

Informativo comentado: Informativo 792-STJ

Márcio André Lopes Cavalcante

ÍNDICE

DIREITO ADMINISTRATIVO

LICITAÇÃO

- *A Administração Pública é obrigada a divulgar, permanentemente, edital de credenciamento em sítio eletrônico somente após a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas.*

DIREITO CIVIL

PRESCRIÇÃO

- *O reconhecimento da prescrição da pretensão impede tanto a cobrança judicial quanto a cobrança extrajudicial do débito; assim, se uma dívida está prescrita, o credor não pode ficar ligando ou mandando mensagens para cobrar o devedor.*

DIREITO DO CONSUMIDOR

PRÁTICAS COMERCIAIS

- *A publicidade do tipo puffing, cuja mensagem enaltece o fato de um aparelho de ar condicionado ser silencioso, não tem aptidão para ser fonte de dano difuso, pois não ostenta qualquer gravidade intolerável em prejuízo dos consumidores em geral.*

DIREITO PENAL

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

- *A apropriação indébita previdenciária é crime material.*

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

- *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.*

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

- *A autorização judicial para que a polícia acompanhe as conversas dos suspeitos mediante o espelhamento via Whatsapp Web caracteriza-se como um meio de obtenção de prova equivalente à infiltração de agentes, sendo, portanto, extraordinário, mas válido.*

SENTENÇA

- *É inviável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica.*

EXECUÇÃO PENAL

- *Mesmo que na sentença condenatória não tenha constado expressamente que o réu é reincidente, o juízo da execução penal poderá reconhecer essa circunstância para fins de conceder ou não os benefícios, como, por exemplo, a progressão de regime.*
- *A recusa do detento em aceitar alimento que julga impróprio para consumo, quando realizada de forma pacífica e sem ameaçar a segurança do ambiente carcerário, não configura falta grave.*

DIREITO ADMINISTRATIVO

LICITAÇÃO

**A Administração Pública é obrigada a divulgar, permanentemente, edital de credenciamento em
sítio eletrônico somente após a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratações
Administrativas**

ODS 16

O art. 31, caput e § 1º, da Lei nº 14.133/2021 facultam à Administração a designação de servidor para conduzir o procedimento licitatório na modalidade leilão, ou, ainda, a delegação da atividade a leiloeiro oficial, cuja seleção, nesse último caso, deve ocorrer, obrigatoriamente, mediante credenciamento ou pregão entre os auxiliares do comércio que preencham os requisitos do Decreto nº 21.981/1932. Vale ressaltar, contudo, que a Lei não estabeleceu um juízo de precedência entre ambos os institutos, cabendo à autoridade competente eleger o instrumento adequado, com supedâneo em critérios de conveniência e oportunidade.

Embora o art. 79, parágrafo único, I, da Lei nº 14.133/2021 imponha a manutenção pública de edital de credenciamento em sítio eletrônico, de modo a permitir ao cadastramento permanente de novos interessados – obstando, por conseguinte, a fixação prévia de balizas temporais limitando o acesso de novos postulantes –, especificamente quanto à contratação de leiloeiros oficiais, tal normatividade somente incide quando presente prova cabal da opção administrativa por essa modalidade de seleção pública na vigência da Nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas, porquanto ausente igual obrigação nas disposições constantes da Lei nº 8.666/93.

STJ. 1ª Turma. RMS 68.504-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 10/10/2023 (Info 792).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João é leiloeiro oficial e está devidamente matriculado na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina. Ele desejava participar de leilões organizados pela Administração Pública de Estado de Santa Catarina. Diante disso, em 2021, João formulou requerimento administrativo junto à Administração Pública pedindo para que fosse expedido edital de credenciamento de leiloeiros oficiais a fim de que ele pudesse se habilitar.

A Administração Pública respondeu que o último cadastramento foi feito em 2014, tendo sido habilitados 13 interessados, cabendo ao Secretário de Estado, mediante juízo discricionário, publicar, ou não, novo chamamento público.

Inconformado, João impetrou mandado de segurança sustentando que, de acordo com a nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), o edital de credenciamento deveria ser público e permanente:

Art. 79 (...)

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

(...)

No MS, ele pediu para que fosse inserido na lista de credenciados da Administração Pública ou, subsidiariamente, a expedição de ordem para que a autoridade coatora publicasse o edital de credenciamento.

O STJ concordou com o pedido de João?

NÃO.

Ainda sob a égide da Lei nº 8.666/93, o TCU decidiu que o credenciamento era hipótese de inexigibilidade de licitação em contextos nos quais o interesse público admitia a contratação de todos os sujeitos que satisfizessem as condições fixadas pelo Poder Público, sem critérios de preferência (Acórdão n. 1.097/2018 – Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes, julgado em 16/05/2018).

A nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) incorporou o entendimento do TCU e previu, em seu art. 6º, XLIII que o credenciamento consiste em “processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”.

Tal instrumento é disciplinado entre os mecanismos auxiliares das licitações pelos arts. 78, I, e 79, da Lei nº 14.133/2021, assim expressos:

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:
I - credenciamento;
(...)

Seção II

Do Credenciamento

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Trata-se de procedimento prévio à celebração de avença com o Poder Público destinado a operacionalizar ulterior contratação direta em casos nos quais a entrega de bens ou a prestação de serviços pode ser realizada, em igualdade de condições, por todos os fornecedores que, objetivamente, satisfaçam os requisitos previstos no instrumento convocatório, independentemente de análises subjetivas, obstando, portanto, a disputa entre os potenciais interessados.

O art. 79, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021 fixa determinados parâmetros a serem observados pelo Poder Executivo no exercício de sua função regulamentar, especialmente a obrigatoriedade de manutenção pública e permanente do edital de chamamento dos interessados em sítio eletrônico oficial, de modo a permitir seu cadastramento em caráter perene (inciso I).

Essa exigência tem por escopo atender aos princípios da transparência e da impessoalidade, impondo à Administração não apenas o dever de informar aos potenciais licitantes os requisitos para o credenciamento, mas, sobretudo, a obrigação de contemplar todos os sujeitos qualificados enquanto perdurar o interesse público na elaboração de lista de credenciados, proibindo o estabelecimento de data limite para a postulação de novos candidatos.

Assim, ao dispor sobre a veiculação permanente de edital de em sítio eletrônico, a Lei nº 14.133/2021 teve por escopo inibir antecedente fixação de baliza temporal limitadora do acesso de agentes econômicos ao cadastramento, medida cuja efetivação teria o condão de restringir subjetivamente os habilitados à posterior contratação direta.

Cabe ressaltar a ausência de direito subjetivo ao credenciamento, cuja concessão pressupõe análise administrativa quanto ao preenchimento das condicionantes fixadas no instrumento convocatório, como preleciona Marçal Justen Filho:

“É obrigatório permitir a oportunidade para o credenciamento de qualquer interessado, a qualquer tempo. No entanto, isso não significa que todos os pleitos devem ser atendidos e que todo e qualquer postulante tem direito ao credenciamento. Caberá à Administração fixar previamente os requisitos necessários e desenvolver um processo administrativo destinado a apurar o seu atendimento pelo interessado.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1170).

Concluído o procedimento de credenciamento, os postulantes que atenderem às exigências editalícias passam a deter mera expectativa de direito à futura contratação, a qual deverá ser instrumentalizada mediante processos de inexigibilidade ou dispensa de licitação, notadamente em razão da impossibilidade de competição entre todos os sujeitos habilitados à execução do objeto do contrato:

“(…) Assim, a Administração Pública não está obrigada a contratar, gerando mera expectativa para o credenciado de vir a prestar o serviço ou fornecer o produto. Se a Administração necessitar do serviço ou produto, o termo de credenciamento irá fundamentar o processo de inexigibilidade e aí, com a contratação, serão pagos apenas os serviços prestados e devidamente comprovados.” (In: Artigo 79. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (coord). Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 426-430).

Vale ressaltar que a Lei nº 14.133/2021, além de tratar sobre o credenciamento, como vimos acima, também trouxe novas regras para o leilão, caracterizado pelo art. 6º, XL, da Lei nº 14.133/2021 como sendo uma “modalidade de licitação destinada à alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, sagrando-se vencedor no certame o licitante responsável pela oferta do maior lance.”

Na vigência da Lei nº 8.666/93, o leilão poderia ser realizado por servidor designado pela Administração ou, ainda, cometido a leiloeiro oficial, sem previsão de forma específica para a contratação de auxiliares do comércio, prerrogativa relegada à escolha discricionária da autoridade competente (art. 53).

Atualmente, de acordo com o art. 31, caput, da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, permanece a faculdade de designação de servidor para conduzir o procedimento licitatório ou a delegação da atividade a leiloeiro oficial:

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

(...)

Caso a escolha do responsável pela realização do leilão recaia sobre o leiloeiro (auxiliar do comércio), o § 1º do art. 31 autoriza a seleção do profissional mediante pregão ou, ainda, por meio de credenciamento sem, no entanto, a fixação de critérios de precedência condicionada entre quaisquer dos instrumentos:

Art. 31 (...)

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

Assim, não se pode dizer que a Lei nº 14.133/2021 imponha o dever legal de sempre selecionar leiloeiros oficiais mediante divulgação de edital de chamamento público.

Nesse contexto, embora o art. 79, parágrafo único, I, da Lei nº 14.133/2021 imponha a manutenção pública de edital de credenciamento em sítio eletrônico, de modo a permitir ao cadastramento permanente de novos interessados obstando, por conseguinte, a fixação prévia de balizas temporais limitando o acesso de novos postulantes, especificamente quanto à contratação de leiloeiros oficiais, tal normatividade somente incide quando presente prova cabal da opção administrativa por essa modalidade de seleção pública na vigência da nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas, porquanto ausente igual obrigação nas disposições constantes da Lei nº 8.666/93.

Voltando ao caso concreto:

João impetrou mandado de segurança contra conduta omissiva imputada ao Secretário de Estado, suscitando ilegalidade na ausência de permanente veiculação de chamamento público de leiloeiros oficiais, postulando-se, em suma, sua inclusão na lista de credenciados.

Não se pode acolher o pleito formulado na ação mandamental, uma vez que, a par da ausência de direito subjetivo ao credenciamento – cuja concessão demandaria análise do preenchimento de critérios administrativamente fixados, hipótese incompatível com o procedimento célere do mandamus –, a legislação não dá esse caráter compulsório à publicação de edital de chamamento público para viabilizar a contratação de leiloeiros oficiais pelo Poder Público.

Com efeito, de acordo com o art. 31 da Lei nº 14.133/2021, os procedimentos licitatórios na modalidade leilão podem ser conduzidos por servidor público ou, alternativamente, ser cometidos a leiloeiro oficial, facultando-se à autoridade competente juízo discricionário entre o certame levado a efeito por agente integrante dos quadros da Administração ou por terceiro que atenda às prescrições do Decreto nº 21.981/1932 o qual regulamenta a profissão de leiloeiro.

Outrossim, caso a escolha do responsável pela realização do leilão recaia sobre auxiliar do comércio, a norma contida no § 1º do art. 31 da Nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas autoriza a seleção do profissional mediante pregão ou, ainda, por meio de credenciamento – sem, no entanto, a fixação de critérios de precedência condicionada entre quaisquer dos instrumentos –, razão pela qual inviável extrair de citada disposição normativa o dever legal de selecionar leiloeiros oficiais mediante divulgação de edital de chamamento público.

Vale rememorar que a publicação permanente de instrumento convocatório para cadastramento somente passou a ser obrigatória por força do art. 79, parágrafo único, I, da Lei n. 14.133/2021, e, no contexto da contratação de leiloeiros, em conjuntura na qual, de acordo com o art. 31, caput e § 1º do citado diploma normativo, a Administração Pública, com base em critérios de conveniência e oportunidade, tenha adotado o referido instituto como hipótese preferencial para a seleção de auxiliares do comércio, exigindo, portanto, prova cabal dessa circunstância, cenário ausente na hipótese em exame. O atendimento à prescrição do art. 79, parágrafo único, I, da Lei nº 14.133/2021, no caso específico da seleção de leiloeiros, pressupõe:

- (i) a ausência de indicação de servidor para conduzir o leilão de bens públicos e, ainda,
- (ii) a opção administrativa pelo credenciamento em contraposição à faculdade de licitação na modalidade pregão.

Esses elementos não estão presentes no caso de João, razão pela qual é inviável o acolhimento do pedido.

Em suma:

A Administração Pública é obrigada a divulgar, permanentemente, edital de credenciamento em sítio eletrônico somente após a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas.

STJ. 1ª Turma. RMS 68.504-SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 10/10/2023 (Info 792).

DIREITO CIVIL

PRESCRIÇÃO

O reconhecimento da prescrição da pretensão impede tanto a cobrança judicial quanto a cobrança extrajudicial do débito; assim, se uma dívida está prescrita, o credor não pode ficar ligando ou mandando mensagens para cobrar o devedor

Importante!!!

ODS 16

Inovando em relação à ordem jurídica anterior, o art. 189 do Código Civil de 2002 estabelece, expressamente, que o alvo da prescrição é a pretensão, instituto de direito material, compreendido como o poder de exigir um comportamento positivo ou negativo da outra parte da relação jurídica.

A pretensão não se confunde com o direito subjetivo, categoria estática, que ganha contornos de dinamicidade com o surgimento da pretensão. Como consequência, é possível a existência de direito subjetivo sem pretensão ou com pretensão paralisada.

A pretensão se submete ao princípio da indiferença das vias, podendo ser exercida tanto judicial, quanto extrajudicialmente. Ao cobrar extrajudicialmente o devedor, o credor está, efetivamente, exercendo sua pretensão, ainda que fora do processo.

Se a pretensão é o poder de exigir o cumprimento da prestação, uma vez paralisada em razão da prescrição, não será mais possível exigir o referido comportamento do devedor, ou seja, não será mais possível cobrar a dívida. Logo, o reconhecimento da prescrição da pretensão impede tanto a cobrança judicial quanto a cobrança extrajudicial do débito.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.088.100-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João tinha uma dívida, contraída em 2005, com a empresa de telefonia celular.

Em 2014, a companhia de telefonia cedeu esse crédito para a Alfa Recuperação de Créditos Ltda, uma empresa de factoring especializada em comprar créditos de outras pessoas jurídicas para tentar recebê-los. Em 2015, a Alfa começou a realizar ligações para João, exigindo o pagamento da dívida, cujo vencimento original foi em 23/02/2005.

Ação declaratória de inexistência de débito

Diante disso, João ingressou com ação declaratória de inexistência de débito. O autor argumentou que a dívida venceu há mais de 10 anos, razão pela qual estava prescrita e, portanto, seria inexigível.

Afirmou que a prescrição quinquenal deveria ser aplicada, tendo como termo inicial a data de vencimento do débito.

João também esclareceu que nunca recebeu notificações sobre a dívida antes dessas cobranças por telefone. Ele defendeu que, devido à prescrição, a dívida não poderia ser alvo de cobrança, seja judicial ou extrajudicial.

Por fim, requereu que o juiz julgasse o pedido procedente, reconhecendo a prescrição da dívida e, consequentemente, declarando a inexigibilidade dos débitos.

Contestação

Em contestação, a ré alegou que o fato de o crédito estar prescrito faz com que ele seja inexigível judicialmente, ou seja, ela não pode ingressar com uma ação cobrando a dívida. No entanto, isso não impediria que ela cobrasse extrajudicialmente o débito. Segundo o entendimento da *factoring*, o Código Civil, no art. 882, autoriza, indiretamente, a cobrança e o pagamento extrajudicial de dívidas prescritas:

Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.

A ré argumentou que não propôs qualquer demanda contra o autor, nem negativou seu nome junto aos órgãos de restrição ao crédito, de forma que não realizou qualquer ato contrário a dignidade do consumidor ou que lhe cause prejuízo. O que se tem é que o crédito foi cedido a ré, empresa de *factoring* que atua diretamente no mercado através da compra de dívidas de grandes companhias e se sub-roga no direito de cobrá-las.

O STJ concordou com os argumentos do autor ou da ré?

Do autor.

Para o deslinde da controvérsia, é necessário que se examine a atuação da prescrição no plano da eficácia, o que perpassa, inicialmente, pela distinção entre os conceitos de direito subjetivo e de pretensão, pois, somente esta é, propriamente, atingida pela prescrição.

Segundo a doutrina, a pretensão é o poder de exigir um comportamento positivo ou negativo da outra parte da relação jurídica. Observa-se, desse modo, que, antes do advento da pretensão, já existe direito e dever, mas em situação estática. Isso porque a dinamicidade do direito subjetivo surge, tão somente, com o nascimento da pretensão, que pode ser ou não concomitante ao surgimento do próprio direito subjetivo. Somente a partir desse momento, o titular do direito poderá exigir do devedor que cumpra aquilo a que está obrigado.

No que diz respeito ao seu modo de atuação, a prescrição não atinge a ação, mas sim a pretensão.

O art. 189 do Código Civil de 2002 deixa isso claro, tendo representado importante inovação legislativa em face do direito anterior. Este dispositivo acolheu a construção doutrinária ao estabelecer, expressamente, que o alvo da prescrição é a pretensão, instituto de direito material:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Dessa forma, a doutrina defende que “eventuais projeções ao direito de ação (em sentido processual) só se justificam de modo reflexo.” Isso porque, sendo a pretensão e a ação em sentido material encobertas pela prescrição, o seu titular não pode se servir dos remédios processuais da ação em sentido processual. A doutrina adverte que “a consequência processual de não poder se servir da ‘ação’, no entanto, não tem o condão de explicar o instituto. Trata-se de um resultado decorrente de uma prévia eficácia que se sucedeu no direito material”. Nessa esteira de inteligência, não se pode olvidar, ainda, que a “pretensão se submete ao princípio da indiferença das vias, isto é, pode ser exercida tanto judicial, quanto extrajudicialmente”.

Quando o credor cobra extrajudicialmente o devedor, ele está, efetivamente, exercendo sua pretensão, ainda que fora do processo. Se a pretensão é o poder de exigir o cumprimento da prestação, uma vez paralisada em razão da prescrição, não será mais possível exigir o referido comportamento do devedor, ou seja, não será mais possível cobrar a dívida, ainda que extrajudicialmente. Logo, o reconhecimento da prescrição da pretensão impede tanto a cobrança judicial quanto a cobrança extrajudicial do débito. Não há, portanto, duas pretensões, uma veiculada por meio do processo e outra veiculada extrajudicialmente. Independentemente do instrumento utilizado, trata-se da mesma pretensão, haurida do direito material. É a pretensão e não o direito subjetivo que permite a exigência da dívida. Uma vez prescrita, resta impossibilitada a cobrança da prestação. Nessas situações, não há que se falar em pagamento indevido, nem sequer em enriquecimento sem causa, nos termos do art. 882 do Código Civil, uma vez que o direito subjetivo (crédito) continua a existir. O que não há, de fato, é a possibilidade de exigí-lo.

A partir da fundamentação apresentada, extraem-se as seguintes consequências práticas: não é lícito ao credor efetuar qualquer cobrança extrajudicial da dívida prescrita, seja por meio de telefonemas, e-mail, mensagens de texto de celular (SMS e Whatsapp), seja por meio da inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes com o consequente impacto no seu score de crédito.

Em suma:

O reconhecimento da prescrição da pretensão impede tanto a cobrança judicial quanto a cobrança extrajudicial do débito.

STJ. 3ª Turma. REsp 2.088.100-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

DIREITO DO CONSUMIDOR

PRÁTICAS COMERCIAIS

A publicidade do tipo puffing, cuja mensagem enaltece o fato de um aparelho de ar condicionado ser silencioso, não tem aptidão para ser fonte de dano difuso, pois não ostenta qualquer gravidade intolerável em prejuízo dos consumidores em geral

Importante!!!

ODS 16

Caso concreto: em 1989, Springer e Consul veicularam propagandas afirmando que seus condicionadores de ar eram silenciosos. O Ministério Público, argumentando que os aparelhos não eram totalmente silenciosos, ingressou com ação civil pública por propaganda enganosa. As empresas defenderam-se, alegando *dolus bonus*, uma prática comum no marketing. Uma perícia confirmou que os aparelhos não eram totalmente silenciosos, levando o juiz a julgar a ação procedente e condenar as empresas. Em segunda instância, a sentença foi mantida. As empresas recorreram, insistindo que seus produtos eram mais silenciosos em comparação com outras marcas, mas não completamente silenciosos.

O STJ concordou com os argumentos das empresas.

Afirmar-se, em propaganda, que aparelhos de ar condicionado são “silenciosos” pode ser considerado mero *puffing*, ou seja, técnica publicitária de lícita utilização de exagero, para enaltecer certa característica do produto.

A afirmação de que o ar condicionado é “silencioso”, enfatizado na propaganda, não deve ser tomada em sentido literal. Dizer ser o aparelho silencioso, nas condições tecnológicas da época, em que os condicionadores de ar de gerações anteriores produziam mais ruído, era mero exagero publicitário comparativo, destinado a enaltecer essa característica específica

do produto, decorrente de inovação tecnológica e, portanto, o mote da publicidade, em tal contexto, não seria apto, por si, a enganar ou induzir o consumidor a um efetivo engano. Até porque este, movido por natural curiosidade, certamente testava o nível de ruído do produto antes da compra.

A condenação por danos morais coletivos ao consumidor tem de decorrer de fatos impregnados de gravidade tal que sejam intoleráveis, porque lesam valores fundamentais da sociedade. Não se constata, porém, a gravidade dos fatos, tampouco a sua intolerabilidade social e muito menos que atingiram valores fundamentais da sociedade. Uma publicidade cuja mensagem enaltece o fato de ser o aparelho de ar condicionado “silencioso”, não tem aptidão para ser fonte de dano difuso, pois não ostenta qualquer gravidade intolerável em prejuízo dos consumidores em geral.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.370.677-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

O caso concreto, com adaptações, foi o seguinte:

Em 1989, a Springer e a Consul fizeram propagandas publicitárias afirmando que os condicionadores de ar por ela fabricados eram silenciosos.

Os comerciais, divulgados pela televisão, outdoors e anúncios em revistas, destacavam o silêncio dos condicionadores de ar para alavancar as vendas.

O Ministério Público ingressou com ação civil pública contra as duas empresas alegando que as propagandas seriam enganosas, uma vez que os aparelhos, apesar de menos barulhentos que os tradicionais, não eram silenciosos.

Pugnou para que as empresas fossem condenadas a pagar indenização como forma de reparação dos danos difusos que teriam sido causados, com a reversão desse valor ao fundo de defesa dos consumidores. As empresas foram citadas e contestaram a ação. Alegaram, entre outros fundamentos, que a propaganda, na forma como foi veiculada, é considerada *dolus bonus*, ou seja, modalidade utilizada como artifício pelos fabricantes e comerciantes para se atribuir aos produtos qualidade superior aos que realmente possuem.

Foi realizada perícia nos aparelhos que concluiu que eles não eram realmente silenciosos, como afirmado na publicidade veiculada em 1989. Conforme a perícia, ainda que os barulhos sejam suportáveis, não correspondem ao silêncio nem indicam a ausência absoluta de barulho capaz de atestar a veracidade da propaganda.

Diante disso, o juiz julgou o pedido procedente e condenou as duas empresas por propaganda enganosa. Em 2ª instância, o Tribunal manteve a sentença.

As empresas interpuseram recurso especial reiterando os argumentos já expostos e afirmando que os aparelhos condicionadores de ar são silenciosos em comparação às marcas concorrentes, o que não significa ausência total de ruído.

O STJ deu provimento aos recursos das empresas?

No caso, a propaganda foi tida por enganosa, pelas instâncias ordinárias, em virtude de perícia, na qual constatado que os aparelhos condicionadores de ar não eram realmente silenciosos, como afirmado na publicidade veiculada em 1989. Em razão disso, concluíram ter ocorrido danos morais coletivos.

Contudo, é bastante questionável que, na época e nas condições do caso concreto, tenha ocorrido, efetivamente, propaganda que possa ser qualificada como enganosa, já que os fatos se passaram antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Vale ressaltar que, mesmo na vigência do CDC, quando passou a existir mais expressa regulação sobre o assunto (art. 37), a doutrina consumerista classifica publicidade do tipo considerado no caso de *puffing*.

Segundo a doutrina:

“A utilização de adjetivações exageradas pode causar enganiosidade ou não. O chamado *puffing* é a técnica publicitária da utilização do exagero. A doutrina entende que o *puffing* não está proibido enquanto apresentado 'como publicidade espalhafatosa, cujo caráter subjetivo ou jocoso não

permite que seja objetivamente encarada como vinculante. É o anúncio em que se diz ser 'o melhor produto do mercado', por exemplo' (NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor - 14 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 191)

Nesse sentido, não se deve considerar tratar-se o termo “silencioso”, enfatizado na propaganda, como uma afirmação literal. Dizer ser o aparelho silencioso, nas condições tecnológicas da época, em que os condicionadores de ar de gerações anteriores produziam mais ruído, era mero exagero publicitário comparativo, destinado a enaltecer essa característica específica do produto, decorrente de inovação tecnológica e, portanto, o mote da publicidade, em tal contexto, não seria apto, por si, a enganar ou induzir o consumidor a um efetivo engano. Até porque este, movido por natural curiosidade, certamente testava o nível de ruído do produto antes da compra.

Em relação à ocorrência de dano, consigna-se que o dano moral coletivo se configura *in re ipsa*, embora não esteja ligado a atributos da pessoa humana, considerada de per si, não exigindo a demonstração de prejuízos concretos ou de abalo moral efetivo.

Por isso, a doutrina e a jurisprudência consolidada do STJ orientam-se pelo norte de que a condenação por danos morais coletivos ao consumidor tem de decorrer de fatos impregnados de gravidade tal que sejam intoleráveis, porque lesam valores fundamentais da sociedade.

Não se constata, porém, a gravidade dos fatos, tampouco a sua intolerabilidade social e muito menos que atingiram valores fundamentais da sociedade. Uma publicidade cuja mensagem enaltece o fato de ser o aparelho de ar condicionado “silencioso”, não tem aptidão para ser fonte de dano difuso, pois não ostenta qualquer gravidade intolerável em prejuízo dos consumidores em geral.

Em suma:

A publicidade do tipo *puffing*, cuja mensagem enaltece o fato de um aparelho de ar condicionado ser “silencioso”, não tem aptidão para ser fonte de dano difuso, pois não ostenta qualquer gravidade intolerável em prejuízo dos consumidores em geral.

STJ. 4ª Turma. REsp 1.370.677-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

DIREITO PENAL

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

A apropriação indébita previdenciária é crime material

Importante!!!

ODS 16

O crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal, possui natureza de delito material, que só se consuma com a constituição definitiva, na via administrativa, do crédito tributário, consoante o disposto na Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.982.304-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1166) (Info 792).

Apropriação indébita previdenciária

O delito de apropriação indébita previdenciária encontra-se previsto no art. 168-A do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A apropriação indébita previdenciária é uma espécie de crime tributário?

SIM. Normalmente, imagina-se que os crimes contra a ordem tributária são apenas aqueles previstos nos arts. 1º e 3º da Lei nº 8.137/90. Trata-se de um engano. Além dos delitos previstos nesse diploma, existem também crimes tributários tipificados no Código Penal, dentre eles a apropriação indébita previdenciária.

A apropriação indébita previdenciária é um crime tributário material? Para que haja a consumação do delito é necessária a constituição definitiva do crédito tributário? Aplica-se a SV 24-STF?

SIM. A apropriação indébita previdenciária (art. 168-A do CP) é crime omissivo material (e não formal), de modo que, por força do princípio da isonomia, aplica-se a ele também a SV 24 (STJ. 6ª Turma. HC 270.027/RS, julgado em 05/08/2014).

Assim, para a sua consumação, é indispensável o prévio exaurimento da via administrativa em que se discute a exigibilidade do tributo.

Em outras palavras, é necessário que, no âmbito administrativo-fiscal, a questão já tenha sido definitivamente julgada e haja uma certeza de que o tributo é realmente devido.

Relembre o que diz a SV 24-STF:

Súmula vinculante 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Desse modo, a apropriação indébita previdenciária também é crime material, exigindo, para sua consumação, a ocorrência de resultado naturalístico consistente em dano para a Previdência (o que é demonstrado por meio da constituição definitiva do crédito tributário, no qual fica patente que o contribuinte está realmente devendo a contribuição previdenciária, que é uma espécie de tributo).

Em suma:

O crime de apropriação indébita previdenciária, previsto no art. 168-A, § 1º, I, do Código Penal, possui natureza de delito material, que só se consuma com a constituição definitiva, na via administrativa, do crédito tributário, consoante o disposto na Súmula Vinculante n. 24 do Supremo Tribunal Federal.

STJ. 3ª Seção. REsp 1.982.304-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1166) (Info 792).

Veja como o tema já foi cobrado em concurso:

(TRT 8ª Região – 2014 – Juiz do Trabalho) No que diz respeito à apropriação indébita previdenciária, a conduta do agente que deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional, é **CORRETO** afirmar:

a) O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o crime de apropriação indébita previdenciária não consubstancia crime formal, mas omissivo material, no que é indispensável a ocorrência de apropriação dos valores, como inversão da posse respectiva.

b) Deixar de recolher, no prazo legal, a contribuição ou outra importância destinada à assistência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado aos trabalhadores segurados, a terceiros ou arrecadada do público, também tipifica o crime de apropriação indébita previdenciária.

c) No § 2º, art. 168-A, da Lei nº 9.983 de 2000, que trata da apropriação indébita previdenciária, está configurado o perdão administrativo, pois é facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a multa, se o agente for primário e de bons antecedentes, e tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios.

d) É extinta a punibilidade se o agente, compelido judicialmente, efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência e à assistência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes ou depois do início da ação fiscal.

e) No crime de apropriação indébita previdenciária e assistência social, com a Lei nº 9.983 de 2000, o bem jurídico tutelado é o patrimônio da assistência e da previdência social em geral, instituída à proteção social dos trabalhadores e seus dependes legais.

Letra A.

(MPF 2022) No que diz respeito ao crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, do CP), indique a opção incorreta:

- a) De maneira diversa de outros crimes contra a ordem tributária, nela incluída a previdência social, não se exige o término do procedimento administrativo com a constituição definitiva do crédito tributário, para a sua configuração.
 - b) A conduta descrita no tipo exige o dolo de deixar de repassar, sendo desnecessária, para a sua configuração, a existência de fim específico de apropriar-se dos valores destinados à previdência social.
 - c) A sua tipificação ocorre por ocasião da omissão do agente em repassar à previdência social, por intermédio da Receita Federal do Brasil, a contribuição recolhida do contribuinte, na forma e no prazo estabelecidos na legislação pertinente.
 - d) Não se exige a elementar da fraude para a sua tipificação, diferentemente do verificado com o crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, do CP) e o crime de sonegação fiscal do art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.137/1990.
- Letra A

ESTUPRO DE VULNERÁVEL

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

Importante!!!

Assunto já apreciado no Info 782-STJ

ODS 16

No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições.

STJ. 3ª Seção. REspS 2.029.482-RJ e REsp 2.050.195-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1202) (Info 792).

Conceito de crime continuado

Ocorre crime continuado quando o agente:

- por meio de duas ou mais condutas
- pratica dois ou mais crimes da mesma espécie
- e, analisando as condições de tempo, local, modo de execução e outras,
- pode-se constatar que os demais crimes devem ser entendidos como mera continuação do primeiro.

O crime continuado é uma ficção jurídica, inspirada em motivos de política criminal, idealizada com o objetivo de ajudar o réu. Ao invés de ele ser condenado pelos vários crimes, receberá a pena de somente um deles, com a incidência de um aumento previsto na lei.

Exemplo:

Carlos era caixa de uma lanchonete e estava devendo R\$ 500,00 a um agiota. Ele decide, então, tirar o dinheiro do caixa para pagar sua dívida. Ocorre que, se ele retirasse toda a quantia de uma só vez, o seu chefe iria perceber. Carlos resolve, portanto, subtrair R\$ 50,00 por dia. Assim, após dez dias ele consegue retirar os R\$ 500,00.

Desse modo, Carlos, por meio de dez condutas, praticou dez furtos. Analisando as condições de tempo, local, modo de execução, pode-se constatar que os outros nove furtos devem ser entendidos como mera continuação do primeiro, considerando que sua intenção era furtar o valor total de R\$ 500,00.

Em vez de Carlos ser condenado por dez furtos, receberá somente a pena de um furto, com a incidência de um aumento de 1/6 a 2/3.

Previsão legal

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 subsequentes 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

Feita essa breve revisão, imagine a seguinte situação hipotética:

Um homem praticou atos libidinosos contra a vítima dos 7 aos 13 anos de idade.

Os estupros ocorreram inúmeras vezes em locais variados, como a casa e o escritório do agente.

O juiz condenou o réu. No momento da dosimetria, o magistrado aplicou o aumento máximo (2/3) no crime continuado, em virtude das inúmeras vezes que ocorreram os estupros.

O Tribunal de Justiça, contudo, deu provimento ao recurso do réu e fixou a fração de aumento mínimo (1/6), sob o argumento de que não estava devidamente delineado o número exato de vezes em que foi a vítima abusada.

O Ministério Público recorreu ao STJ pedindo a aplicação da fração máxima de aumento.

O pedido do Parquet foi acolhido?

SIM.

A continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é instituto da dosimetria da pena concebido com a função de racionalizar a punição de condutas que, embora praticadas de forma independente, estejam inseridas dentro de um mesmo desenvolvimento delitivo.

Assim, por opção legislativa e critérios de política criminal, a lei penal afasta excepcionalmente a aplicação do concurso material e impõe uma única punição àqueles casos nos quais os crimes subsequentes possam ser tidos como continuação de um primeiro delito, de acordo com a análise das condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

Segundo a jurisprudência do STJ, diante da prática de apenas 2 (duas) condutas em continuidade, deve-se aplicar o aumento mínimo previsto no art. 71, caput, do Código Penal, qual seja, 1/6 (um sexto). A partir desse piso, a fração de aumento deve ser aumentada gradativamente, conforme o número de condutas em continuidade, até se alcançar o teto legal de 2/3 (dois terços), o que ocorre a partir da sétima conduta delituosa.

A adoção do critério referente ao número de condutas praticadas suscita questões específicas nos crimes sexuais, especialmente no estupro de vulnerável, em razão do triste contexto fático que frequentemente se constata nestes crimes. Geralmente, o autor do estupro de vulnerável tem um relacionamento próximo com a vítima, fácil acesso ao seu lar e aproveita-se da limitada capacidade de resistência da vítima, que é vulnerável. Essas circunstâncias permitem que os abusos sexuais se repitam de forma silenciosa, cruel e inúmeras vezes.

Não raras vezes, cria-se um ambiente de submissão perene da vítima ao agressor, naturalizando-se a repetição da violência sexual como parte da rotina cotidiana de crianças e adolescentes. Nessas hipóteses, a vítima, completamente subjugada e objetificada, não possui sequer condições de quantificar quantas

vezes foi violentada. A violência contra ela deixou ser um fato extraordinário, convertendo-se no modo cotidiano de vida que lhe foi imposto.

A torpeza do agressor, que submeteu a vítima a abusos sexuais tão recorrentes e constantes ao ponto de tornar impossível determinar o número exato de suas condutas, evidentemente não pode ser invocada para se pleitear uma majoração menor na aplicação da continuidade delitiva. Nos crimes de natureza sexual, o critério jurisprudencial objetivo para a fixação da fração de majoração na continuidade delitiva deve ser contextualizado com as circunstâncias concretas do delito, em especial o tempo de duração da situação de violência sexual e a recorrência das condutas no cotidiano da vítima, devendo-se aplicar o aumento no patamar que, de acordo com as provas dos autos, melhor se aproxime do número real de atos sexuais efetivamente praticados.

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. Veja algumas ementas do STJ neste sentido:

Nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis, é cabível a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo quando restar demonstrado que o acusado praticou o delito por diversas vezes durante determinado período de tempo, não se exigindo a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo porque, em casos tais, os abusos são praticados incontáveis e reiteradas vezes, contra vítimas de tenra ou pouca idade.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.717.358/PR, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29/6/2018.

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 Noronha, DJe de 30/9/2022.

Em suma:

No crime de estupro de vulnerável, é possível a aplicação da fração máxima de majoração prevista no art. 71, caput, do Código Penal, ainda que não haja a delimitação precisa do número de atos sexuais praticados, desde que o longo período de tempo e a recorrência das condutas permita concluir que houve 7 (sete) ou mais repetições.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.029.482-RJ e REsp 2.050.195-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1202) (Info 792).

DOD PLUS – INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR

Não é possível a aplicação da continuidade delitiva entre os delitos de estupro qualificado (art. 213, § 1º, do Código Penal) e estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), pois são tipos penais que tutelam bens jurídicos diversos e que possuem circunstâncias elementares bastante distintivas. Enquanto o estupro de vulnerável tutela a dignidade sexual e o direito ao desenvolvimento da personalidade livre de abusos, o estupro qualificado tutela a liberdade sexual e o direito ao exercício da sexualidade sem coações.

DIREITO PROCESSUAL PENAL

PROVAS

A autorização judicial para que a polícia acompanhe as conversas dos suspeitos mediante o espelhamento via Whatsapp Web caracteriza-se como um meio de obtenção de prova equivalente à infiltração de agentes, sendo, portanto, extraordinário, mas válido

Importante!!!

ODS 16

É possível a utilização, no ordenamento jurídico pátrio, de ações encobertas, controladas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético, inclusive via espelhamento do Whatsapp Web, desde que o uso da ação controlada na investigação criminal esteja amparada por autorização judicial.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.309.888-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

Imagine a seguinte situação hipotética:

A Polícia, após investigações, identificou fortes indícios da existência de uma organização criminosa liderada por João e Pedro, voltada à prática de tráfico de drogas, homicídio e outros delitos.

Após autorização judicial, foi realizada a interceptação telefônica dos aparelhos utilizados por João e Pedro.

O problema é que os suspeitos utilizavam quase que exclusivamente o WhatsApp para trocar mensagens sensíveis relativas aos delitos em apuração, não sendo elas interceptadas pelas companhias telefônicas.

Por essa razão, o Ministério Público requereu que a quebra de sigilo telefônico deferida se estendesse aos dados telemáticos das linhas utilizadas pelos suspeitos, com autorização de espelhamento, em tempo real, das mensagens e áudios de aplicativos de mensagens e redes sociais vinculados aos terminais interceptados, mediante utilização do software denominado WhatsApp Web.

O pedido foi deferido pelo juiz.

Como resultado dessa investigação e de ações controladas, a Polícia conseguiu provas dos crimes praticados pelos suspeitos.

Com base nesses elementos informativos, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João, Pedro e outros integrantes da organização criminosa.

Os acusados alegaram a nulidade das provas obtidas mediante espelhamento do aplicativo WhatsApp, sob o fundamento de que essa técnica não encontra respaldo na Lei nº 9.296/96. Segundo a defesa, a mencionada lei admite apenas a quebra do sigilo telemático, e não a sua interceptação.

Os réus afirmaram que “admitir tal modalidade de prova apresenta-se um tanto temerário, na medida em que o espelhamento permite àquele que o efetuou a dissimular as mensagens enviadas, apagar as recebidas e criar muitas outras”.

Ressaltaram, ainda, que “ao contrário da interceptação, telefônica, no âmbito da qual o investigador de polícia atua como mero observador de conversas empreendidas por terceiros, no espelhamento realizado através do aplicativo Whatsapp, o investigador tem total possibilidade de interagir diretamente nas conversas que estão sendo travadas, hipótese extremamente temerária”.

O STJ concordou com os argumentos dos acusados?

NÃO.

O STJ considerou que a autorização judicial para que a polícia acompanhe as conversas dos suspeitos mediante o espelhamento via Whatsapp Web caracteriza-se como um meio de obtenção de prova equivalente à infiltração de agentes, sendo, portanto, extraordinário, mas válido.

Ações encobertas

Segundo constou no voto do Ministro Relator, no ordenamento pátrio, as ações encobertas recebem a denominação de infiltração de agentes.

O que é a infiltração de agentes?

A infiltração de agentes é uma técnica especial de investigação por meio da qual um policial, escondendo sua real identidade, finge ser também um criminoso a fim de ingressar na organização criminosa e, com isso, poder coletar elementos informativos a respeito dos delitos que são praticados pelo grupo,

identificando os seus integrantes, sua forma de atuação, os locais onde moram e atuam, o produto dos delitos e qualquer outra prova que sirva para o desmantelamento da organização e para ser utilizado no processo penal.

Características

A doutrina aponta três características básicas que marcam o instituto:

- a) a dissimulação, ou seja, a ocultação da condição de agente oficial e de suas verdadeiras intenções;
- b) o engano, considerando que toda a operação de infiltração se apoia numa encenação que permite ao agente obter a confiança do suspeito; e
- c) a interação, isto é, uma relação direta e pessoal entre o agente e o autor potencial.

Nesse sentido: MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. 2ª ed. São Paulo: Método, 2016, p. 272/273.

Legislação sobre infiltração de agentes, inclusive em meios virtuais

A Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) prevê que, em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros procedimentos já previstos em lei, infiltração, por policiais, em atividade de investigação, mediante motivada e sigilosa autorização judicial (art. 3º, VII e art. 10).

Com a infiltração permite-se que o agente estatal possa penetrar na organização criminosa, participando de atividades diárias, para, assim, compreendê-la e melhor combatê-la pelo repasse de informações às autoridades.

De idêntica forma, a Lei nº 12.850/2013 (Lei da ORCRIM), com redação trazida pela Lei nº 13.694/2019, passou a prever, de forma expressa, a figura do agente infiltrado virtual, em seu art. 10-A:

Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Espelhamento do Whatsapp Web é autorizado pelo art. 1º, parágrafo único

A Lei nº 9.296/96 (Lei de Interceptação Telefônica) permite, em seu art. 1º, parágrafo único, a quebra do sigilo no que concerne à comunicação de dados, mediante ordem judicial fundamentada.

Nesse ponto reside a permissão normativa para quebra de sigilo de dados informáticos e de forma subsequente, para permitir a interação, a interceptação e a infiltração do agente, inclusive pelo meio cibernético, consistente no espelhamento do Whatsapp Web.

De se mencionar, ainda, que a lei que regulamenta o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet no Brasil, garante o acesso e a interferência no “fluxo das comunicações pela Internet, por ordem judicial”.

A lei de interceptação, em combinação com a Lei das Organizações Criminosas outorga legitimidade (legalidade) e dita o rito (regra procedimental), a mencionado espelhamento, em interpretação progressiva, em conformidade com a realidade atual, para adequar a norma à evolução tecnológica.

Complexidades dos delitos virtuais e necessidade de evolução da jurisprudência

A potencialidade danosa dos delitos praticados por organizações criminosas, pelo meio virtual, aliada a complexidade e dificuldade da persecução penal no âmbito cibernético devem levar a jurisprudência a admitir as ações controladas e infiltradas no mesmo plano virtual. De fato, nos últimos anos, as redes sociais e respectivos aplicativos se tornaram uma ferramenta indispensável para a comunicação, interação e compartilhamento de informações em todo o mundo. Entretanto, essa rápida expansão e influência também trouxeram consigo uma série de desafios e problemas no âmbito da investigação, no meio virtual, tornando-se a evolução da jurisprudência acerca do tema questão cada vez mais relevante e urgente.

Desse modo, é necessário o estabelecimento de regras processuais compatíveis com a modernidade do crime organizado, obviamente que, sempre respeitando, dentro de tal quadro, os direitos e garantias fundamentais do investigado. Essa garantia está respeitada considerando que, para a infiltração, é necessária ordem judicial.

Assim, não há empecilho na utilização de ações encobertas ou agentes infiltrados na persecução de delitos, pela via dos meios virtuais, desde que sejam respeitados os critérios de proporcionalidade (utilidade, necessidade) e seja observada a subsidiariedade, de sorte que a mesma prova não pode ser obtida por outros meios disponíveis.

Voltando ao caso concreto

Na situação concreta, foi autorizado o espelhamento via Whatsapp Web como meio de infiltração investigativa, na medida em que a interceptação de dados direta, feita no próprio aplicativo original do Whatsapp, se mostrou ineficiente considerando a existência da criptografia de ponta a ponta que existe no aplicativo original, impossibilitando o acesso ao teor das conversas ali travadas.

Diante desse cenário, é plausível o espelhamento via Whatsapp Web, pelos órgãos de persecução, caracterizando-se como uma modalidade equivalente à infiltração do agente, que consiste em meio extraordinário, mas válido, de obtenção de prova.

Pode, desta forma, o agente policial valer-se da utilização do espelhamento pela via do Whatsapp Web, desde que respeitados os parâmetros de proporcionalidade, subsidiariedade, controle judicial e legalidade, calcado pelo competente mandado judicial.

A Lei nº 9.296/1996 (Lei das Interceptações Telefônicas), conjugada com a Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), outorgam substrato de validade processual às ações infiltradas no plano cibernético, desde que observada a cláusula de reserva de jurisdição.

Em suma:

É possível a utilização, no ordenamento jurídico pátrio, de ações encobertas, controladas virtuais ou de agentes infiltrados no plano cibernético, inclusive via espelhamento do Whatsapp Web, desde que o uso da ação controlada na investigação criminal esteja amparada por autorização judicial.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.309.888-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

SENTENÇA

É inviável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica

ODS 16

Caso hipotético: João subtraiu, mediante grave ameaça, dinheiro pertencente à uma empresa. Na denúncia, o Ministério Público requereu a condenação do acusado, pedindo ainda que ele fosse condenado à reparação dos danos morais causados à empresa vítima, nos termos do art. 387, IV, do CPP.

O juiz condenou o réu pelo crime de roubo e, na sentença, determinou, ainda, que João pagasse indenização por danos morais à empresa.

O magistrado afirmou que existe uma presunção de que o crime gera um abalo moral, não havendo, no caso concreto, "... qualquer elemento que afaste a ofensa à esfera íntima do ofendido, que é própria da prática da infração penal..."

O STJ não concordou com a fundamentação utilizada.

A vítima é uma pessoa jurídica e não se pode fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica.

Diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, as pessoas jurídicas não são tuteladas a partir da concepção estrita do dano moral, isto é, ofensa à dignidade humana, o que impede, via de regra, a presunção de dano ipso facto (presumido).

O conceito de “esfera íntima” é inapropriado nas hipóteses em que o ofendido é pessoa jurídica. É temerário presumir que o roubo a um caminhão de entregas possa ter causado danos morais à pessoa jurídica.

Por outro lado, é possível que determinados crimes afetem a imagem e a honra de empresas. Seria, por exemplo, o caso de consumidores que param de frequentar determinado estabelecimento por razões de segurança. Daí porque se conclui pela imprescindibilidade da instrução específica para comprovar, caso a caso, a ocorrência de efetivo abalo à honra objetiva da pessoa jurídica para os fins do art. 387, IV, do CPP.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.267.828-MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

NOÇÕES GERAIS SOBRE O ART. 387, IV, DO CPP

(Se estiver sem tempo, pode passar diretamente para a explicação do julgado)

A sentença penal condenatória, depois de transitada em julgado, produz diversos efeitos.

Um dos efeitos é que a condenação gera a obrigação do réu de reparar o dano causado:

Código Penal

Art. 91. São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

A sentença condenatória, inclusive, constitui-se em título executivo judicial:

Código de Processo Civil

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;

Assim, a vítima (ou seus sucessores), de posse da sentença que condenou o réu, após o seu trânsito em julgado, dispõe de um título que poderá ser executado no juízo cível para cobrar o ressarcimento pelos prejuízos sofridos em decorrência do crime.

O art. 387, IV, do CPP, prevê que o juiz, ao condenar o réu, já estabeleça na sentença um valor mínimo que o condenado estará obrigado a pagar a título de reparação dos danos causados. Veja:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719/2008)

Desse modo, se o juiz, na própria sentença, já fixar um valor certo para a reparação dos danos, não será necessário que a vítima ainda faça a liquidação, bastando que execute este valor caso não seja pago voluntariamente pelo condenado.

Veja o parágrafo único do art. 63 do CPP, que explicita essa possibilidade:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719/2008).

Algumas observações sobre o art. 387, IV do CPP:

1) Qual é a natureza jurídica dessa fixação do valor mínimo de reparação?

Trata-se de um efeito extrapenal genérico da condenação.

2) A vítima poderá pleitear indenização maior no juízo cível?

SIM. Na sentença penal, o juiz fixará um valor mínimo. Assim, a vítima poderá executar desde logo este valor mínimo e pleitear um valor maior que o fixado na sentença, bastando, para isso, que prove que os danos que sofreu foram maiores que a quantia estabelecida na sentença. Essa prova é feita em procedimento de liquidação por artigos (procedimento cível regulado pelos arts. 475-E e 475-F do CPC).

3) Para que seja fixado o valor da reparação, deverá haver pedido expresso e formal do MP ou do ofendido?

SIM. Para que seja fixado, na sentença, o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima (art. 387, IV, do CP), é necessário que haja pedido expresso e formal, feito pelo *parquet* ou pelo ofendido, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa (STJ. 6ª Turma. AgRg no AREsp 389.234/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 08/10/2013).

4) Deverá haver provas dos prejuízos sofridos

O STJ já decidiu que o juiz somente poderá fixar este valor se existirem provas nos autos que demonstrem os prejuízos sofridos pela vítima em decorrência do crime. Dessa feita, é importante que o Ministério Público ou eventual assistente de acusação junte comprovantes dos danos causados pela infração para que o magistrado disponha de elementos para a fixação de que trata o art. 387, IV do CPP. Vale ressaltar, ainda, que o réu tem direito de se manifestar sobre esses documentos juntados e contraditar o valor pleiteado como indenização. Nesse sentido:

A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito de contraditório e ampla defesa, na medida em que o autor da infração faz jus à manifestação sobre a pretensão indenizatória, que, se procedente, pesará em seu desfavor. (...) STJ. 5ª Turma. REsp 1236070/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 27/03/2012.

Obs: essa comprovação dos prejuízos sofridos refere-se mais propriamente aos danos materiais. No caso dos danos morais, existem certas circunstâncias que geram uma presunção de dano moral. Ex: permanecer horas feito refém do agente. Nesta hipótese, não se exigirá prova de que a vítima sofreu um abalo moral decorrente dessa situação porque é algo intuitivo. Basta provar o fato em si. Nesse sentido:

A aferição do dano moral, na maior parte das situações, não ensejará nenhum alargamento da instrução criminal, porquanto tal modalidade de dano, de modo geral, dispensa a produção de prova específica acerca da sua existência, encontrando-se in re ipsa. Isto é, não há necessidade de produção de prova específica para apuração do grau de sofrimento, de dor e de constrangimento suportados pelo ofendido; o que se deve provar é uma situação de fato de que seja possível extrair, a partir de um juízo baseado na experiência comum, a ofensa à esfera anímica do indivíduo.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp n. 1.626.962/MS, Min. Sebastião Reis Junior, DJe 16/12/2016.

5) O julgador penal é obrigado a sempre fixar esse valor mínimo?

NÃO. O juiz pode deixar de fixar o valor mínimo em algumas situações, como, por exemplo:

a) quando não houver prova do prejuízo;

- b) se os fatos forem complexos e a apuração da indenização demandar dilação probatória, o juízo criminal poderá deixar de fixar o valor mínimo, que deverá ser apurado em ação civil;
- c) quando a vítima já tiver sido indenizada no juízo cível.

O exemplo citado nesta letra “b” foi justamente o que ocorreu no julgamento do “Mensalão”. O STF rejeitou o pedido formulado pelo MPF, em sede de alegações finais, no sentido de que fosse fixado valor mínimo para reparação dos danos causados pelas infrações penais, sob o argumento de que a complexidade dos fatos e a imbricação de condutas tornaria inviável assentar o montante mínimo. Assim, não haveria como identificar com precisão qual a quantia devida por cada réu, o que só seria possível por meio de ação civil, com dilação probatória para esclarecimento desse ponto (Plenário. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 17/12/2012).

6) Além dos prejuízos materiais, o juiz poderá também condenar o réu a pagar a vítima por danos morais?

SIM.

7) O art. 387, IV, do CPP, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fez com que o Brasil passasse a adotar a chamada “cumulação de instâncias” em matéria de indenização pela prática de crimes?

NÃO. A cumulação de instâncias (ou união de instâncias) em matéria de indenização pela prática de crimes ocorre quando um mesmo juízo resolve a lide penal (julga o crime) e também já decide, de forma exauriente, a indenização devida à vítima do delito. Conforme explicam Pacelli e Fischer, “por esse sistema, o ajuizamento da demanda penal determina a unidade de juízo para a apreciação da matéria cível” (*Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 769). No Brasil, não há unidade de instâncias porque o juízo criminal irá apenas, quando for possível, definir um valor mínimo de indenização pelos danos sofridos sem, contudo, esgotar a apreciação do tema, que ainda poderá ser examinado pelo juízo cível para aumentar esse valor.

Assim, continuamos adotando o modelo da separação mitigada de instâncias.

8) O condenado poderá impugnar o valor fixado na forma do art. 387, IV do CPP por meio de um habeas corpus?

NÃO. A via processual do *habeas corpus* não é adequada para impugnar a reparação civil fixada na sentença penal condenatória, com base no art. 387, IV do CPP, tendo em vista que a sua imposição não acarreta ameaça, sequer indireta ou reflexa, à liberdade de locomoção (HC 191.724/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 15/10/2013).

9) Se a punibilidade do condenado for extinta pela prescrição da pretensão punitiva, haverá extinção também do valor de reparação imposto na sentença?

SIM. Extinta a condenação pela prescrição, extingue-se também a condenação pecuniária fixada como reparação dos danos causados à vítima, nos termos do art. 387, IV do CPP, pois dela decorrente, ficando ressalvada a utilização de ação cível, caso a vítima entenda que haja prejuízos a serem reparados (EDcl no AgRg no REsp 1260305/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/03/2013).

EXPLICAÇÃO DO JULGADO

Imagine a seguinte situação hipotética:

João abordou os funcionários da empresa Alfa Ltda e, mediante grave ameaça, subtraiu a quantia de R\$ 10 mil pertencentes à empresa.

Após praticar o crime, João empreendeu fuga, porém foi localizado e preso logo em seguida.

A polícia, logo após iniciar as investigações, descobriu que um dos funcionários abordados, Elias, havia passado informações sobre o transporte do numerário a João.

Com a conclusão das investigações, o Ministério Público ofereceu denúncia contra João e Elias, pela prática do crime de roubo majorado.

Na denúncia, o Ministério Público requereu, ainda, fossem os denunciados condenados à reparação dos danos morais causados à empresa vítima, nos termos do art. 387, IV, do CPP.

Ao final, foi proferida sentença condenatória.

O juiz também condenou os réus a pagarem indenização por danos morais.

O magistrado afirmou que:

- para a fixação de reparação a título de dano moral, nos termos do art. 387, IV, do CPP, é necessário pedido expresso do Ministério Público, sendo, no entanto, dispensável instrução probatória específica;
- na denúncia houve pedido expresso de condenação em danos morais;
- existe uma presunção de que o crime gera um abalo moral, não havendo, no caso concreto, "... qualquer elemento que afaste a ofensa à esfera íntima do ofendido, que é própria da prática da infração penal..."

Os réus recorreram alegando que não se mostra possível o arbitramento da indenização por falta de elementos concretos nos autos que evidenciem a ocorrência dos danos morais alegados.

O STJ concordou com os argumentos dos réus?

SIM.

Apesar de ainda haver divergência sobre o tema, prevalece que é possível a condenação do réu por danos morais, mesmo que o MP não tenha indicado de forma individualizada o *quantum debeat* e mesmo sem instrução específica, desde que tenha havido pedido expresso de fixação da indenização.

Nesse sentido:

Para fixação de indenização mínima por danos morais, nos termos do art. 387, IV, do CPP, não se exige instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de sofrimento da vítima, bastando que conste pedido expresso na inicial acusatória, garantia suficiente ao exercício do contraditório e da ampla defesa. STJ. 5ª Turma. AgRg no REsp 2.029.732-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 22/8/2023 (Info 784).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a fixação de valor mínimo para reparação dos danos morais causados pela infração exige apenas pedido expresso na inicial, sendo desnecessárias a indicação de valor e a instrução probatória específica.

No caso dos autos, como houve o pedido de indenização por danos morais na denúncia, não há falar em violação ao princípio do devido processo legal e do contraditório, pois a Defesa pôde se contrapor desde o início da ação penal.

STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1.984.337/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 6/3/2023.

No caso concreto, contudo, não se pode concordar com a fundamentação utilizada para a fixação dos danos morais. Isso porque a vítima é uma pessoa jurídica e não se pode fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica.

Diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais, as pessoas jurídicas não são tuteladas a partir da concepção estrita do dano moral, isto é, ofensa à dignidade humana, o que impede, via de regra, a presunção de dano *ipso facto* (presumido).

No caso, o Tribunal de origem justificou a fixação de valor mínimo indenizatório por danos morais, pois não haveria "... qualquer elemento que afaste a ofensa à esfera íntima do ofendido, que é própria da prática da infração penal..."

Contudo, o conceito de "esfera íntima" é inapropriado nas hipóteses em que o ofendido é pessoa jurídica. É temerário presumir que o roubo a um caminhão de entregas possa ter causado danos morais à pessoa jurídica.

Por outro lado, é possível que determinados crimes afetem a imagem e a honra de empresas. Seria, por exemplo, o caso de consumidores que param de frequentar determinado estabelecimento por razões de

segurança. Daí porque se conclui pela imprescindibilidade da instrução específica para comprovar, caso a caso, a ocorrência de efetivo abalo à honra objetiva da pessoa jurídica para os fins do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Em suma:

É inviável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.267.828-MG, Rel. Min. Messod Azulay Neto, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

EXECUÇÃO PENAL

Mesmo que na sentença condenatória não tenha constado expressamente que o réu é reincidente, o juízo da execução penal poderá reconhecer essa circunstância para fins de conceder ou não os benefícios, como, por exemplo, a progressão de regime

Importante!!!

Assunto já apreciado no Info 662-STJ

ODS 16

Suponhamos que na sentença condenatória não constou que o apenado é reincidente. O juízo da execução, contudo, na fase de cumprimento da pena, percebeu que o condenado é reincidente. O juízo da execução penal poderá reconhecer essa circunstância negativa no momento de analisar se concede ou não os benefícios (ex: progressão).

O Juízo da Execução pode promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes, ainda que não esteja reconhecida expressamente na sentença penal condenatória transitada em julgado.

Tese fixada: A reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.049.870-MG e REsp 2.055.920-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1208) (Info 792).

Reincidência influencia na concessão de benefícios da execução penal

Se o condenado é reincidente ele terá requisitos mais gravosos no momento de receber eventuais benefícios na execução penal.

É o caso, por exemplo, da progressão de regime.

Se o condenado por crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça for primário, ele poderá progredir após cumprir 16% da pena. Por outro lado, se for reincidente, terá que cumprir 20% da pena. É o que preveem os incisos I e II do art. 112 da LEP:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

(...)

Suponhamos que na sentença condenatória não constou que o apenado é reincidente. O juízo da execução, contudo, na fase de cumprimento da pena, percebeu que o condenado é reincidente. O juízo da execução penal poderá reconhecer essa circunstância negativa no momento de analisar se concede ou não os benefícios (ex: progressão)? Para facilitar o entendimento, imagine a seguinte situação hipotética:

Em 2015, João praticou o crime “A”, tendo sido condenado em 2016, com trânsito em julgado.

Em 2017, João cometeu o crime “B”, tendo sido condenado em 2018, com trânsito em julgado.

O juízo que condenou João pelo crime “B” deveria ter reconhecido que ele é reincidente. Contudo, isso não constou expressamente na sentença.

Diante disso, na guia de execução penal de João ficou registrada a informação de que ele seria primário.

João iniciou o cumprimento da pena. O juízo da execução penal percebeu que o apenado é reincidente e que o atestado de pena está errado (consta que o condenado é primário).

O juízo da execução penal poderá determinar a retificação do atestado de pena e considerar, para todos os efeitos, que o condenado é reincidente mesmo isso não tendo constado expressamente na sentença?
SIM.

Na condução da execução penal, o magistrado deverá fazer cumprir aquilo que consta na sentença (título executivo penal) a respeito do quantum da pena, do regime inicial, bem como do fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritiva de direitos.

Por outro lado, as condições pessoais do condenado, como, por exemplo, a reincidência, podem e devem ser analisadas pelo juízo da execução penal, independentemente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória. Isso porque é também atribuição do juízo da execução individualizar a pena.

Conforme explica a doutrina:

“A individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado.” (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 23).

A individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos:

- a) na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador;
- b) na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e
- c) na execução penal, pelo Juízo das Execuções.

O reconhecimento da reincidência apenas pelo juízo da execução penal representaria reformatio in pejus ou afronta à coisa julgada?

NÃO. Isso porque não há desrespeito ao comando da sentença considerando que não haverá o agravamento da pena estabelecida no título executivo nem modificação do regime inicial para um mais severo.

O reconhecimento da reincidência ocorrerá para fins de progressão de regime, livramento condicional e outros institutos diretamente ligados à execução penal e que não são tratados na sentença condenatória. O reconhecimento da reincidência no processo de conhecimento possui fins específicos, quais sejam, agravar a pena e trazer mais rigor ao regime prisional inicial.

O reconhecimento da reincidência no processo de execução tem outras finalidades, que estão diretamente relacionadas com os benefícios do cumprimento da pena.

Assim, a intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu.

Em suma:

A reincidência pode ser admitida pelo juízo das execuções penais para análise da concessão de benefícios, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória.

STJ. 3ª Seção. REsp 2.049.870-MG e REsp 2.055.920-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/10/2023 (Recurso Repetitivo – Tema 1208) (Info 792).

EXECUÇÃO PENAL

A recusa do detento em aceitar alimento que julga impróprio para consumo, quando realizada de forma pacífica e sem ameaçar a segurança do ambiente carcerário, não configura falta grave

ODS 16

Caso concreto: João cumpre pena na unidade prisional. Ele e outros detentos organizaram uma “greve de fome” para protestar contra a qualidade da comida fornecida na prisão. Argumentou-se que a comida fornecida era imprópria para o consumo.

A administração do presídio considerou a conduta de João como falta grave, argumentando que ele estaria participando de um movimento para subverter a ordem ou a disciplina, incidindo, portanto, na previsão do art. 50, I, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84):

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

O STJ não concordou com a punição imposta.

Essa atitude, quando realizada de forma pacífica e sem ameaçar a segurança do ambiente carcerário, como no caso concreto, representa um exercício do direito à liberdade de expressão por parte do detento, bem como à alimentação suficiente, à assistência material e à saúde, conforme previsto no art. 41, I e VII, da LEP.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.418.453/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

Imagine a seguinte situação hipotética:

João cumpre pena na unidade prisional.

Ele e outros detentos organizaram uma “greve de fome” para protestar contra a qualidade da comida fornecida na prisão. Argumentou-se que a comida fornecida era imprópria para o consumo.

A administração do presídio considerou a conduta de João como falta grave, argumentando que ele estaria participando de um movimento para subverter a ordem ou a disciplina, incidindo, portanto, na previsão do art. 50, I, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84):

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
(...)

Diante disso, após processo administrativo, João foi sancionado com a regressão de regime em razão da prática de falta grave.

O apenado ingressou com agravo em execução contra a decisão imposta e o caso chegou até o STJ.

O STJ concordou com a punição imposta ao apenado?

NÃO.

O art. 50, I, da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) estabelece que comete falta grave o detento condenado à pena privativa de liberdade que incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina.

No contexto desse dispositivo legal, o termo “participar” significa envolver-se ativamente, cooperar ou contribuir para a realização de um movimento que tenha o propósito de desestabilizar a ordem ou a

disciplina, seja por meio de ações concretas, como o uso de violência ou ameaças, ou por meio de ações intelectuais, como o planejamento ou a organização das atividades. Aquele que incita, ou seja, que estimula, motiva ou encoraja outros indivíduos a praticar atos de subversão ou indisciplina de forma coletiva, também será responsabilizado por essa infração.

A “greve de fome” realizada pelos detentos pode, em determinadas circunstâncias, caracterizar a falta grave prevista no art. 50, I, da LEP, especialmente se o movimento resultar na configuração do crime de motim de presos, previsto no art. 354 do Código Penal, ou no crime de dano ao patrimônio público, conforme estabelecido no art. 163 do Código Penal:

Crime de motim

Art. 354 - Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Em tais situações, a recusa deliberada em se alimentar pode ser considerada parte de um movimento que busca subverter a ordem ou a disciplina no estabelecimento prisional, sujeitando os envolvidos às sanções correspondentes.

No entanto, a recusa do detento em aceitar alimento que julga impróprio para consumo não se configura como falta grave, uma vez que no ordenamento jurídico vigente não existe qualquer imposição que obrigue o indivíduo privado de liberdade a ingerir alimentos em circunstâncias que considere inadequadas.

Essa atitude, quando realizada de forma pacífica e sem ameaçar a segurança do ambiente carcerário, representa um exercício do direito à liberdade de expressão por parte do detento, direito esse amparado pelo próprio ordenamento jurídico no art. 5º, IV, da Constituição da República.

Além disso, é fundamental observar o art. 41 da Lei de Execução Penal, que elenca os direitos do preso, notadamente o direito à “alimentação suficiente” e à “assistência material e à saúde”.

A recusa em ingerir alimentos inadequados está intrinsecamente ligada à obrigação legal de proporcionar alimentação suficiente e está relacionada diretamente à assistência material e à saúde do detento. A ingestão de alimentos inadequados poderia prejudicar seriamente seu bem-estar físico e, consequentemente, sua saúde.

Portanto, a recusa do detento em se negar a aceitar alimento que julga impróprio para consumo não se caracteriza como falta grave. Ao contrário, essa atitude representa o exercício de seu direito à liberdade de expressão e à preservação de sua dignidade, respeitando os direitos fundamentais do ser humano no sistema penitenciário, conforme preconizam as leis nacionais e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Isso, desde que seja feita de forma ordeira e sem colocar em risco a ordem e a disciplina do estabelecimento prisional.

Em suma:

A recusa do detento em aceitar alimento que julga impróprio para consumo, quando realizada de forma pacífica e sem ameaçar a segurança do ambiente carcerário, não configura falta grave.

STJ. 5ª Turma. AREsp 2.418.453/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 17/10/2023 (Info 792).

EXERCÍCIOS

Julgue os itens a seguir:

- 1) A Administração Pública é obrigada a divulgar, permanentemente, edital de credenciamento em sítio eletrônico somente após a vigência da Nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas. ()
- 2) O reconhecimento da prescrição da pretensão não impede a cobrança judicial e nem a cobrança extrajudicial do débito ()
- 3) A publicidade do tipo puffing, cuja mensagem enaltece o fato de um aparelho de ar condicionado ser silencioso, não tem aptidão para ser fonte de dano difuso, pois não ostenta qualquer gravidade intolerável em prejuízo dos consumidores em geral. ()
- 4) A apropriação indébita previdenciária não é crime material. ()
- 5) 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. ()
- 6) A autorização judicial para que a polícia acompanhe as conversas dos suspeitos mediante o espelhamento via Whatsapp Web caracteriza-se como um meio de obtenção de prova equivalente à infiltração de agentes, sendo, portanto, extraordinário, mas válido. ()
- 7) É viável fixar, na esfera penal, indenização mínima a título de danos morais, sem que tenha havido a efetiva comprovação do abalo à honra objetiva da pessoa jurídica. ()
- 8) Mesmo que na sentença condenatória não tenha constado expressamente que o réu é reincidente, o juízo da execução penal poderá reconhecer essa circunstância para fins de conceder ou não os benefícios, como, por exemplo, a progressão de regime. ()
- 9) A recusa do detento em aceitar alimento que julga impróprio para consumo, quando realizada de forma pacífica e sem ameaçar a segurança do ambiente carcerário, não configura falta grave. ()

Gabarito

1. C	2. E	3. C	4. E	5. C	6. C	7. E	8. C	9. C
------	------	------	------	------	------	------	------	------