fé, vale dizer, não se insinua que ela esteja mentindo para incriminar um inocente. De forma alguma. O que se pondera, apenas, é que, não obstante a vítima esteja sendo sincera, isto é, afirmado aquele fato de boa-fé, a afirmação dela pode não corresponder à realidade por decorrer de um “erro honesto”, causado pelo fenômeno das falsas memórias.

\* Epistemologia do testemunho refere-se ao estudo filosófico sobre o conhecimento adquirido através do testemunho de outras pessoas. Em outras palavras, quando alguém nos diz algo e acreditamos ou aceitamos o que nos foi dito, estamos confiando no testemunho dessa pessoa. A epistemologia do testemunho busca entender as condições sob as quais é razoável ou justificado aceitar o testemunho de alguém como fonte de conhecimento.

Assim, trata-se de um erro honesto, e não de uma mentira, porque a vítima acredita plamente no que está dizendo; entretanto, muitas vezes – como demonstram as inúmeras estatísticas sobre condenações injustas baseadas em reconhecimentos equivocados – sua percepção diverge do que realmente aconteceu.

Vale relembrar que, em caso de dúvida relevante no processo penal, deve prevalecer a solução favorável ao réu (*favor rei*). Afinal, “a certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune” (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85).

Desse modo, o STJ entendeu que não era possível ratificar a condenação do acusado, visto que apoiada em prova desconforme ao modelo legal e não corroborada por elementos autônomos e independentes, suficientes, por si sós, para lastrear a autoria delitiva.

***Em suma:***

**O reconhecimento pessoal do filler - pessoa livre de qualquer suspeita de ter cometido o crime investigado -, que figurou como dublê para preencher o alinhamento exigido pelo art. 226, sem nenhum elemento concreto de corroboração, não é suficiente, por si só, para lastrear a autoria delitiva.**

STJ. 6ª Turma. HC 663.710/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

## AUDIÊNCIA

**MP não compareceu à audiência; juiz fez todas as perguntas para as testemunhas de acusação; defesa protestou durante o ato; sentença utilizou os depoimentos para condenar; neste caso, deverá ser reconhecida a nulidade da condenação**

**Importante!!!**

**Assunto já apreciado no Info 761-STJ**

ODS 16

**A ausência de membro do Ministério Público em audiência de instrução somado:  
(I) ao protagonismo exercido por magistrado ao inquirir testemunhas;**

**(II) à demonstração do efetivo prejuízo suportado pela ré, em desrespeito ao disposto no art. 212, parágrafo único, do CPP; e**

**(III) à ausência de preclusão em razão da arguição da matéria em momento oportuno...  
... enseja anulação do processo desde aquele ato de instrução.**

STJ. 6ª Turma. HC 708.007-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

#### **Art. 212 do CPP e Lei nº 11.690/2008**

O art. 212 do Código de Processo Penal dispõe sobre a forma de inquirição das testemunhas na audiência. Este dispositivo foi alterado no ano de 2008 e atualmente prevê:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.  
(Redação dada pela Lei nº 11.690/2008)

Com a reforma do CPP, operada pela Lei nº 11.690/2008, a participação do juiz na inquirição das testemunhas foi reduzida ao mínimo possível.

Desse modo, as perguntas agora são formuladas diretamente pelas partes (MP e defesa) às testemunhas (sistema de inquirição direta ou *cross examination*).

#### **Quem começa perguntando: quem arrolou**

Outra inovação trazida é pela Lei nº 11.690/2008: quem começa perguntando à testemunha é a parte que teve a iniciativa de arrolá-la.

Ex: na denúncia, o MP arrolou duas testemunhas (Carlos e Fernando). A defesa, na resposta escrita, também arrolou uma testemunha (André). No momento da audiência de instrução, inicia-se ouvindo as testemunhas arroladas pelo MP (Carlos e Fernando).

#### **Quem primeiro fará perguntas a essas testemunhas?**

O Ministério Público. Quando o MP acabar de perguntar, a defesa terá direito de formular seus questionamentos e, por fim, o juiz poderá complementar a inquirição, se houver pontos não esclarecidos.

#### **Depois de serem ouvidas todas as testemunhas de acusação, serão inquiridas as testemunhas de defesa (no exemplo dado, apenas André). Quem primeiro fará as perguntas a André?**

A defesa. Quando a defesa acabar de perguntar, o Ministério Público terá direito de formular questionamentos e, por fim, o juiz poderá complementar a inquirição, se houver pontos não esclarecidos.

#### **Como funciona na prática a inquirição?**

As perguntas são formuladas pelas partes diretamente à testemunha.

É o chamado sistema da inquirição direta.

O sistema de inquirição direta divide-se em:

- a) *direct examination* (quando a parte que arrolou a testemunha faz as perguntas) e
- b) *cross examination* (quando a parte contrária é quem formula as perguntas). Em provas, contudo, é comum vir a expressão *cross examination* como sinônima de inquirição direta.

Ex: o Juiz passa a palavra ao promotor: "Dr., o senhor pode formular as perguntas diretamente à testemunha arrolada pela acusação."

Daí, então, o Promotor inicia as perguntas, dirigindo-se diretamente à testemunha: "Você viu o réu matar a vítima? O réu segurava um revólver? Qual era a cor de sua camisa?"

**O que o juiz fará?**

Em regra, o juiz deverá apenas ficar calado, ouvindo e valorando, em seu íntimo, as perguntas e as respostas.

O juiz deverá, contudo, intervir e indeferir a pergunta formulada pela parte caso se verifique uma das seguintes situações:

- a) Quando a pergunta feita pela parte puder induzir a resposta da testemunha;
- b) Quando a pergunta não tiver relação com a causa;
- c) Quando a pergunta for a repetição de outra já respondida.

Se ocorrer alguma dessas três situações, o juiz deverá indeferir a pergunta antes que a testemunha responda.

**Como funciona na prática a ordem das perguntas?**

As partes formulam as perguntas à testemunha antes do juiz, que é o último a inquirir.

A ordem de perguntas é atualmente a seguinte:

- 1º) A parte que arrolou a testemunha faz as perguntas que entender necessárias;
- 2º) A parte contrária àquela que arrolou a testemunha faz outras perguntas;
- 3º) O juiz, ao final, poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Ex: Ivo foi arrolado como testemunha pela defesa. A defesa do réu começa perguntando. Quando acabar, o juiz passa a palavra ao MP, que irá formular as perguntas que entender necessárias. Por fim, o juiz poderá perguntar sobre algum ponto que não foi esclarecido.

Vimos que o juiz é, portanto, o último a perguntar, fazendo-o apenas para complementar pontos não esclarecidos.

**Imagine agora a seguinte situação hipotética:**

João foi denunciado pelo Ministério Público acusado da prática de um crime.

Foi designada audiência para oitiva das testemunhas e interrogatório do acusado.

Tanto a defesa como o Ministério Público foram intimados.

Ocorre que, no dia da audiência, o Promotor de Justiça, justificadamente, não compareceu no ato.

**Dianete disso, indaga-se: é possível que a audiência seja realizada sem a presença do Ministério Público?**

SIM. Isso porque o Ministério Público foi intimado. O que se exige é a intimação do Parquet. Se ele, mesmo intimado, não comparece, o ato processual pode ser realizado, não havendo que se falar em nulidade:

Não há vício a ser sanado quando, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer aos atos processuais.

Trata-se de nulidade relativa, devendo subsistir alegação oportuna e demonstração do prejuízo, inexistente no caso concreto.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp n. 1.566.596/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 27/6/2017.

O Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que da mera ausência do Ministério Público na audiência de oitiva de testemunhas não decorre a nulidade do ato, devendo a defesa oportunamente arguir a sua nulidade, com a devida comprovação do prejuízo imposto ao réu.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.493.227/RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/9/2016.

**Voltando ao caso hipotético:**

O Promotor de Justiça, apesar de devidamente intimado, não compareceu à audiência.

As testemunhas, o réu e seu advogado se fizeram presentes.

A juíza decidiu fazer a audiência sem o Ministério Público. Até aí, tudo bem. O problema foi que a própria magistrada fez todas as perguntas para as testemunhas de acusação. A defesa se insurgiu contra isso alegando que houve um desvirtuamento da regra do art. 212 do CPP. A despeito disso, a Juíza rejeitou o pedido da defesa e, ao final, condenou o réu. Na sentença, foram mencionados os depoimentos das testemunhas como sendo as provas para a condenação do réu. A defesa impetrou habeas corpus sustentando a nulidade.

**O pedido da defesa foi acolhido pelo STJ? Houve nulidade?**

SIM.

**Juiz assumiu o protagonismo ao inquirir sozinho as testemunhas arroladas pela acusação**

No caso, consta no termo de audiência que o membro do Ministério Público não esteve presente na audiência de instrução e, mesmo sob protestos da defesa, a Magistrada processante prosseguiu com o ato, inquirindo todas as testemunhas arroladas na denúncia.

É bem verdade que a legislação infraconstitucional confere poderes instrutórios ao Juiz. O art. 209, caput e § 1º, do Código de Processo Penal, por exemplo, preceitua que, quando necessário, o Juiz pode ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, facultando, ainda, a oitiva de testemunhas referidas:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.  
§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.  
(...)

No entanto, o exercício de tais poderes deve ocorrer de forma residual, a fim de não substituir os sujeitos processuais a quem primeiro recai o ônus probatório.

É, justamente, afinada com esse juízo de complementariedade da atuação do Magistrado quanto à produção probatória que a atual redação do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal preleciona que “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”.

Como se vê, a lei não exclui o julgador do procedimento de inquirição de testemunhas, porém lhe interdita a possibilidade de atuar como protagonista do ato, em completa substituição das partes.

**Defesa demonstrou o efetivo prejuízo**

A consolidada orientação jurisprudencial do STJ dispõe que:

Tanto nos casos de nulidade relativa quanto nos casos de nulidade absoluta, o reconhecimento de vício que enseje a anulação de ato processual exige a efetiva demonstração de prejuízo ao acusado.

STJ. 6ª Turma. AgRg no HC 711.657/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/3/2023.

No caso, a defesa, de fato, se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo sofrido, tendo em vista que o decreto condenatório foi lastreado justamente no depoimento das testemunhas ouvidas em audiência de instrução sem a presença do Parquet - inquirição que foi conduzida, de forma protagonista, pela Magistrada da causa, em substituição à atividade típica das partes.

**A matéria foi arguida em momento oportuno, não tendo havido preclusão**

Ademais, a matéria foi arguida oportunamente, isto é, a Defesa manifestou seu inconformismo durante a própria audiência e, ainda, renovou a questão em alegações finais e em preliminar de apelação, razão pela qual não há se falar em preclusão.

Portanto, considerando-se o desrespeito à forma legal e, concomitantemente, a demonstração do efetivo prejuízo suportado pela ré e a ausência de preclusão da matéria arguida oportunamente, de rigor a anulação do processo-crime desde a audiência de instrução, a fim de que seja refeito o ato, desta feita, com a observância das formalidades legais.

**Em suma:**

**A ausência de membro do Ministério Público em audiência de instrução somado (I) ao protagonismo exercido por magistrado ao inquirir testemunhas; (II) à demonstração do efetivo prejuízo suportado pela ré, em desrespeito ao disposto no art. 212, parágrafo único, do CPP; e (III) à ausência de preclusão em razão da arguição da matéria em momento oportuno, enseja anulação do processo desde aquele ato de instrução.**

STJ. 6ª Turma. HC 708.007-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 18/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**No mesmo sentido:**

A ausência do membro do Ministério Público na oitiva de testemunhas da acusação durante audiência de instrução não permite que o magistrado formule perguntas diretamente a estas, assumindo função precípua do *Parquet*.

STJ. 6ª Turma. REsp 1.846.407-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/12/2022 (Info 761).

A inquirição de testemunhas diretamente pelo magistrado que assume o protagonismo na audiência de instrução e julgamento viola o art. 212 do CPP.

Neste caso, o membro do MP estava na audiência, mas não fez perguntas, apenas o juiz.

STJ. 6ª Turma HC 735519-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 16/08/2022 (Info 745).

(...) 5. A redação do art. 212 é clara e não encerra uma opção ou recomendação. Trata-se de norma cogente, de aplicabilidade imediata, e portanto o seu descumprimento pelo magistrado acarreta nulidade à ação penal correlata quando demonstrado prejuízo ao acusado.

6. A demonstração de efetivo prejuízo no campo das nulidades processuais penais é sempre prospectiva e nunca presumida. É dizer, não cabe ao magistrado já antecipar e prever que a inobservância a norma processual cogente gerará ou não prejuízo à parte, pois desconhece quo ante a estratégia defensiva.

7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado.

(...) 9. Habeas corpus concedido de ofício a fim de reconhecer a nulidade da ação penal originária a partir da audiência de instrução e julgamento e, como consequência, restituir a liberdade ao acusado, a fim de que responda solto à instrução da ação penal que deverá ser renovada.

STF. 2ª Turma. HC 202557, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 03/08/2021.

**MULTA POR ABANDONO DA CAUSA (ART. 265 DO CPP)**

**Se o advogado dativo comunicou com antecedência ao juízo que estava renunciando o patrocínio e apresentou justo motivo, ele não deverá ser multado por abandono da causa, mesmo que o convênio firmado entre a Defensoria e a OAB exija sua presença até o final**

ODS 16

**Caso adaptado:** Lucas, advogado, aderiu ao convênio com a Defensoria Pública para atuar como advogado dativo. Nessa condição, foi designado para atuar na defesa do réu. Ocorre que algum tempo depois, Lucas foi contratado para atuar com exclusividade em um escritório de advocacia localizado em outro Estado. Diante disso, Lucas solicitou o desligamento do convênio. Ele também peticionou nos autos informando a situação e pedindo a renúncia do mandato. O juiz, contudo, indeferiu o pedido de renúncia sob o argumento de que existe cláusula no convênio que determina que o advogado continue no patrocínio da causa até o

**trânsito em julgado. Diante disso, o juízo aplicou multa ao advogado de 10 salários mínimos por abandono de causa, nos termos do art. 265 do CPP.**

**O STJ não concordou com a multa.**

**Os termos do convênio firmado entre Defensoria e Ordem dos Advogados não repercutem na responsabilidade processual do advogado, que se satisfaz com a comunicação tempestiva da renúncia ao múnus público, fundamentada em justo motivo.**

STJ. 6<sup>a</sup> Turma. RMS 69.837-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

Lucas realizou convênio com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo para atuar como advogado dativo.

Nessa condição, foi designado, em 20/10/2021, para atuar na defesa dos réus João e Marcos.

Após a apresentação da defesa prévia, foi designada audiência virtual para o dia 20/04/2022.

Ocorre que, em 20/03/2022, Lucas foi contratado para atuar com exclusividade em um escritório de advocacia na cidade do Rio de Janeiro/RJ.

Diante disso, Lucas, em 05/04/2022, solicitou o desligamento do convênio por motivo de mudança de Comarca/Foro, o que foi deferido pela Defensoria.

Em 09/04/2022, o advogado peticionou nos autos informando o cancelamento do convênio, bem como a renúncia do mandato. Narrou que firmou contrato de trabalho no qual se exige exclusividade, impedindo, portanto, a atuação autônoma em outros processos.

O juiz, contudo, indeferiu o pedido de renúncia sob o argumento de que existe cláusula no convênio que determina que o advogado continue no patrocínio da causa até o trânsito em julgado:

**CLÁUSULA DÉCIMA:** O pedido de cancelamento da inscrição do advogado ou da Sociedade Individual deverá ser realizado em campo específico após acesso ao portal do advogado mediante utilização de login e senha.

**§1º -** O cancelamento da inscrição implicará a interrupção de indicações a partir do recebimento da comunicação pela DEFENSORIA.

**§2º -** Salvo impedimento legal, incompatibilidade ou renúncia deferida pela DEFENSORIA, o advogado deverá continuar, até o trânsito em julgado, no patrocínio das ações para as quais tenha sido indicado na forma deste convênio.

O magistrado considerou que a mudança de local de atuação seria fato absolutamente irrelevante para o feito, cujo trâmite é digital.

A Defensoria, por sua vez, embora tenha permitido o cancelamento da inscrição, não admitiu a renúncia nos autos.

Na data de audiência virtual designada, mesmo ciente do indeferimento, o advogado não compareceu.

Em razão disso, juízo aplicou multa ao advogado de 10 salários mínimos por abandono de causa, nos termos do art. 265 do CPP:

**Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.**

Irresignado, o advogado impetrou mandado de segurança alegando que apresentou em tempo hábil, o seu pedido de renúncia ao mandato, bem como o comprovante de cancelamento do convênio com a Defensoria Pública.

O TJ/SP denegou o pedido do advogado que interpôs recurso ordinário.

**O STJ manteve a multa aplicada ao advogado?**

NÃO.

O advogado atuou com a devida cautela, comunicando a renúncia com antecedência. Esse pedido de renúncia foi indeferido com fundamento em cláusula do acordo firmado entre a OAB/SP e a Defensoria Pública.

Ocorre que os termos do convênio firmado entre Defensoria e Ordem dos Advogados não repercutem na responsabilidade processual do advogado. O advogado cumpriu sua obrigação ao fazer a comunicação tempestiva da renúncia ao múnus público. Assim, a obrigação de permanecer funcionando nos processos até o trânsito em julgado encontra limite legal no justo motivo (art. 34, XII, da Lei nº 8.906/94):

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

(...)

XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;

O fato de o contrato de trabalho posteriormente firmado exigir exclusividade na atuação constitui justo motivo para a renúncia, ainda mais quando há convênio firmado entre OAB e Defensoria Pública e, provavelmente, outros profissionais disponíveis para assumir a defesa. Seria diferente numa comarca sem Defensoria Pública instalada, sem convênio vigente, na qual a renúncia acarretasse prejuízo irreversível para a defesa técnica.

O eventual descumprimento das cláusulas do convênio enseja as consequências previstas no instrumento (ex: multa contratual), que se aplicam entre as suas partes. Para fins processuais, o advogado fez o que lhe competia, ou seja, comunicar tempestivamente a renúncia e demonstrar o justo motivo.

Por fim, tratando-se de defensor dativo, nomeado pelo Juízo, é desnecessária a exigência de comunicação prévia aos representados (art. 112 do CPC), haja vista a ausência de instrumento de procura. O defensor dativo assume o múnus público por meio de nomeação do órgão judicial, sendo a comunicação prévia decorrência do contrato firmado, o que não se aplica ao caso.

**Em suma:**

**Os termos do convênio firmado entre Defensoria e Ordem dos Advogados não repercutem na responsabilidade processual do advogado, que se satisfaz com a comunicação tempestiva da renúncia ao múnus público, fundamentada em justo motivo.**

STJ. 6ª Turma. RMS 69.837-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 6/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**DOD PLUS – INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES**

**O art. 265 do CPP é compatível com o contraditório e a ampla defesa assegurados constitucionalmente?**

SIM.

O STJ firmou entendimento pela constitucionalidade do art. 265 do CPP, cuja aplicação não acarreta ofensa ao contraditório e à ampla defesa, mas representa, isto sim, estrita observância do regramento legal.

O não comparecimento de advogado a audiência sem apresentar prévia ou posterior justificativa plausível para sua ausência, pode ser qualificado como abandono de causa que autoriza a imposição da multa prevista no art. 265 do CPP.

STJ. 5ª Turma. AgInt no RMS 58.366/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 19/03/2019.

É constitucional a multa imposta ao defensor por abandono do processo, prevista no art. 265 do CPP.

A previsão da multa afigura-se compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A multa não se mostra inadequada nem desnecessária. Ao contrário, mostra-se razoável como meio prévio para evitar o comportamento prejudicial à administração da justiça e ao direito de defesa do réu, tendo

em vista a imprescindibilidade da atuação do profissional da advocacia para o regular andamento do processo penal.

A multa do art. 265 do CPP não ofende o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal ou a presunção de não culpabilidade. Não há necessidade de instauração de processo autônomo e de manifestação prévia do defensor, no entanto, é possível que ele, posteriormente, se justifique por meio de pedido de reconsideração. Outra alternativa é a impetração de mandado de segurança.

STF. Plenário. ADI 4398, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgado em 05/08/2020 (Info 993).

### TRIBUNAL DO JÚRI

#### **A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não pode ser manejada pelo advogado como salvo conduto para a prática de ilícitos**

ODS 5 E 16

**Imunidade não é sinônimo de privilégio. O fim teleológico de toda imunidade penal é a salvaguarda da própria função desempenhada pelo agente, que, por ser dotada de relevante interesse social - no caso da advocacia, é a própria Constituição da República que a prevê como indispensável à administração da Justiça - merece proteção diferenciada, a fim de se evitar embaraços indevidos ao seu pleno exercício.**

No entanto, não se pode presumir que a mesma Constituição que prevê um alargado catálogo de direitos fundamentais confira plenos poderes para que pessoas com determinados munus possam descumpri-los em contexto totalmente divorciado da finalidade da norma que prevê a garantia da imunidade. Desse modo, não parece adequado admitir que, mesmo no exercício de suas funções, possa um membro da advocacia proferir discursos de ódio ou ofensas sem nenhuma relação com o caso tratado.

**Embora no Tribunal do Júri seja assegurada a plenitude de defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal), a referida garantia não pode ser distorcida pelo advogado como se fosse salvo conduto para a prática de delitos.**

STJ. 6ª Turma. RHC 156.955-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 2/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

#### ***Imagine a seguinte situação adaptada:***

Dois policiais militares foram submetidos a julgamento no Tribunal do Júri, acusados da prática de homicídio consumado contra duas vítimas.

Durante os debates, Carlos, na qualidade de advogado dos policiais, proferiu as seguintes palavras (transcrição literal da denúncia do MP/SP):

“Comenta sobre a hipocrisia da Justiça brasileira e que o Presidente mudará a situação do país. Acrescenta que tudo tem que ser respeitado, que não tem nada contra opções sexuais das pessoas, mas a família é primordial e precisa ser preservada. Precisa haver limites... Se dirige à Promotora Dra. ‘Fernanda’ dizendo que não sabe da sua situação, se é casada, que vê uma aliança na mão esquerda, que não sabe se tem filhos ou não...”.

“O pessoal fala muito da Rússia... eu só fã do Putin. Sô fã do Putin... lá não tem boi não. Lá não tem passeata gay Rússia não. E os comunistas adoram... né... os comunistas... a-do-ram... Vai sê gay lá na Rússia pá vê o que acontece... o Putin. Eu acho que a... a... a... a democracia da Rússia... é a democracia que eu gosto...”.

“Nós precisamo de amor à pá-tria. Amá o Brasil... fazê com que a família cresça novamente... papai...mamãe... filho usando azul... filha usando cor-de-rosa... depois se o filho quisé muda pra cor-de-rosa o problema é dele... se a mulher quisé muda depois pá azul o problema é dela... mas não influencia a criança... é isso que eu só contra. Eu acho que todo mundo tem a opção de sê o

que bem entende ... na vida... e nós temos que respeitá... mas uma criança você não pode influenciá... Papai... mamãe... uma família... uma família... tradicional. Hoje parece que é pecado você ter uma família tradicional.”

“Não só contra segmento LGBT em hipótese alguma... não só contra gay... não só contra homossexual... não só contra nada... cada um... é o que quer da sua vida... cada um respeitando seu espaço”.

“De repente eu vejo aí uma comunidade... que faz um filme dizendo que Jesus é homossexual. Hipócritas. Querem ofendê-lo.... e depois acham ruim quando proíbem as suas manifestações ... manifestações LGBTs na Paulista onde mulheres enfiaram o crucifixo na vagina pode. Não pode... mas pra essa comunidade pode...porque não respeitam a nós outros que respeitamos. Eles querem respeito mas não nos dão os respeitos porque não... não... não... respeitam a nossa crença. Enfiá crucifixo na vagina... em plena Avenida Paulista... ou no ânus como fizeram. Você não ganha respeito... Não sou contra... quem quer que seja... mas me respeitem que eu te respeito. A coisa é recíproca. Quando não há reciprocidade ninguém ganha... e vira uma contenda... e vira uma contenda... e esse pessoal ligado a esses movimentos... são totalmente contra policiais... totalmente contra... passando a mão na cabeça de bandido... achando que bandido é bonzinho...me desculpem.. me desculpem... dizer aqui que... tráfico é profissão? Pra mim foi um basta”.

“Eu digo assim... as vezes brincando com os colegas... pessoal... vô virá homossexual... depois de véio... 65 anos... pessoal brinca comigo... fala... não ... não .. o importante é o prazer. O importante é o prazer da pessoa. Não só contra... nunca foi contra isso...”

“Aí vai a mulherada lá na Av. Paulista enfiá crucifixo com a imagem de Jesus na vagina? Isso é normal? Vão lá os gay enfiá... o crucifixo no ânus... isso é normal? Eu tenho que achar isso normal? Será que ser hétero hoje é pecado? Hoje parece que ser hétero é pecado. Não tem pecado... seja hétero... seja homossexual... é tudo normal na minha opinião... só não se pode forçá a criança... como eu falei.. papai e mamãe... criança homem azul... mulher cor-de-rosa... depois se quiserem mudar as cores... quando crescerem... que mudem... vamos respeitá-los. Uma vez colocaram pra mim... se o seu filho disser pra você que ele é homossexual? ... ah eu digo... meu filho... fica em casa (trecho ininteligível)... mas mantém a sua conduta...manter a sua postura... minha filha a mesma coisa (trecho ininteligível)... pode não ter problema nenhum...mantém a postura... mantém a conduta... só isso”.

Além disso, de acordo com a denúncia, Carlos ofendeu a dignidade e o decoro da Promotora de Justiça que atuava perante o Tribunal do Júri, cuja orientação sexual é pública e notória, por todos conhecida. Fez a menção à aliança que a vítima utilizava em um dos dedos, comentando que acreditava que a família deveria ser preservada, com intuito claro de ofender diretamente a Promotora de Justiça, a qual faz parte da comunidade vulnerável acima descrita.

Carlos foi denunciado pelo Ministério Público como inciso no art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89 e no art. 140, § 3º, do Código Penal, em concurso material de crimes:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Art. 140 (...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a religião ou à condição de pessoa idosa ou com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A denúncia foi recebida.

A defesa de Carlos impetrou habeas corpus. Sustentou, dentre outras teses, a atipicidade da injúria imputada, considerando que o paciente teria proferido a injúria quando exercia a sua função no Plenário do Júri e que, como advogado, tinha imunidade profissional, não constituindo injúria ou difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, conforme o art. 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, vigente à época dos fatos:

Art. 7º (...)

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. (Revogado pela Lei nº 14.365, de 2022)

Requeru a concessão de liminar para que fosse suspensa a ação penal e, ao final, pleiteou pela concessão da ordem para que fosse determinado o trancamento da ação penal.

A ordem foi denegada pelo TJ/SP.

A defesa interpôs recurso ordinário.

***O STJ concordou com os argumentos da defesa? Foi dado provimento ao recurso?***

NÃO.

Cinge-se a controvérsia a aferir se a conduta capitulada, pelo Ministério Público, como injúria preconceituosa estaria abarcada pela imunidade prevista no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, vigente à época dos fatos.

Imunidade não é sinônimo de privilégio. O fim teleológico de toda imunidade penal é a salvaguarda da própria função desempenhada pelo agente, que, por ser dotada de relevante interesse social - no caso da advocacia, é a própria Constituição da República que a prevê como indispensável à administração da Justiça - merece proteção diferenciada, a fim de se evitar embaraços indevidos ao seu pleno exercício.

No entanto, não se pode presumir que a mesma Constituição que prevê um alargado catálogo de direitos fundamentais confira plenos poderes para que pessoas com determinados munus possam descumpri-los em contexto totalmente divorciado da finalidade da norma que prevê a garantia da imunidade. Desse modo, não parece adequado admitir que, mesmo no exercício de suas funções, possa um membro da advocacia proferir discursos de ódio ou ofensas sem nenhuma relação com o caso tratado.

Ofensas eventualmente proferidas por advogados não serão tipificadas como injúria ou difamação, desde que relacionadas com a função por estes desempenhadas. Exige-se, portanto, pertinência entre as palavras injuriosas e a atividade do profissional. Conclusão diversa implicaria autorização indiscriminada para que o integrante dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil pudesse ofender a honra de qualquer pessoa, sem punição alguma, ainda que as palavras ofensivas em nada se relacionem com a causa de atuação do causídico.

Ademais, embora no Tribunal do Júri seja assegurada a plenitude de defesa (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Constituição Federal), a referida garantia não pode ser distorcida pelo advogado como se fosse salvo conduto para a prática de delitos. Essa foi a compreensão exteriorizada pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático julgamento em que se vedou a utilização da cruel expressão "legítima defesa da honra", sendo ressaltado, expressamente, no respectivo acórdão, que a plenitude de defesa, própria do Tribunal do Júri, não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas (STF. Plenário. ADPF 779 MC-Ref, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/3/2021).

***Em suma:***

**A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não pode ser manejada pelo advogado como salvo conduto para a prática de ilícitos.**

STJ. 6ª Turma. RHC 156.955-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 2/5/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

### TRIBUNAL DO JÚRI

**Não é possível, no julgamento de revisão criminal, a Corte local, absolver o condenado no júri utilizando tão somente a reavaliação subjetiva da prova dos autos (dizendo que as provas eram frágeis e insuficientes para sustentar a condenação)**

ODS 16

**Entendendo os jurados pela existência de prova satisfatória para a condenação e não estando essa conclusão manifestamente contrária às provas dos autos, não se mostra possível a cassação do veredito popular na ocasião do julgamento do recurso de apelação, muito menos em uma ação revisional.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.004.958/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 26/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

João foi denunciado por tentativa de homicídio qualificado tentado e por resistência.

O réu foi pronunciado e submetido a julgamento pelo Plenário do Tribunal do Júri, tendo sido condenado pelos jurados.

João interpôs recurso de apelação, mas a sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça.

Após o trânsito em julgado, o sentenciado ingressou com revisão criminal, requerendo a sua absolvição. A ação revisional foi julgada procedente e o réu foi absolvido com base na reavaliação subjetiva das provas dos autos, tendo em vista que o Tribunal as considerou frágeis e insuficientes para sustentar a condenação.

O Ministério Público recorreu.

***É possível a cassação do veredito popular condenatório que não esteja manifestamente contrário à prova dos autos por meio da revisão criminal?***

NÃO.

***Revisão criminal é...***

- uma ação autônoma de impugnação
- de competência originária dos Tribunais (ou da Turma Recursal, no caso dos Juizados)
- por meio da qual a pessoa condenada requer ao Tribunal
- que reveja a decisão que a condenou (e que já transitou em julgado)
- sob o argumento de que ocorreu erro judiciário.

Confira as hipóteses previstas no CPP:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

***Cassação de decisão condenatória do plenário do Júri***

A condenação proferida pelo Tribunal do Júri só pode ser revertida se estiver claramente em desacordo com as provas dos autos, respeitando o princípio da soberania dos veredictos. Assim, a insuficiência ou

fragilidade das provas não se enquadra em nenhuma das hipóteses legais para o cabimento da revisão criminal, conforme previsto nos incisos do art. 621 do CPP.

A jurisprudência do STJ é clara ao estabelecer que a revisão criminal, com base no art. 621, inciso I, do CPP, é restrita aos casos de condenação sem provas suficientes, não se tratando de mera fragilidade probatória (STJ. 6ª Turma. AgRg nos EDcl no REsp 1.940.215/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16/11/2021).

***Revisão criminal não pode ser utilizada como um novo recurso de apelação***

A revisão criminal não é cabível quando usada como uma nova apelação, buscando apenas reexaminar os fatos e provas, sem contrariedade à lei penal ou evidências nos autos (STJ. 6ª Turma. HC 206.847/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 25/2/2016).

No caso exposto acima, não havia novas provas que comprovassem a inocência do acusado, tampouco evidências claras de que a decisão contrariava os autos, o que exigiria uma condenação sem lastro probatório algum. Portanto, o STJ negou provimento ao recurso e a condenação foi mantida.

***Em suma:***

**Entendendo os jurados pela existência de prova satisfatória para a condenação e não estando essa conclusão manifestamente contrária às provas dos autos, não se mostra possível a cassação do veredito popular na ocasião do julgamento do recurso de apelação, muito menos em uma ação revisional.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.004.958/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 26/6/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

## RECURSOS

**O princípio da fungibilidade no processo penal pode ser aplicado quando ausente a má-fé e presente o preenchimento dos pressupostos do recurso cabível**

**Importante!!!**

ODS 16

**Em atenção à análise histórica e da conjuntura atual do ordenamento vigente, o princípio da fungibilidade no processo penal deve ser aplicado quando ausente a má-fé e presente o preenchimento dos pressupostos do recurso cabível.**

**No caso, houve erro grosseiro do MP na interposição de recurso em sentido estrito contra sentença de improúnica considerando que era cabível apelação, tendo sido inobservado o art. 416 do CPP.**

**Contudo, não houve má-fé, eis que não preenchidas as hipóteses do art. 80 do CPC, bem como não há qualquer inadequação para processamento pelo rito do recurso cabível, pois interposto no prazo recursal dele (tempestividade), com fundamentação e pleito que visavam a reforma da decisão recorrida, assim como se um apelo fosse.**

**Depreende-se do art. 579 do CPP que, inexistente a má-fé, o recurso interposto pela parte será processado de acordo com o rito do recurso cabível.**

STJ. 3ª Seção. EDcl no AgRg nos EAREsp 1.240.307-MT, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 8/2/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

***Imagine a seguinte situação hipotética:***

O Ministério Público ofereceu denúncia contra João pela prática de homicídio.

No final da 1ª fase do procedimento do júri (sumário da culpa), o juiz proferiu sentença de improúnica. Confira o que diz o CPP sobre a improúnica:

Art. 414. Não se convencendo da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, o juiz, fundamentadamente, impronunciará o acusado.

Contra essa sentença, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito (RESE).

***Agiu corretamente o MP?***

NÃO. Isso porque o recurso cabível era APELAÇÃO, conforme prevê expressamente o art. 416 do CPP:

Art. 416. Contra a sentença de improonúncia ou de absolvição sumária caberá apelação.

Diante disso, o TJ não conheceu do recurso em sentido estrito, tendo em vista que o recurso para impugnar a decisão de improonúncia do réu é a apelação criminal.

Os Desembargadores entenderam que houve erro grosseiro por parte do MP, diante da norma expressa do art. 416 do CPP, o que impediria a aplicação do princípio da fungibilidade.

***Inconformado, o MP interpôs recurso especial. Para o STJ, é possível conhecer do RESE como se fosse apelação, aplicando, no caso, o princípio da fungibilidade?***

SIM.

***Princípio da fungibilidade***

O princípio da fungibilidade recursal também é chamado de “teoria do recurso indiferente”, “teoria do tanto vale”, “princípio da permutabilidade dos recursos” ou “princípio da conversibilidade dos recursos”. Esse princípio tem previsão expressa no art. 579 do CPP:

Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.

Parágrafo único. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

A teor do art. 579 do CPP, a jurisprudência do STJ admite a fungibilidade recursal, desde que observado o prazo do recurso que se pretende reconhecer e que não fique configurada a má-fé.

Nesse sentido:

A jurisprudência desta Corte assinala que é possível a aplicação da fungibilidade recursal, desde que demonstradas a ausência de má-fé e a tempestividade do instrumento processual.

STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 1.541.008/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 12/11/2020.

***No caso, houve erro grosseiro por parte do MP?***

SIM. Houve erro grosseiro do MP na interposição de recurso em sentido estrito quando cabível apelação. Isso porque foi inobservado o que está expressamente contido no art. 416 do CPP.

***Não houve má-fé***

Apesar de ter havido, erro grosseiro, não houve má-fé.

Má-fé não é sinônimo de erro grosseiro.

O conceito de má-fé é vago e, como não há uma definição no CPP, a melhor solução para é buscar a sua definição utilizando-se do CPC, conforme autoriza o art. 3º do CPP:

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

O erro grosso somente implicará em litigância de má-fé se utilizado para justificar a incidência das hipóteses do art. 80 do CPC/2015:

- Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontrovertido;
  - II - alterar a verdade dos fatos;
  - III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
  - IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
  - V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
  - VI - provocar incidente manifestamente infundado;
  - VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

No caso concreto, não há má-fé considerando que não está presente nenhuma das hipóteses do art. 80 do CPC.

***Interpretação histórica do art. 579 do CPP***

Repare que o art. 579 do CPP, ao tratar do princípio da fungibilidade, não fala em erro grosso, mas apenas em má-fé:

Art. 579. Salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro.  
(...)

Essa omissão não pode ser tida como mero esquecimento, sendo algo proposital. Como se chega a essa conclusão?

Porque no CPC/1939, o princípio da fungibilidade não podia ser aplicado se houvesse má-fé ou erro grosso. Era o art. 810 do CPC/1939:

Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosso, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou turma, a que competir o julgamento.

Veja, portanto, que o CPC/1939 demonstrou claramente que má-fé e erro grosso são conceitos diferentes.

O CPP (Decreto-Lei n. 3.689/1941), editado aproximadamente dois anos após o CPC/1939, já ciente de que má-fé e erro grosso são conceitos diferentes, decidiu que, no processo penal, o princípio da fungibilidade somente poderia ser afastado se houvesse má-fé. Houve uma omissão eloquente do erro grosso.

Por essa razão, diz-se que a omissão da ressalva no tocante ao erro grosso não pode ser tida como mero esquecimento do CPP, mas como proposital, eis que as duas legislações (CPC/1939 e CPP/1941) foram editadas no mesmo contexto histórico.

***Em suma:***

**O princípio da fungibilidade no processo penal pode ser aplicado quando ausente a má-fé e presente o preenchimento dos pressupostos do recurso cabível.**

STJ. 3<sup>a</sup> Seção. EDcl no AgRg nos EAREsp 1.240.307-MT, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 8/2/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**DOD PLUS – APROFUNDANDO**

**A ausência de erro grosso é requisito para a aplicação do princípio da fungibilidade no processo penal?**  
Há divergência no STJ:

**1<sup>a</sup> corrente: NÃO.** É a posição acima explicada:

Em atenção à análise histórica e da conjuntura atual do ordenamento vigente, o princípio da fungibilidade no processo penal deve ser aplicado quando ausente a má-fé e presente o preenchimento dos pressupostos do recurso cabível.

Má-fé não é sinônimo de erro grosseiro.

STJ. 3<sup>a</sup> Seção. EDcl no AgRg nos EAREsp 1.240.307-MT, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 8/2/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

O princípio da fungibilidade está previsto nos termos do art. 579, caput e parágrafo único, do CPP, “salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível”.

A existência de erro grosseiro, por si só, não é fator impeditivo para a aplicação do princípio da fungibilidade. O erro grosseiro obsta a aplicação do referido princípio caso sinalize má-fé ou inviabilize o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso cabível, o que não ocorreu na hipótese.

STJ. 5<sup>a</sup> Turma. AgRg no AREsp 2.108.099/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22/8/2023.

**2<sup>a</sup> corrente: SIM.** Existem julgados do STJ que exigem a ausência de erro grosseiro para a aplicação do princípio da fungibilidade:

O recurso cabível para impugnar decisão ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619, do CPP, são os embargos de declaração. A interposição de agravo regimental com o intuito de alegar supostas omissões do decisum agravado revela erro grosseiro, o que inviabiliza, inclusive, a aplicação do princípio da fungibilidade.

STJ. 5<sup>a</sup> Turma. AgRg no REsp 2.087.185/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/8/2023.

Nos termos do § 2º do art. 1.030 do CPC, combinado com os arts. 39 da Lei n. 8.038/1990 e 798 do Código de Processo Penal, contra a decisão que nega seguimento a recurso extraordinário em processo penal só é cabível o agravo regimental, no prazo de 5 dias corridos.

A interposição de agravo em recurso extraordinário em tais casos configura erro grosseiro, resultando no não conhecimento do recurso e impedindo a aplicação do princípio da fungibilidade, nos termos da jurisprudência pacífica.

STJ. Corte Especial. AgRg nos EDcl no ARE nos EDcl no RE no AREsp 1.378.944/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 27/6/2023.

**DOD PLUS – PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO PROCESSO CIVIL**

O princípio da fungibilidade não está previsto de forma específica nem genérica no CPC. Apesar disso, a doutrina admite a sua existência. Nesse sentido:

Enunciado 104-FPPC: O princípio da fungibilidade recursal é compatível com o CPC e alcança todos os recursos, sendo aplicável de ofício.

Alguns autores afirmam que o CPC/2015 previu o princípio da fungibilidade de forma específica em dois casos:

- recebimento de embargos de declaração contra decisão monocrática em tribunal como agravo interno (art. 1.024, § 3º);
- recebimento de REsp como RE e vice-versa (arts. 1.032 e 1.033).

Com base na jurisprudência do STJ, para a aplicação do princípio da fungibilidade, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos:

- a) dúvida objetiva a respeito do recurso cabível;
- b) inexistência de erro grosseiro;
- c) que o recurso interposto erroneamente tenha sido apresentado no prazo daquele que seria o correto.

Nesse sentido:

Como dito na decisão agravada, o recurso cabível na hipótese era o agravo em recurso especial, previsto art. 1.042 do CPC. Por isso, determinou-se a baixa dos autos à origem para exame do agravo, em razão do manifesto erro grosseiro na interposição de agravo interno em recurso especial, o que tornou inaplicável o princípio da fungibilidade, que pressupõe dúvida objetiva a respeito do recurso a ser interposto, inexistência de erro grosseiro e observância do prazo do recurso correto, o que não ocorre na espécie.

STJ. 1ª Turma. AgInt no AREsp 1.985.294/DF, Rel. Min. Paulo Sérgio Domingues, julgado em 26/6/2023.

### **EXECUÇÃO PENAL**

**O fato de o reeducando ser assistido pela Defensoria Pública  
não gera a presunção de sua hipossuficiência em arcar com a pena de multa**

**Importante!!!**

ODS 16

**Nem todos os condenados assistidos pela Defensoria Pública são economicamente hipossuficientes.**

Assim, é ônus do sentenciado, durante a execução, justificar o não pagamento da multa pela impossibilidade econômica de fazê-lo. Isso deve ser feito, primeiramente, ao Juiz da vara de execuções penais, com oportunidade de oitiva do Ministério Público. Não há, portanto, que se falar em presunção de sua incapacidade econômica para o pagamento da sanção pecuniária pelo simples fato de estar assistido pela Defensoria Pública.

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.039.364-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

**Imagine a seguinte situação hipotética:**

João foi condenado, pelo crime de roubo, a pena de reclusão cumulada com multa.

O condenado encontra-se atualmente cumprindo pena no regime semiaberto.

João, assistido pela Defensoria Pública, apresentou pedido de progressão para o regime aberto.

O Ministério Público exarou parecer dizendo que o apenado, para ter direito à progressão, deveria pagar a multa imposta na sentença ou comprovar que não tem condições de arcar com esse pagamento.

**O entendimento manifestado no parecer do Ministério Público encontra-se em consonância com a jurisprudência?**

SIM.

Como regra, o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Em outras palavras, a pessoa só poderá progredir se pagar a pena de multa.

Exceção: mesmo sem ter pago, pode ser permitida a progressão de regime se ficar comprovada a absoluta impossibilidade econômica do apenado em quitar a multa, ainda que parceladamente.

STF. Plenário. EP 16 ProgReg-AgR/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 1º/7/2016 (Info 832).

O juiz concedeu a progressão argumentando o seguinte:

- realmente o reeducando não quitou a multa nem comprovou a impossibilidade de pagar;
- no entanto, existe uma presunção de que ele é hipossuficiente considerando que está assistido pela Defensoria Pública.

***Para o STJ, agiu corretamente o juiz?***

NÃO.

Na forma do art. 50, caput, do Código Penal, admite-se que, a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias do caso concreto, seja deferido o pagamento da multa em parcelas mensais:

**Pagamento da multa**

Art. 50. A multa deve ser paga dentro de 10 (dez) dias depois de transitada em julgado a sentença.

A requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais.

Assim, nas hipóteses de inadimplemento da pena de multa, a fim de que não se imponha ao reeducando uma barreira intransponível, a ponto de violar o princípio da ressocialização da pena, nem se frustrre, por outro lado, a finalidade da execução penal, o Juízo da Execução Criminal deve, antes de obstar ou deferir a progressão de regime ao apenado, verificar o valor da multa fixada e analisar, a partir de elementos fáticos, a respectiva capacidade econômica do sentenciado, com vistas a viabilizar, de algum modo, ainda que de forma parcelada, o pagamento da multa.

No caso, foi deferida a progressão de regime ao fundamento de que, “Muito embora o reeducando não tenha comprovado a impossibilidade de saldar a pena de multa, sua hipossuficiência econômica se revela das circunstâncias dos autos, pois se encontra assistido pela Defensoria Pública, sendo, portanto, presumidamente hipossuficiente”.

Conforme ponderou o Min. Rogerio Schietti Cruz, no julgamento do HC n. 672.632, DJe 15/6/2021, “nem todos os processados criminalmente, patrocinados pela Defensoria Pública, são hipossuficientes. [...]. Assim, é ônus do sentenciado, durante a execução, justificar o descumprimento da sentença, também no ponto relacionado à multa. Isso deve ser feito, primeiramente, ao Juiz da VEC, com oportunidade de oitiva do Ministério Público”, afastando-se, portanto, a mera presunção de sua incapacidade econômica para o pagamento da sanção pecuniária.

Desse modo, constatado o inadimplemento da pena de multa aplicada cumulativamente à privativa de liberdade, o Juízo da Execução Criminal deverá, antes de deliberar acerca da progressão de regime, intimar o reeducando para efetuar o pagamento, ressaltando a possibilidade de parcelamento, a pedido e conforme as circunstâncias do caso concreto (art. 50, caput, do CP), bem como oportunizando ao condenado comprovar, se for o caso, a absoluta impossibilidade econômica de arcar com seu valor sem prejuízo do mínimo vital para a sua subsistência e de seus familiares.

***Em suma:***

**O fato de o reeducando ser assistido pela Defensoria Pública não gera a presunção de sua hipossuficiência em arcar com a pena de multa.**

STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.039.364-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 25/4/2023 (Info 13 – Edição Extraordinária).

## EXERCÍCIOS

**Julgue os itens a seguir:**

- 1) No procedimento de apuração do ato infracional, o interrogatório do menor deve ocorrer ao final da instrução, nos moldes do art. 400 do CPP. ( )
- 2) A depender da gravidade da circunstância judicial, a incidência de uma única delas (art. 59, Código Penal) é suficiente para a fixação da pena-base no máximo legal. ( )
- 3) A majoração da pena é admissível quando a culpabilidade revela aspectos mais censuráveis, além dos inerentes ao tipo penal, desde que haja fundamentação concreta e idônea para tal. ( )
- 4) Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, na dosimetria da pena, deve-se considerar o aumento de pena no patamar máximo de 2/3, levando-se em conta os inúmeros abusos sofridos pela vítima. ( )
- 5) Nos casos de estupro de vulnerável praticado em continuidade delitiva, a aplicação das agravante e majorante específicas em situações distintas configura bis in idem. ( )
- 6) A apreensão de mercadorias antes da entrada no recinto da aduana configura tentativa de crime de descaminho. ( )
- 7) A apreensão de pequenas quantidades de droga junto com o ácido bórico não implica, necessariamente, a conduta tipificada no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. ( )
- 8) O art. 2º, caput e § 1º, da Lei nº 8.176/91, ao dispor que configura crime a exploração de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações estabelecidas pelo título autorizativo, não faz distinção entre qual modalidade de outorga administrativa deve ser exigida para a configuração do delito. ( )
- 9) Reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, com patamares abstratos de pena dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, o acusado tem direito à possibilidade do acordo de não persecução penal, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado. ( )
- 10) A taxa SELIC é aplicável aos depósitos judiciais decorrentes de fiança em crimes de sonegação fiscal de competência da Justiça Federal. ( )
- 11) É juridicamente plausível a complementação de medida cautelar de afastamento do cargo imposta a Desembargador com a determinação de suspensão do processo administrativo de aposentadoria voluntária até o julgamento final da ação penal a qual responde. ( )
- 12) Se ficar comprovado que o investigado, alvo do mandado de busca e apreensão, também utilizava o celular de sua esposa, será possível acessar o conteúdo do aparelho sem necessidade de uma nova autorização judicial. ( )
- 13) O reconhecimento pessoal do filler - pessoa livre de qualquer suspeita de ter cometido o crime investigado -, que figurou como dublê para preencher o alinhamento exigido pelo art. 226, sem nenhum elemento concreto de corroboração, não é suficiente, por si só, para lastrear a autoria delitiva. ( )
- 14) A ausência de membro do Ministério Público em audiência de instrução somado (I) ao protagonismo exercido por magistrado ao inquirir testemunhas; (II) à demonstração do efetivo prejuízo suportado pela ré, em desrespeito ao disposto no art. 212, parágrafo único, do CPP; e (III) à ausência de preclusão em razão da arguição da matéria em momento oportuno, enseja anulação do processo desde aquele ato de instrução. ( )
- 15) Os termos do convênio firmado entre Defensoria e Ordem dos Advogados não repercutem na responsabilidade processual do advogado, que se satisfaz com a comunicação tempestiva da renúncia ao múnus público, fundamentada em justo motivo. ( )
- 16) A plenitude de defesa exercida no Tribunal do Júri não pode ser manejada pelo advogado como salvo conduto para a prática de ilícitos. ( )
- 17) Entendendo os jurados pela existência de prova satisfatória para a condenação e não estando essa conclusão manifestamente contrária às provas dos autos, não se mostra possível a cassação do veredito popular na ocasião do julgamento do recurso de apelação, muito menos em uma ação revisional. ( )

- 18) O princípio da fungibilidade no processo penal pode ser aplicado quando ausente a má-fé e presente o preenchimento dos pressupostos do recurso cabível. ( )
- 19) O fato de o reeducando ser assistido pela Defensoria Pública gera a presunção de sua hipossuficiência em arcar com a pena de multa. ( )

*Gabarito*

1. C	2. C	3. C	4. C	5. E	6. E	7. C	8. C	9. C	10. E
11. C	12. E	13. C	14. C	15. C	16. C	17. C	18. C	19. E	