

Eletrônico



Estratégia
CONCURSOS

Cursos para pro

Curso Demonstrativo Procuradoria

Introdução.....	4
1. Estruturação da sentença	5
1.1 <i>Requisitos da sentença</i>	5
1.2 <i>Relatório</i>	5
1.3 <i>Fundamentação</i>	8
1.4 <i>Dispositivo</i>	11
1.4.1 Sentença condenatória.....	13
1.4.2 Sentença absolutória.....	14
1.5 <i>Autenticação</i>	23
2. Preliminares ao mérito	24
2.1 <i>Nulidades – aspectos gerais</i>	25
2.2. <i>Incompetência</i>	30
2.2.1 Foro por prerrogativa de função.....	33
2.2.2 Justiça Federal	33
2.2.3 Juizado Especial Criminal – JECrim	35
2.3. <i>Ilegitimidade das partes</i>	35
2.4. <i>Citação</i>	37
2.5. <i>Provas</i>	38
2.5.1. Produção antecipada.....	38
2.5.2 Provas ilícitas	39
2.5.3 Interceptação telefônica	41
2.5.4 Prova emprestada	42
2.5.5 Busca e apreensão.....	44
2.5.6 Laudo pericial.....	48
2.5.7 Inversão da ordem de oitiva de testemunhas.....	50
2.5.8 Carta precatória.....	50
3. Preliminares de mérito (extintivas da punibilidade).....	51
3.1. <i>Introdução</i>	51
3.2. <i>Morte do agente</i>	53
3.3. <i>Anistia, graça ou indulto</i>	53
3.3.1 Anistia.....	54
3.3.2 Indulto	55
3.3.3 Graça.....	55
3.4. <i>Abolitio criminis</i>	55
3.5. <i>Prescrição</i>	56
3.5.1. Introdução	56
3.5.2 Prescrição da pretensão punitiva	56
3.5.3 Prescrição da pena de multa	60
3.6. <i>Decadência</i>	60
3.7. <i>Perempção</i>	62
3.8. <i>Renúncia e perdão aceito</i>	62
3.9. <i>Retratação do agente</i>	63
3.10 <i>Perdão judicial</i>	64
4. Questões prejudiciais	65
5. Mérito	67
5.1. <i>Materialidade do delito</i>	69
5.2. <i>Autoria e participação</i>	70
5.3. <i>Tipicidade</i>	74



5.3.1. Qualificadoras e demais circunstâncias legais.....	75
5.4. <i>Ilicitude ou antijuridicidade</i>	77
5.5. <i>Culpabilidade</i>	77
5.6 <i>Emendatio e mutatio libelli</i>	79
6. Individualização da pena.....	80
6.1. <i>Critério de aplicação da pena</i>	81
6.2. <i>Dosimetria da pena</i>	82
6.2.1. Primeira fase – pena-base	82
6.2.1.1. Circunstâncias judiciais.....	82
a) Culpabilidade	82
b) Antecedentes.....	85
c) Conduta social.....	87
d) Personalidade do agente	89
e) Motivo do crime	90
f) Circunstâncias do crime	93
g) Consequências do crime.....	95
h) Comportamento da vítima	96
6.2.1.2 Circunstâncias judiciais em crimes específicos	97
6.2.1.3 Forma de cálculo	98
6.2.2 Segunda fase – pena provisória	101
6.2.2.1 Forma de cálculo	103
6.2.2.2 Circunstâncias preponderantes e concurso de circunstâncias	105
6.2.3 Terceira fase – pena definitiva	107
6.2.3.1 Forma de cálculo e concurso de causas.....	110
6.2.4 Concurso de crimes	113
6.2.4.1 Concurso material.....	113
6.2.4.2 Concurso formal	114
6.2.4.3 Crime continuado	116
6.3 <i>Pena de multa</i>	119
6.3.1 Quantidade de dias-multa	120
6.3.2 Valor do dia-multa	122
6.3.3 Concurso de crimes e multa	124
6.4. <i>Regime inicial de cumprimento da pena</i>	124
6.4.1 Detração	130
6.5. <i>Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos</i>	132
6.5.1 Espécies de penas restritivas de direito	133
6.5.2 Requisitos para substituição	136
6.5.3 Critérios a serem adotados e a multa vicariante	137
6.6 <i>Suspensão condicional da pena (sursis)</i>	138
6.6.1 Espécies de <i>sursis</i>	139
6.7. <i>Efeitos da condenação</i>	141
6.7.1 Efeito principal ou primário da condenação	141
6.7.2 Efeitos secundários da condenação.....	141
6.7.3 Efeitos que deverão constar na sentença	148
6.8 <i>Efeitos da absolvição</i>	148
6.8.1 Efeitos principais	148
6.8.2 Efeitos secundários	150
6.9 <i>Providências finais</i>	151



6.9.1. Prisão ou liberdade	151
6.9.2 Custas processuais.....	153
6.9.3 Expedição da guia de execução	154
6.9.4 Comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral.....	154
6.9.5 Comunicação/intimação da vítima.....	155
6.9.6 Rol dos culpados – providência revogada	155
6.9.7 Providências específicas e destinação de bens.....	155
6.9.8 Arquivamento	157
<i>6.10 Epílogo</i>	<i>157</i>
<i>6.11 Autenticação</i>	<i>158</i>
7. Peculiaridades em alguns crimes.....	158
<i>7.1. Furto</i>	<i>158</i>
7.1.1 Momento da consumação.....	158
7.1.2 Insignificância.....	159
7.1.3 Súmulas aplicáveis	161
<i>7.2. Roubo</i>	<i>161</i>
7.2.1 Consumação	161
7.2.2 Arma de fogo desmuniada e majorante.....	162
7.2.3 Apreensão da arma de fogo e majorante	162
7.2.4 Unidade de contexto fático e pluralidade de vítimas	163
7.2.5 Súmulas aplicáveis	163
<i>7.3. Tráfico de entorpecentes.....</i>	<i>163</i>
7.3.1 Laudo definitivo	163
7.3.2 Majorantes	164
7.3.3 Minorante – tráfico privilegiado	166
7.3.4 Associação para o tráfico.....	168
7.3.5 Súmulas aplicáveis	168
<i>7.4. Receptação</i>	<i>169</i>
7.4.1 Ônus da prova e procedência (i)lícita do bem	169
Referências.....	170

INTRODUÇÃO

Dentro da ideia de prepará-lo para as *provas escritas da magistratura*, este é um material fundamental e de singular importância. Cuidaremos da **sentença criminal**, sua metodologia própria, tentando trazer um resumo dos principais pontos e questões que são abordados, acompanhados da jurisprudência mais atual (não obstante sua volatilidade) e de apontamentos doutrinários que prevalecem, sem esquecer de sugestões pontuais de redação.

É evidente que a elaboração de uma 'boa' sentença criminal comporta um conhecimento técnico-científico bastante amplo, de direito *processual* e, mais ainda, de direito *material*. Não vamos aqui retomar todos os conceitos e definições, estudando todas as variantes dos institutos referidos. A pretensão é consolidar informações essenciais, na exata medida em que elas sejam necessárias para elaboração das peças nas fases escritas dos certames.

Daí a necessidade – e a nossa sempre presente preocupação – de que o candidato tenha um material de direito penal e de processo penal muito abrangente e tecnicamente consistente. A profundidade do conhecimento exigido vai sendo progressivamente maior conforme as etapas do concurso. Não vai dar tempo de o candidato 'reaprender' lições jurídicas entre a fase objetiva e discursiva dos concursos.

Então, aqui, com este material, não é oportunidade de 'esgotar' os temas jurídicos. Diferentemente, vamos reproduzir algumas definições, com abrangência e funcionalidade suficientes para que você não tenha dificuldades na elaboração da sua minuta de sentença. Assim como o concurso da magistratura vai aprofundando as exigências, nós também tentamos afunilar e especificar a construção do conhecimento jurídico necessário para o êxito nessa carreira.

Por fim, sempre dando prioridade para o fórum do site do Estratégia para esclarecimento de dúvidas e apontamentos, seguem nossas redes sociais para que possam nos acompanhar em outras dicas e orientações:

Instagram: [@prof.leotavares](https://www.instagram.com/prof.leotavares)

Facebook: <https://www.facebook.com/prof.leotavares>

Telegram: <https://t.me/processopenal>



1. ESTRUTURAÇÃO DA SENTENÇA

1.1 REQUISITOS DA SENTENÇA

No estudo da sentença penal, verificar o seu conteúdo e os seus requisitos certamente é uma etapa fundamental. “Segundo a doutrina, esses requisitos subdividem-se em intrínsecos - relatório, fundamentação e dispositivo - e extrínsecos, os quais estão relacionados à autenticação da decisão” (LIMA, 2018).

No artigo 381 do CPP temos os elementos necessários de uma sentença judicial. A falta de um ou mais deles pode implicar em nulidade, observado o art. 564, IV do CPP e demais regras e princípios atinentes. Nem todo vício gera nulidade (invalidação); constatamos isso quando estudamos as *nulidades* no processo penal.

O Código de Processo Penal, no art. 381 e seguintes, disciplina os requisitos formais da sentença penal. A ausência dessas formalidades torna viciada a decisão, sendo que a natureza dessa mácula pode oscilar de uma simples irregularidade até a inexistência do ato, dependendo do caso concreto (AVENA, 2017).

TOURINHO FILHO explica, sucintamente, sobre a **estrutura lógica da sentença**:

A estrutura lógica de uma sentença assemelha-se a verdadeiro silogismo, em que a premissa maior é representada pelo texto legal, a premissa menor ou premissa fática, pelo fato *sub judice* e, finalmente, a conclusão, representada pela subsunção do fato examinado à lei. Diz o art. 155 do CP ser punido com um a quatro anos de reclusão aquele que subtrair coisa alheia móvel para si ou para outrem. Essa a premissa maior. O Promotor oferece denúncia em relação a Mévio imputando-lhe um crime de furto. No momento da sentença, o Juiz, após analisar as provas, concluiu que efetivamente Mévio furtara, e o condena a um ano de reclusão. Se furto é crime punido com um a quatro anos, e se Mévio furtou, logo deve ser condenado (FILHO, 2010).

Analisando sistematicamente, de maneira abrangente e generalizada, podemos dizer que toda sentença, seja cível ou criminal, essencialmente tem três partes: **relatório**, **fundamentação** e **dispositivo** (há os que destacam a **autenticação**). No caso da sentença penal condenatória, talvez (para alguns) uma quarta parte – a **dosimetria** (para outros a **dosimetria** estaria incluída no **dispositivo**).

Ao largo da controvérsia, o importante, neste momento, é que você aprenda a elaborar e passar por essas etapas.

1.2 RELATÓRIO

Vamos analisar separadamente o art. 381 do CPP:



Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

Tanto a qualificação das partes (inciso I) quanto a exposição referida no inciso II estão dentro do que compreendemos como **relatório**. Constitui a primeira parte da sentença, na qual o juiz deve relatar/descrever, de forma objetiva e impessoal (o quanto possível, sem antecipar juízo de valor), aquilo que de mais importante ocorreu ao longo do procedimento; principalmente os fatos e atos processuais que foram determinantes para o desfecho do processo.



Existem sentenças que dispensam o relatório? SIM, pelo menos dois exemplos se apresentam: **1º)** as sentenças do Juizado Especial (art. 81, § 3º da Lei 9.099/1995), em infrações de menor potencial ofensivo; **2º)** as sentenças do Tribunal do Júri, em que o relatório do processo é feito antes, quando da preparação, e não dentro da sentença quando do julgamento em plenário (art. 423, II c/c o art. 492 do CPP).

A prática forense e a jurisprudência têm usado e admitido (muito em razão da grande demanda de processos) relatórios cada vez mais concisos/' enxutos', sem que isso implique em nulidade.

Em linhas gerais, o **relatório** consiste no resumo das principais etapas do procedimento e dos incidentes que, eventualmente, tenham sido suscitados ou resolvidos no curso do processo. Ressalvada a hipótese prevista no art. 81, § 3º, da Lei 9.099/1995, que dispensa o relatório nas sentenças do Juizado Especial Criminal, a ausência dessa formalidade é causa de nulidade absoluta da sentença, já que se trata de formalidade essencial do ato (art. 564, IV, do CPP).

A exigência de **identificação das partes**, prevista no art. 381, I, do CPP, justifica-se no fato de que a coisa julgada, consistente na imutabilidade da decisão, apenas ocorre entre partes determinadas. Sendo assim, há a necessidade de que sejam elas individualizadas, se não por seus nomes, no mínimo com as indicações necessárias às suas identificações de forma segura. Evidentemente, nos processos iniciados por meio de denúncia, não será preciso e até seria atécnico mencionar o juiz na sentença o nome do Promotor de Justiça que a subscreveu, mesmo porque a impessoalidade é característica da instituição ministerial. O Promotor fala em nome do Ministério Público e não em nome próprio. Tratando-se, porém, de ação penal intentada mediante queixa, a referência ao nome do querelante é obrigatória, sob pena de nulidade.

Quanto à **ausência do nome da vítima** na sentença proferida em ação penal pública, não sendo sujeito ativo ou passivo da demanda, a omissão, quando muito, poderá caracterizar uma irregularidade, sem força para nulificar o ato. Nesse sentido: "*Não há nulidade por ausência de menção do nome da vítima na sentença condenatória, se esta faz alusão constante à denúncia, onde consta a qualificação completa*". Se, contudo, a vítima habilitou-se como assistente de acusação, neste caso a referência a essa habilitação deverá ser feita, mas não a título de identificação das partes, e sim como incidente processual ocorrido após o recebimento da denúncia. Mesmo nesse caso, não

vislumbramos nulidade (e sim irregularidade) pela ausência de menção ao nome da vítima-assistente, bastando que o fato de sua admissão no processo seja mencionado. Tocante à **identificação do réu**, trata-se de formalidade obrigatória sob pena de nulidade absoluta, com presunção de prejuízo. Mesmo porque, sendo a qualificação do acusado ou os elementos pelos quais se possa identificá-lo requisito obrigatório da denúncia e da queixa (art. 41 do CPP), não seria admissível ao juiz, no ato que encerra o processo de conhecimento, omitir-se na respectiva menção. Entretanto, conforme refere Mirabete, o erro material a respeito do nome não é substancial, desde que se possa identificar a parte. Perceba-se que, na prática, são frequentes as hipóteses de réus processados com nome falso, não importando esta situação em nulidade quando não houver dúvida de que a pessoa acusada é, fisicamente, aquela contra quem se pretendeu imputar o fato criminoso.

Por outro lado, relativamente à exigência de **exposição sucinta da acusação e da defesa**, consiste na referência, pelo magistrado, às teses acusatórias e defensivas suscitadas no processo, importando a ausência, mais uma vez, em causa de nulidade. Não é necessário, para fins de cumprir esta exigência legal, que o relatório seja minucioso quanto à referência às teses das partes, sendo suficiente que ao delinear as fases do procedimento criminal faça menção aos argumentos por elas deduzidos perante o juiz. E se, ausente menção às teses das partes no relatório, forem estas apreciadas na fundamentação? Segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do CPP, não há que se falar em declaração de nulidade se não estiver concretamente demonstrado o prejuízo. Assim, afasta-se a mácula de nulidade se, mesmo existente o defeito no relatório, o *decisum* analisa em seu bojo a prova coletada em face dos argumentos oferecidos pelos interessados (AVENA, 2017).

Por fim – e essa orientação também servirá para todo o restante da sentença –, é de grande importância que seja feita referência à **posição** dos eventos, elementos ou provas mencionados (caso constem do enunciado), seja em autos físicos (fls. 10/12; fl. 89, por exemplo) ou em processos eletrônicos (movimento *ou* mov. 12; evento 54.2). Essa referência será feita nas primeiras sugestões de redação, mas será omitida nas demais para evitar repetições desnecessárias no material.

Sugestões e exemplos de abordagem do tema:

1) RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia em face do réu qualificado na inicial, segundo os fatos narrados no inquérito policial e descritos na peça acusatória, impingindo-lhe(s) o(s) seguinte(s) crime(s): furto qualificado tentado – art. 155, § 4º, inc. I e IV c/c art. 14, inc. II, CP.

A prisão em flagrante foi relaxada (fl. xx); a denúncia, por sua vez, oferecida às fls. xx. Não sendo o caso de rejeição, a inicial acusatória foi recebida em 17-04-2013 (fl. xx). Devidamente citado (fl. xx), o denunciado apresentou resposta à acusação (fls. xx) através de defensor nomeado. Realizada a audiência de instrução e julgamento (fls. xx), nos termos do art. 400 do CPP, foram inquiridas três testemunhas de acusação e tomado o interrogatório do acusado.

Em sede de alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação do acusado, nos termos da denúncia, ponderando acerca da dosimetria, bem como a respeito da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fls. xx).



A defesa, em um primeiro momento, pugnou pela 'condenação' (fls. Xx). A decisão de fls. xx declarou o acusado indefeso, nomeando novo defensor. Às fls. xx, em memoriais, pugnou-se pela 'absolvição'; subsidiariamente, pela aplicação da pena em seu grau mínimo com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2) RELATÓRIO.

O Ministério Público ofereceu denúncia em face do(a,s) réu(s) qualificado(a,s) na inicial, segundo os fatos narrados no inquérito policial e descritos na peça acusatória, impingindo-lhe(s) o(s) seguinte(s) crime(s): receptação e associação criminosa – art. 180 e art. 288, ambos dos Código Penal.

Os acusados foram presos em 17-04-2014. Com exceção de Fulano (movimento xx), os acusados permaneceram custodiados durante o trâmite do processo (movimento xx).

Não sendo o caso de rejeição liminar, a denúncia foi recebida em 22-05-2014 (movimento xx). Citação pessoal nos movimentos xx.

Fulano, Beltrano e Ciclano apresentaram resposta à acusação (movimentos xx e x) mediante defensores constituídos (procurações nos movimentos xx e x).

Foram arroladas quatro (4) testemunhas de acusação e dez (10) de defesa. Na audiência de instrução e julgamento, cindida em dois atos, tomaram-se as declarações de oito (8) pessoas ao todo, interrogando-se os acusados. Através de carta precatória foram inquiridas outras duas (2) testemunhas.

Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela absolvição dos acusados quanto ao crime de associação criminosa e pela condenação, tão somente, de Fulano e Beltrano no crime de receptação, ponderando sobre aspectos relacionados à aplicação da pena (movimento xx). A defesa, por sua vez, tecendo considerações a respeito da prova produzida, requereu a absolvição de Ciclano e, relativamente aos demais acusados, pediu a aplicação da pena (art. 180, CP) no mínimo legal (movimento xx).

São apenas sugestões quanto à forma de elaboração do relatório, em casos relativamente simples. Não existe um 'padrão' estabelecido em lei. Cada juiz tem sua maneira de reportar. Desde que isso seja feito de forma descritiva e impessoal, na medida do possível sem antecipar juízo de valor, tudo certo! O importante é que se resuma, cronologicamente, os principais atos do processo, eventuais intercorrências relevantes e teses principais das partes.

E, convenhamos, é uma das partes mais singelas da sentença, de limitada importância para as provas, inclusive sendo dispensada em muitos certames.

1.3 FUNDAMENTAÇÃO

Seguimos no art. 381 do CPP, que diz o que a sentença deve conter:

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

Esses incisos tratam, a bem da verdade, da **motivação** ou da **fundamentação** das sentenças. É a parte mais importante e ao mesmo tempo a mais complexa das decisões judiciais, sem as quais



elas não ganham *legitimidade* ✓; a própria Constituição Federal se preocupou com isso ao estabelecer, no artigo 93, que:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...];

O juiz tem o seu livre convencimento (art. 155, CPP) – é fato; todavia, para que esse poder não se torne arbitrário, tanto a Constituição Federal quanto as leis, nas mais variadas áreas jurídicas, exigem a motivação.

O Pacote Anticrime, nessa toada, estabeleceu no CPP como causa de nulidade a **carência de fundamentação** (art. 564, V). A Lei 13.964/2019, além disso, aproveitou e trouxe para o CPP parâmetros legais para se avaliar sobre a carência de fundamentação. Aquilo que está no § 1º do art. 489 do CPC foi 'incorporado' (praticamente idêntico) no § 2º do art. 315 do CPP. Embora esses parâmetros tenham sido alocados no capítulo do Código que trata da prisão preventiva, eles são perfeitamente aplicáveis para outras espécies de decisões judiciais; tanto que o § 2º do art. 315 fala em *qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão*.

§ 2º **Não se considera fundamentada** qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, **que**:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Repare que normativamente o 'cerco' vai se fechando em relação à necessidade de fundamentação das decisões judiciais. A CF exige e consigna sobre nulidade; o CPP exige e expressa sobre nulidade; a jurisprudência há muito reclama por motivação *concreta*, e isso também foi referido pela lei no § 2º do art. 312 do CPP; a lei vai além e erige parâmetros mais objetivos e específicos de fundamentação.



Existem decisões que dispensam a fundamentação? SIM, muito excepcionalmente, mas SIM. A exceção fica por conta da decisão dos jurados no Tribunal do Júri, submetidas ao sigilo (Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII), garantia específica incompatível com a fundamentação.

Perceba-se que essa desnecessidade de motivação aplica-se apenas às questões apreciadas pelos jurados – materialidade, autoria, eventual absolvição do acusado, causas de diminuição de pena, qualificadoras e causas de aumento de pena –, já que apenas o juiz leigo está protegido pela garantia constitucional do sigilo das votações. Todavia, quanto à pena a ser aplicada pelo juiz presidente, há necessidade de fundamentação do decreto condenatório, já que vigora, em relação ao juiz togado, o sistema da persuasão racional (convencimento motivado) (LIMA, 2018).

E até onde vai, ou, qual a extensão desse dever judicial de motivação das decisões? A resposta vem nas palavras de NORBERTO AVENA:

A exigência de fundamentação na sentença **não** importa em obrigar o juiz a manifestar-se, de forma direta e expressa, em relação a todas as ponderações das partes. Obviamente, devem ser examinadas todas as teses apresentadas pela acusação e defesa, sob pena de nulidade. Tal análise, contudo, pode ser feita contextualmente, sem a necessidade de resposta individualizada a todos os argumentos. Esse é o entendimento dominante na visão dos tribunais, compreendendo-se que, “para cumprir a determinação constitucional de fundamentação das decisões judiciais, é desnecessário que o Magistrado transcreva ou responda a toda sorte de alegações suscitadas no transcorrer do processo penal, bastando que examine as circunstâncias fáticas e jurídicas relevantes, podendo, na fundamentação, apresentar tese contrastante com aquela defendida pelas partes, valer-se da doutrina e da jurisprudência, além, por óbvio, das provas produzidas, desde que fique claro, em sua exposição, as razões que embasaram o seu convencimento (AVENA, 2017).

Em outras palavras: a fundamentação não pode ser tida como um apanhado de itens em que o juiz responderia a um ‘questionário’ de argumentos erigidos pelas partes; não é essa a ideia.

Ainda dentro do contexto da fundamentação, há se falar da chamada fundamentação por referência ou per relationem. Reflete as situações em que o juiz, ao invés de trazer fundamentos de sua autoria ou de seu intelecto na decisão que prolata, faz remissão/referência a razões outras, normalmente trazidas pelas partes.

Normalmente isso acontece diante da pertinência ou da propriedade das razões apresentadas pelas partes – que devem ser especificadas pelo juiz –, que acabam sendo aproveitadas por economia e brevidade processual (evitando-se a redundância), dentro do contexto de uma fundamentação judicial mais abrangente. Em termos simples: é quando o juiz, por economia e brevidade, aproveita as razões apresentadas pelas partes como fundamento para decidir.

Não há vedação a que o Poder Judiciário faça uso de motivação por remissão (jurisprudência tem admitido). Mas, cuidado: admitir isso não importa autorizar a mera referência à manifestação da parte como fundamento genérico do *decisum*, com um todo. Não basta, enfim, para suprir a



exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais, a simples transcrição, por exemplo, de todo parecer do Ministério Público (ou referência a ele). É necessário que sejam apontados, de forma expressa, quais as partes que serão aproveitadas para resolver quais específicas questões controversas.

Embora admita essa técnica, o Superior Tribunal de Justiça vem exigindo que a fundamentação não se constitua unicamente da remissão a argumentos de outras peças processuais, de modo que a decisão deve conter um mínimo de motivação autônoma:

[...] FUNDAMENTAÇÃO *PER RELATIONEM*. NECESSIDADE DE UM MÍNIMO DE ARGUMENTOS PRÓPRIOS. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É válida a utilização da técnica da fundamentação *per relationem*, em que o magistrado adota trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios. Precedentes.

2. O Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação interposta pela defesa, limitou-se a transcrever a manifestação do Ministério Público, sem haver apresentado nenhuma motivação autônoma para justificar o não provimento do recurso, o que evidencia a nulidade do respectivo acórdão. [...] (AgRg no HC 553.643/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020).

ESCLARECENDO!



Em suma: é possível a fundamentação por remissão ou referência; isso não pode acontecer de forma abrangente e genérica, mas sim de maneira pontual e específica, não descuidando o juiz de fundamentos outros que lhe sejam próprios.

Um exemplo de uso da técnica seria o juiz dizer mais ou menos isso numa sentença, num determinado ponto da fundamentação:

No que se refere ao alibi apresentado pela defesa, faço remissão (e aproveito como fundamento) às razões apresentadas pelo Ministério Público, em seus memoriais, no evento xx, item xx, inclusive comparando os pontos de localização das ERBs, para efeito de descartar a possibilidade de o imputado estar onde disse (quando do interrogatório), no momento em que ocorria o crime.

Diversas matérias que podem e devem ser analisadas por ocasião da fundamentação serão tratadas na sequência, logo após o estudo a respeito da estruturação da sentença.

1.4 DISPOSITIVO

Conforme o art. 381 do Código de Processo Penal, a sentença também deve conter:

V - o dispositivo;



É a conclusão, o resultado do ato decisório que encerra os seus comandos essenciais. É a expressa resolução do juiz 🧑🏻‍⚖️ que normalmente decorre da fundamentação que utilizou. É o dispositivo que norteia a execução do julgado, daí a necessidade de ser claro, preciso e específico. Quer saber, direta e objetivamente, o que o juiz decidiu em determinado processo? Veja o dispositivo!

É nessa parte da sentença penal que deve estar claro se o magistrado absolveu ou condenou o réu. No primeiro caso especificando a causa do art. 386 do CPP aplicável; no segundo, dizendo em qual crime, indicando em qual tipo penal (artigo de lei penal incriminadora) julgou o réu incurso, inclusive para efeito de aplicação da pena (inc. III do art. 387 do CPP).

Nesta fase, tratando-se de sentença condenatória, deverá o juiz consignar o tipo legal (artigo de lei) em que inserida a conduta criminosa pela qual está sendo responsabilizado o réu. A falta dessa indicação é causa de nulidade, que, todavia, estará sanada se tiver sido feita referência ao *nomem iuris* do crime. Já na sentença absolutória, impõe-se ao magistrado declinar o respectivo fundamento dentre os incorporados aos arts. 386, 397 ou 415 do CPP, *v.g.*, a atipicidade da conduta, a ausência de provas de autoria, o agir sob o amparo de excludente de ilicitude etc. Esta referência é importante pelo fato de que, em determinadas hipóteses, a sentença penal absolutória elide a obrigação de indenizar, assegurando-se ao réu absolvido a certeza de que contra si não poderá ser intentada ação de reparação de danos pelo ofendido. [...] Perceba-se que a falta de menção, na sentença absolutória, ao inciso dos arts. 386, 397 ou 415 do CPP, no qual ela se sustenta, não implicará nulidade se, pelo teor de sua motivação, for possível deduzir, com certeza, qual seja esse fundamento. Incide, neste caso, o princípio geral de que nenhuma nulidade será declarada se não houver causado prejuízo a qualquer das partes (art. 563 do CPP) (AVENA, 2017).¹

A ausência de dispositivo é vício gravíssimo, até mesmo pela conclusão lógica de que uma decisão sem dispositivo não é propriamente uma decisão, já que nada decide. Por isso, é tratada pela doutrina como hipótese de inexistência jurídica do provimento judicial, que deve ser tratado como um não ato (LIMA, 2018).

Uma última informação: é o dispositivo de uma sentença que faz coisa julgada e ele não necessariamente se restringe ao seu desfecho ou à sua parte final. É possível encontrar partes conclusivas do julgado (e isso é dispositivo) dentro da fundamentação. Nesse sentido:



[...] 3. É cediço que é o dispositivo da sentença que faz coisa julgada material, abarcando o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do *decisum*, compondo a *res judicata*. Esse o posicionamento do STJ, porquanto "A coisa julgada está delimitada pelo pedido e pela causa de pedir

¹ Embora na prática processual possa não acarretar nulidade, no concurso, evidentemente, não se pode esquecer disso; certamente haverá desconto na nota.

apresentados na ação de conhecimento, devendo sua execução se processar nos seus exatos limites" [...] 4. Nesse sentido, valioso e atual revela-se o escólio de Humberto Theodoro Junior, o qual assentou em artigo publicado em revista especializada, *verbis*: "É na conjugação dos atos das partes e do juiz que se chega aos contornos objetivos da coisa julgada. São, pois, as pretensões formuladas e respectivas causa de pedir (questões litigiosas) julgadas pelo Judiciário (questões decididas) que se revestirão da eficácia da imutabilidade e indiscutibilidade de que trata o art. 468 do CPC".

(...) "Ressalte-se, mais uma vez, que o dispositivo da sentença não se confunde com o texto final do julgado, mas deve ser localizado em todos os momentos da sentença em que o julgador deu solução às questões que integram a *causa petendi*, seja da demanda do autor, seja da defesa do réu, como adverte Liebman na seguinte passagem: "Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a fase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura tenha considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo" (*in* "Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação", Revista de Processo nº 167, ano 34, janeiro de 2009).

5. No mesmo sentido, a doutrina de José Frederico Marques, *verbis*: "A coisa julgada material tem como limites objetivos a lide e as questões pertinentes a esta, que foram decididas no processo. (...) O que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a *causa petendi*, isto é, o pedido e o fato constitutivo que fundamenta a pretensão. Portanto, a limitação objetiva da coisa julgada está subordinada aos princípios que regem a identificação dos elementos objetivos da lide" (Manual de Direito Processual Civil, Volume III, 3ª Ed, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 237). (Rcl 4.421/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/02/2011, DJe 15/04/2011)

Embora o julgado tenha como referência um processo civil, a ideia, guardados os devidos temperamentos, se aplica ao processo penal. Portanto, é no dispositivo da sentença que encontramos as 'respostas' do juiz em relação aos 'pedidos' das partes (ou pretensões acusatórias). Muitas vezes, partes das respostas podem estar na fundamentação; não somente no tópico final da peça elaborada pelo magistrado (que não encontra um padrão fechado). Esse contexto tem de ser observado para se chegar à conclusão daquilo que transita em julgado.

1.4.1 Sentença condenatória

Sentença penal condenatória "é aquela que reconhece a responsabilidade criminal do acusado em decorrência de infração a uma norma penal incriminadora, imputando-lhe, em consequência, uma pena. Exige, deste modo, comprovação plena acerca da autoria e da materialidade do delito imputado, não bastando um mero juízo de possibilidade ou probabilidade" (AVENA, 2017).

Além de relatório, fundamentação, dispositivo e autenticação, a sentença condenatória tem elementos próprios disciplinados em lei, especialmente no art. 387 do CPP. Esses elementos e os efeitos dessa sentença serão analisados em momentos próprios, na sequência.



De todo modo, vale registrar que o julgamento da pretensão punitiva constante da denúncia (ou dos seus pedidos) poderá ser *procedente*, *parcialmente procedente* (condenando-se nos seus termos ou apenas em parte) ou *improcedente* (absolvendo-se o acusado das imputações).

Exemplos de dispositivo em sentença condenatória:

DISPOSITIVO:

1) JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva constante na denúncia de fls. xx, para o efeito de condenar Fulano de Tal como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inc. I e IV c/c art. 14, inc. II do Código Penal – ou seja – tentativa de furto qualificado.

2) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva constante na denúncia, para o efeito de:

a) condenar Fulano de Tal e Beltrano de Tal como incurso nas sanções do art. 180 do CP – ou seja – receptação, absolvendo Ciclano de Tal da imputação de furto (art. 155, CP), com fundamento no art. 386, VII do CPP;

b) absolver Fulano, Beltrano e Ciclano da imputação constante do art. 288 do Código Penal, na forma do art. 386, inc. VII do CPP.

São só exemplos de dispositivos. Não há uma formação legal e fechada quanto a eles. Importante que fique claro o resultado da imputação inicial. Em caso de condenação, especificando-se o tipo penal em que incurso o réu; em caso de absolvição, expressando-se qual o motivo – ou seja, qual o inciso do art. 386 do CPP utilizado. Isso é importante para definição da extensão e reflexos da coisa julgada.

1.4.2 Sentença absolutória

Existe uma classificação específica para as sentenças absolutórias:

- a) **sentenças absolutórias próprias**: são as mais comuns, aquelas que não acolhem a pretensão punitiva, liberando o acusado de qualquer sanção; são aquelas que julgam “improcedente o pedido condenatório formulado pela acusação, importando em reconhecimento pleno da inocência do acusado, da qual não decorre a imposição de medida de segurança” (LIMA, 2018). Em termos mais simples: são aquelas que absolvem ‘mesmo’, ‘de verdade’, não resultando em qualquer imposição/sanção para o réu.
- b) **sentenças absolutórias impróprias**: embora não acolham a pretensão punitiva, reconhecem a prática do injusto penal e aplicam ao réu medida de segurança. Para aqueles casos em que o réu é inimputável, nos termos do art. 386, parágrafo único, inc. III do CPP e art. 96 e seguintes do Código Penal. Ganham o nome de *impróprias* justamente porque, não obstante a absolvição, o sujeito fica submetido a essa medida que, na prática, impõe restrições à sua liberdade.
- c) **absolvição sumária**: como o próprio nome sugere, esse tipo de absolvição ocorre de modo antecipado, antes do momento oportuno de julgamento. Existem duas formas de absolvição sumária:

- o aquela prevista no art. 397 do CPP – uma espécie de julgamento antecipado da lide no processo penal, mediante a qual o juiz, diante de manifesta situação de absolvição assim o declara antes mesmo da produção das provas;
- o aquela que encerra primeira fase do procedimento do júri (art. 415 do CPP), na qual o juiz verifica uma clara situação de inocência ou de isenção de pena e absolve o réu antes mesmo de encaminhá-lo a julgamento em plenário.

Embora o nome jurídico seja o mesmo e ambas as situações não sejam compatíveis com a dúvida, implicando em julgamento de mérito, caracterizam modalidades diferentes. A primeira ocorre no procedimento comum, antes da produção das provas; a segunda é do rito especial do júri (bifásico) e tem lugar apenas após a produção de provas que se realiza na primeira fase.

Além dessas três espécies, BRASILEIRO ainda faz alusão a outras duas:

d) absolvição sumária imprópria: consiste no julgamento antecipado da demanda para fins de absolvição do acusado inimputável do art. 26, *caput*, do CP, que, porém, sofre a imposição de medida de segurança (internação ou tratamento ambulatorial). Quanto à possibilidade de absolvição sumária imprópria, ou seja, a absolvição da qual decorre a imposição de medida de segurança proferida no limiar do processo, é sabido que, no âmbito do procedimento comum, o art. 397, inciso II, do CPP, veda a possibilidade de absolvição sumária do inimputável. No âmbito do Júri, todavia, o art. 415, parágrafo único, do CPP, autoriza que o juiz absolve sumariamente o acusado inimputável do art. 26, *caput*, do Código Penal, desde que a inimizabilidade seja a única tese defensiva.

e) sentença absolutória anômala: é a decisão que concede o perdão judicial ao acusado. Tal decisão é denominada de anômala porque não existe uma verdadeira absolvição, mas sim um pronunciamento que só formal e impropriamente pode ser chamado absolutório, visto que, substancialmente, é de condenação.

Esta terminologia - *absolvição anômala* - é usada por poucos doutrinadores, já que há intensa controvérsia quanto à natureza jurídica da decisão que concede o perdão judicial. Há quem entenda que, na verdade, referida decisão tem natureza condenatória, pois o juiz somente perdoa o imputado, nas hipóteses expressamente previstas em lei, após valoração da prova e verificação da procedência da acusação. Caso contrário, não haveria razão para perdoá-lo. Prevalece, todavia, o entendimento de que a decisão concessiva do perdão judicial é simplesmente declaratória de extinção da punibilidade. Nesse sentido, aliás, a súmula nº 18 do STJ preconiza que "a sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório".

É necessário que o juiz vincule a improcedência da ação aos motivos enumerados no art. 386 do CPP – isso para definir sobre responsabilidades, inclusive em outros ramos do Direito, bem como para traçar os limites objetivos da coisa julgada.

Essa necessidade é imposta pela lei. O *caput* do art. 386 do CPP estabelece que quando o juiz  absolver o réu *mencionará* "a causa na parte dispositiva":

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

Neste momento, o foco é saber interpretar os motivos de absolvição constantes dos incisos do art. 386 do CPP. Nesse sentido, vamos um a um para melhor compreender.

I - estar provada a inexistência do fato;

Quando as provas produzidas demonstram (veja que a lei fala em *provada*) que o fato sobre o qual se baseia a acusação não aconteceu – juízo de convicção/certeza; o fato utilizado para subsunção ao modelo legal de conduta proibida não existiu. Nesse caso, “o juiz formou sua convicção no sentido da inexistência do fato delituoso. Não se trata de falta de provas, ou de um estado de dúvida. Na verdade, há prova nos autos que confirmam peremptoriamente que o fato delituoso imputado ao acusado não ocorreu” (LIMA, 2018). Essa causa de absolvição exclui também a responsabilidade civil.

A decisão judicial aqui mencionada diz respeito não à insuficiência de provas, como é o caso da maioria das hipóteses do art. 386, mas à possibilidade de existir prova categórica da inexistência da própria materialidade apontada na denúncia ou queixa. O dispositivo é bastante ousado, na medida em que pretende possível a produção de certeza quanto à inexistência de algo, quando muito mais viável e factível se nos apresenta a possibilidade de se comprovar a existência do que quer que seja (PACELLI, 2018).

Um exemplo: o juiz, analisando as provas de um processo onde consta uma acusação de furto (art. 155 do CP), chega à conclusão indubitada de que não houve subtração; em verdade, a vítima tinha perdido o objeto que foi posteriormente encontrado.

II - não haver prova da existência do fato;

Quando não há provas suficientes e seguras de que o fato tenha, efetivamente, ocorrido (materialidade); há aplicação do *in dubio pro reo* (juízo de dúvida); esse motivo permite o ajuizamento de ação civil para (talvez com novas provas) demonstrar a ocorrência do ilícito, nos termos do art. 66 do Código de Processo Penal.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Hipóteses de absolvição: (I e II) inexistência do fato e/ou falta de prova da existência dele; tem-se aqui hipótese de decisão fundada em prova material e também na ausência dela. Aliás, em processo penal, em matéria de condenação, já o vimos, o critério de certeza judicial jamais poderá ser formal, dependendo, sempre, de prova provada, isto é, da efetiva comprovação dos fatos e circunstâncias amparadas em provas (daí a expressão *verdade material* – ver art. 155, CPP e seguintes). A decisão que julga provada a inexistência do fato tem consequências também civis, impedindo a

reabertura de discussão em qualquer outro processo, inclusive de natureza cível, nos termos do disposto no art. 935 do Código Civil (ver art. 66, CPP). Já a decisão que absolve por falta de prova da existência do fato somente produz efeitos no âmbito criminal. E os efeitos são de coisa julgada material, já que se trata de sentença definitiva, de cuja autoridade (da sentença) se obtém eficácia preclusiva em quaisquer outros processos penais. Impõe-se aqui a aplicação do princípio da vedação da revisão *pro societate*, a impedir que aquele que tenha sido absolvido em processo penal seja de novo julgado pelo mesmo fato (Pacto de San José da Costa Rica, art. 8, § 4º, conforme Decreto nº 678/92) (PACELLI e FISCHER, 2018).

Um exemplo: o juiz, analisando as provas de um processo onde consta uma acusação de furto (art. 155 do CP), chega à conclusão de que uma subtração pode até ter ocorrido (é uma hipótese, uma possibilidade); todavia, não há convicção plena sobre isso; não há prova acima de dúvida razoável, devendo prevalecer o *in dubio pro reo*.

A hipótese diz respeito à materialidade da infração (nem se cogita, aqui, da autoria). Ocorre quando não se tem a certeza necessária sobre a efetiva ocorrência do fato tido como criminoso. A subtração da coisa alheia móvel, retratada na denúncia (no exemplo do furto), pode não ter ocorrido. Essa dúvida milita em favor da absolvição do réu.

III - não constituir o fato infração penal;

Situação que reflete hipótese em que o fato imputado ocorreu, todavia ele não é típico, não constitui um crime, falta alguma elementar. Quando o juiz reconhece que a conduta atribuída ao acusado aconteceu, mas ela não caracteriza uma infração penal. Esse tipo de absolvição normalmente não impede a responsabilização civil; afinal, um mesmo fato pode não constituir um delito, mas representar um ilícito civil passível de indenização – nos termos do art. 67, III do CPP.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: [...]

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

[...] ao que parece, a se julgar pelos demais dispositivos alinhados no art. 386, o presente dispositivo para a absolvição se refere unicamente ao juízo de tipicidade. Os demais elementos do crime (ilicitude e culpabilidade) se conteriam no inciso VI, logo adiante. Mesmo a presença de eventual erro de tipo, que, segundo o direito brasileiro (à exceção do erro na discriminante putativa – art. 20, § 1º, CP), excluiria o dolo e o tipo, se encontra naquela parte dispositiva (VI) (PACELLI e FISCHER, 2018).

[...] Em princípio, também nesta espécie de absolvição criminal não haverá qualquer efeito civil sobre a obrigação de indenizar, que poderá ser normalmente discutida no juízo cível por meio da ação própria. Contudo, no caso de imputação de crime culposos, levando em conta que tanto na esfera penal quanto na órbita civil externa-se a culpa por meio do agir imprudente, negligente ou imperito, entendemos que se o indivíduo for absolvido no processo criminal sob o fundamento de que está comprovado que sua conduta não se enquadrou em qualquer daquelas formas de comportamento, a absolvição criminal também deve refletir no cível. Isso porque, nesse caso, as razões da

atipicidade criminal terão sido as mesmas da atipicidade civil, quais sejam, ausência de imprudência, negligência ou imperícia, implicando paradoxo jurídico pensar que possa o juízo criminal afastar peremptoriamente a culpa e que, malgrado esta situação, possa a mesma culpa ser reconhecida no campo da responsabilidade civil pela obrigação de indenizar (AVENA, 2017).

Um exemplo: o juiz, analisando as provas de um processo onde consta uma acusação de furto (art. 155 do CP), chega à conclusão de que realmente houve uma subtração, tal qual narrada na denúncia. Todavia, o objeto subtraído pelo agente tinha reduzido valor econômico, dando ensejo à insignificância (que implica atipicidade).

Imagine a situação de que alguém seja acusado e processado (eu sei que seria um absurdo) por *adultério* (antigo art. 240 do CP, hoje revogado). Na sentença, diante das provas produzidas, o julgador chega à conclusão de que realmente ocorreu o adultério; entretanto, esse fato (a infidelidade do cônjuge), não encontra mais tipicidade, não é crime. Deverá absolver com base nessa disposição.

O raciocínio que o juiz faz é, basicamente, o seguinte: a conduta atribuída aconteceu realmente; só que ela (tal como narrada e provada na instrução) não constitui um crime (não é típica).

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

Essa causa de absolvição refere-se à autoria; não existia antes da Lei 11.690/2008 (que a introduziu no CPP) e serve para as situações em que o juiz conclui, com convicção (juízo de certeza), que o réu não foi autor da infração penal. Em se tratando de decisão categórica (repare que o termo utilizado é *provado*), vincula o juízo cível. Ou seja: réu que é absolvido por essa razão não poderá ser responsabilizado na esfera cível.

É o que deveria acontecer, por exemplo, num determinado processo em que o réu comprovasse seu *álibi*, com as provas demonstrando, sem sombra de dúvida, que no exato momento do crime acontecido ele estivesse em outro local.

Obviamente, os exemplos forenses nesse sentido serão raros, já que o juiz se contenta, em princípio, com a dúvida sobre a autoria ou a participação. É que qualquer juízo condenatório pressupõe convencimento, isto é, certeza judicial. Desnecessário, no ponto, recorrer-se ao *in dubio pro reo*, se assentada a compreensão, garantista, no sentido de que o ato de decisão há que ser sempre um ato essencialmente de conhecimento. A vantagem de semelhante disposição é a possibilidade de eficácia preclusiva que também gerará efeitos no juízo cível, a impedir reabertura das discussões nesse sentido, o que não era e não é garantido pela absolvição com base da ausência de prova (da participação). Agora, a partir da nova redação, será efetivamente possível a negativa de autoria. Não como ausência de prova, mas como prova provada, ou seja, como fato devidamente comprovado em juízo, em contraditório e sob a ampla defesa (PACELLI e FISCHER, 2018).



O raciocínio do juiz neste ponto seria, basicamente, o seguinte: 'diante das provas produzidas, à toda evidência o réu não foi autor nem partícipe do crime. Com certeza (e essa certeza dever ter amparo substancial nas provas) ele não praticou nem concorreu para o crime em questão'.

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

Essa situação também diz respeito à autoria/coautoria/participação; mas, qual a diferença da anterior? É que nesta o juízo sobre a negativa de autoria não é de convicção/certeza – *in dubio pro reo*. É quando o juiz, na sentença e avaliando todo o contexto probatório, pensa assim 🤔: 'o réu pode até ter cometido o crime, mas existem dúvidas (razoáveis) sobre isso'. Quando existiu um fato criminoso e não se conseguiu demonstrar que o réu dele tomou parte ativa.

A avaliação é subjetiva, evidentemente, mas isso poderia acontecer, por exemplo, num determinado processo em que o réu nega o crime, apresenta algumas evidências inconsistentes de alibi, ao mesmo tempo em que o Ministério Público traz apenas alguns indícios da autoria e não consegue provar, acima de dúvida razoável, que o réu tomou parte da empreitada criminosa.

"Embora os dispositivos se refiram a *ter o réu concorrido para a infração*, o dispositivo não se aplica apenas aos casos de concurso de agentes, devendo ser aplicável também ao autor único" (BADARÓ, 2017).

Como a decisão não é categórica, resta possível a responsabilização civil; até porque, além de o ônus da prova ser diferenciado, cada processo produz a sua prova e no cível a sorte das partes pode ser diferente nesse aspecto.

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

Essa causa de absolvição toma em conta as excludentes de ilicitude e de culpabilidade; enquanto no inciso III se discute tipicidade, aqui a valoração se dá sobre outros elementos do crime. Importante notar que o juízo pode ser de convicção/certeza, como também de dúvida, desde que esta seja *fundada*, no sentido de razoável e com base empírica.

[...] havendo certeza (ou mesmo fundada dúvida) sobre a existência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, incumbe ao juiz absolver o acusado. Apesar de o dispositivo fazer menção expressa apenas aos dispositivos da parte geral do Código Penal, é evidente que a absolvição também será possível diante de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade prevista na parte especial do Código Penal ou no âmbito da legislação especial (v.g., art. 128 do CP) (LIMA, 2018).

O reconhecimento da circunstância faz coisa julgada no cível quando isso for categoricamente decidido, nos termos do art. 65 do CPP; contudo, de um modo geral, não prejudica direito de terceiros (arts. 929 e 930 do Código Civil).

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Existe uma lógica nisso, justamente porque atos praticados com excludentes de ilicitude, *grosso modo*, não são ilícitos, tanto no crime quanto no cível. Veja-se o art. 188 do Código Civil:



Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

- I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
- II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Quanto às discriminantes putativas: i) para uns deveria haver indenização em razão da negligência (art. 186, CC) na apreciação dos fatos, que seria presumida nessas situações; ii) para outros, reconhecido o erro na apreciação dos fatos, a indenização só seria possível se houvesse concreta negligência, a ser constatada e provada no caso, empiricamente.

Absolvição fundada em circunstâncias que excluem o crime: também conhecidas como *excludentes de ilicitude ou de antijuridicidade*, são as tratadas no art. 23 do Código Penal, consistindo na *legítima defesa*, no *estado de necessidade*, no *estrito cumprimento do dever legal* e no *exercício regular de direito*. Não se inserem nesta previsão as discriminantes putativas (aquelas motivadas pelo erro do agente, *v.g.*, indivíduo que, supondo estar em legítima defesa, desferiu um tiro em alguém que, mais tarde, constata-se que não tinha intenção de agredi-lo), já que estas não excluem a ilicitude. Outro aspecto a atentar é que, muito embora a absolvição fundada em excludentes de ilicitude produza coisa julgada no cível, *ex vi* do art. 65 do CPP, tal coisa julgada **não prejudica o direito de terceiros**. Exemplo: João, ao desferir um tiro contra Pedro, atinge este e também Miguel, um transeunte que passava nas proximidades, causando lesões graves em ambos. Posteriormente, vem a ser absolvido sob o fundamento de que agiu em legítima defesa em relação a Pedro. Neste contexto, Pedro não terá ação civil contra João para obter o ressarcimento dos danos patrimoniais que lhe foram causados pelo custo do tratamento médico e período de hospitalização. Não obstante, Miguel, terceiro completamente estranho à relação de perigo formada entre os outros dois, poderá buscar judicialmente contra João a reparação de seus prejuízos, cabendo a João, depois, ingressar com ação de regresso contra Pedro.

Causas que isentem o réu de pena: abrangem as causas previstas no art. 20, § 1.º, 1.ª parte, do CP (discriminantes putativas) e as excludentes de culpabilidade propriamente ditas consagradas nos arts. 21 (erro de proibição inevitável), 22 (coação moral irresistível e obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal), 26, *caput* (inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), e 28, § 1.º (embriaguez fortuita completa), todos do Código Penal. Note-se que, neste caso, em princípio, a absolvição criminal não produz qualquer reflexo na obrigação de indenizar. Sem embargo, deve-se ressaltar a existência de forte posição no sentido de que a absolvição sob o fundamento das discriminantes putativas

produzirá coisa julgada na esfera cível quando a falsa percepção da realidade em que incorreu o agente não tiver decorrido de sua negligência na apreciação dos fatos. Nesse sentido, esclarece Humberto Theodoro Júnior que “a legítima defesa putativa se equipara à real, para efeito de excluir a ilicitude da reação. O direito penal isenta de pena tanto o autor da legítima defesa real como o da legítima defesa putativa. Mas, segundo certa doutrina, para o agente ficar isento do dever de indenizar, é preciso que não tenha incorrido culposamente na suposição errônea da agressão, que de fato inexistiu”.

Fundada dúvida sobre a existência de circunstâncias que excluam o crime ou de causas que isentem o réu de pena: contempla-se a hipótese em que, muito embora não haja certeza quanto à efetiva ocorrência destas situações, haja fundada dúvida a respeito. Em verdade, esta previsão revela-se absolutamente desnecessária, a um, porque é da essência do direito penal e processual penal que a dúvida resolva-se em favor do acusado (*in dubio pro reo*) e, a dois, pelo fato de que, havendo incerteza quanto à ocorrência de tais excludentes de ilicitude, dolo ou culpabilidade, restaria possível ao juiz absolver o réu com base no art. 386, VII, do CPP, que possui caráter residual. Sem embargo de tudo isso, cabe ponderar que **a absolvição fundada em dúvida quanto à presença de excludente, seja ela qual for, não produzirá reflexos civis com o fim de excluir a obrigação de indenizar.** Tal ocorre unicamente quando o magistrado criminal afirmar, **categoricamente**, ter o acusado agido ao amparo de excludente de ilicitude, ressaltando-se, ainda assim, o direito de terceiros como expusemos alhures. Este, aliás, o sentido do art. 65 do CPP ao dispor que “faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer [juízo de certeza, portanto] ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito” (AVENA, 2017).

Repare que essa disposição temporiza, em favor da defesa, o rigor do ônus da prova estabelecido no *caput* do art. 156 do CPP. Ou seja: se o réu alegar legítima defesa, por exemplo, não precisará chegar a ponto de provar cabalmente a excludente; basta que lance fundada dúvida sobre a existência dela (na cabeça do julgador) para que seja absolvido.

Por último, ainda no art. 386 do Código de Processo Penal, uma hipótese residual para motivar a absolvição:

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Evidente que essa causa de absolvição busca amparo no *in dubio pro reo*, é supletiva, genérica e abrangente, referindo-se tanto à materialidade quanto à autoria, e só deve ser usada quando nenhuma outra, mais específica, se enquadrar na situação concreta. É utilizada quando não há provas consistentes para a condenação; nesse sentido, reflete uma decisão que não é categórica (juízo de incerteza) e, por isso mesmo, não vincula a esfera cível.

Eis um dos grandes exemplos de cláusula genérica. Ora, se já prevista a hipótese de absolvição por ausência de prova quanto à existência do fato; por ausência de prova quanto à autoria ou à participação; de absolvição por fundada dúvida quanto às excludentes de ilicitude e de culpabilidade, além dos casos de erro de tipo, para que a hipótese de falta de prova para a condenação? Com efeito, os incisos anteriores



abrangem o fato, a autoria/participação e a sua (do fato) valoração jurídico-penal, parecendo-nos suficientes para a fundamentação da decisão absolutória. Mas, como visto, em nada prejudicam o dispositivo; até, ao contrário, poderão facilitar absolvições não enquadráveis nos demais dispositivos [...] (PACELLI e FISCHER, 2018).

Os incisos I, III e IV e VI, primeira parte, do *caput* do art. 386 do CPP preveem casos em que a inocência do acusado restou comprovada. Já os incisos II, V e VI, segunda parte, e VII contemplam hipóteses de insuficiência de provas para a condenação. Na prática, contudo, a grande maioria das sentenças absolutórias tem por fundamento o inciso VII (BADARÓ, 2017).

Para finalizar, criamos uma tabela com todas as causas de absolvição, desdobrando aquelas do inciso VI do art. 386 do CPP, para efeito de consolidar os aspectos mais importantes em cada uma delas. Nesse sentido, leia-se:

- **categórica** = quando a decisão foi proferida em juízo de convicção/certeza;
- **vinculante** = quando a decisão do crime vincula a esfera cível (art. 935 do CC e outros);
- **materialidade** = quando a decisão diz respeito ao fato/crime;
- **autoria** = quando a decisão diz respeito à autoria/participação.

CAUSAS DE ABSOLVIÇÃO – art. 386 do CPP	Categórica	Vinculante	Materialidade	Autoria
I - <u>estar provada</u> a inexistência do fato	✓	✓	✓	
II - <u>não haver prova</u> da existência do fato			✓	
III - não constituir o fato infração penal	✓		tipicidade	
IV - <u>estar provado</u> que o réu não concorreu para a infração penal	✓	✓		✓
V - <u>não existir prova</u> de ter o réu concorrido para a infração penal				✓
VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena	✓	✓	ilicitude	culpa
VI - fundada dúvida sobre existência das circunstâncias acima			ilicitude	culpa
VII - <u>não existir prova</u> suficiente para a condenação			✓	✓

CURIOSIDADE



Suponha que durante o andamento de um processo penal se descubra que o réu, ao tempo do fato, era menor de 18 anos; **qual a causa de absolvição que o juiz deveria utilizar?** Nenhuma delas. Em verdade, não seria caso de julgamento de

mérito (de absolvição), mas sim de trancamento/anulação da ação penal for falta de legitimidade passiva do agente – inimputável².

Outra questão correlata: **réu que é absolvido pode apelar? Teria interesse recursal?** SIM, na situação em que pretendesse alterar o motivo da sua absolvição. Lembre-se que conforme a causa da absolvição haverá ou não vinculação da esfera cível – daí o seu legítimo interesse em recorrer.

Algumas sugestões de abordagem:

DISPOSITIVO:

1) JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva deduzida na denúncia, para o efeito de absolver Fulano de Tal da imputação que lhe é dirigida, com fundamento no art. 386, inciso V do Código de Processo Penal.

2) JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva constante da denúncia [e. 26], para o efeito de declarar inimputável o acusado Beltrano de Tal, na forma do art. 26 do Código Penal, absolvendo-o, com fundamento no art. 386, inciso VI do Código de Processo Penal, impondo-lhe medida de segurança (art. 96, I, CP) consistente em internação, por prazo indeterminado, em hospital de custódia e tratamento (medida de segurança detentiva), que perdurará enquanto não for constatada a cessação da periculosidade mediante perícia. Fixo o prazo mínimo de um (1) ano para nova avaliação (art. 97, § 1º, CP).

1.5 AUTENTICAÇÃO

Finalmente, ainda nos termos do art. 381, a sentença deve conter:

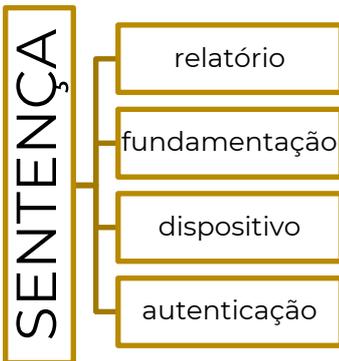
VI - a data e a assinatura do juiz.

Evidente que é a assinatura do juiz que confere *autenticidade* para a sentença; sem esse elemento fica inviável assegurar-se autoria da decisão proferida. Aliás, preocupado com isso, nosso Código ainda estabelece:

Art. 388. A sentença poderá ser datilografada e neste caso **o juiz a rubricará em todas as folhas.**

² Já vimos essa compreensão ser cobrada em prova prática de sentença para concurso da magistratura.

Admite-se hoje em dia a assinatura digital e caso a “sentença seja proferida oralmente em audiência, hipótese em que geralmente é registrada por meio da estenotipia ou gravada, o provimento jurisdicional somente terá valor como decisão judicial quando houver sua conferência, revisão e assinatura”.



A Lei 11.419/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, prevê a *assinatura digital baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada* (art. 1º, § 2º, III, 'a'); o Código de Processo Civil prevê que *a assinatura dos juízes, em todos os graus de jurisdição, pode ser feita eletronicamente* (art. 205, § 2º) e essa regra se aproveita no processo penal (art. 3º, CPP).

Prevalece o entendimento no sentido de que a não oposição da assinatura do juiz torna a decisão inexistente, já que é ela que confere autenticidade à sentença. Há, todavia, quem entenda que, desde que ainda seja possível que o juiz prolator da decisão aponha validamente sua assinatura na sentença, trata-se de mera irregularidade. Especificamente em relação à rubrica do juiz em todas as páginas da sentença (CPP, art. 388), há precedentes do STJ no sentido da irrelevância dessa formalidade (LIMA, 2018).

A autenticação da sentença será novamente abordada, seguindo-se a ordem natural da sentença, apresentando-se a sugestão de abordagem.

2. PRELIMINARES AO MÉRITO

No âmbito da fundamentação da sentença, vários assuntos podem constituir questões ‘anteriores’ à análise do mérito da ação penal; dentre eles estão as **questões preliminares** e as **questões prejudiciais**. Em relação às primeiras, parte da doutrina opta pela seguinte diferenciação:

- ✓ questões preliminares ao mérito (estritamente processuais) e
- ✓ questões preliminares de mérito (integrantes do mérito, mas que exigem conhecimento prévio por surtir efeitos na punibilidade do acusado).

Nesse sentido, PACELLI & FISCHER:

É claro que a linguagem forense corrente também se reporta à questão da prescrição penal como matéria preliminar. No entanto, seria preciso então distinguir: haveria, assim, questões preliminares ao mérito, e questões preliminares de mérito. É dizer: as primeiras seriam unicamente processuais, anteriores ao exame de mérito; as segundas, como matéria integrante do próprio mérito, configurariam questões de conhecimento prévio, em razão de extinguirem a punibilidade do delito, independentemente da análise da existência ou não do fato criminoso de sua autoria (PACELLI e FISCHER, 2018).

No tocante à ordem de apreciação dessas questões preliminares ao mérito, LUNARDI & REZENDE fazem pertinente apontamento:

Existe divergência na doutrina acerca da ordem de apreciação das preliminares ao mérito. Alguns entendem que o juiz deveria seguir a ordem estabelecida no art. 564 do Código de Processo Penal. Outros doutrinadores entendem que deve se seguir a graduação de prejudicialidade, o que somente pode ser aferido no caso concreto. [...] Sugere-se que, na sentença, se utilize o rol do art. 564 do CPP como um norte, um parâmetro para a ordem das preliminares, mas que, no caso concreto, seja analisada a ordem de prejudicialidade, de modo que sejam apreciadas antes as preliminares que são prejudiciais às demais (LUNARDI e REZENDE, 2020).

Ou seja: na elaboração da sentença, que necessariamente passa pela análise do caso concreto, observe a ordem do art. 564 do CPP, mas dê prioridade às preliminares de maior abrangência e prejudicialidade. Isso resulta em maior organização e eficiência na fundamentação.

Assim fazendo, ao se reconhecer ou se afastar uma preliminar de maior abrangência, outras, de menor extensão, podem perder seu objeto ou mesmo terem a sua resolução facilitada.

Por exemplo: diante de duas preliminares ao mérito – ilegitimidade de parte (inc. II do art. 564) e inépcia da denúncia (alínea 'a', inc. III do art. 564); talvez seja o caso de decidir a inépcia antes. Isso porque com uma denúncia defeituosa a questão da legitimidade estará prejudicada, perde seu objeto. Afinal, independentemente de quem componha o polo da ação, ela não pode caminhar com esse defeito (da denúncia) congênito.

2.1 NULIDADES – ASPECTOS GERAIS

É o art. 564 do CPP que elenca o rol de nulidades possíveis de serem verificadas no processo penal e constitui ponto de partida para a análise de questões prejudiciais ao mérito. *In verbis*:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz;

II - por ilegitimidade de parte;

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante;

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;



- d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública;
- e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;
- f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri;
- g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia;
- h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei;
- i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri;
- j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade;
- k) os quesitos e as respectivas respostas;
- l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento;
- m) a sentença;
- n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido;
- o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso;
- p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o quorum legal para o julgamento;

IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

V - em decorrência de decisão carente de fundamentação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.

Antes de adentrarmos na análise das questões preliminares ao mérito de maior frequência e relevância, é fundamental que sejam traçadas algumas balizas quanto à apreciação de nulidades no processo penal, mormente em relação ao atual panorama do tema frente aos tribunais superiores.



Nada melhor, em primeiro lugar, do que analisar os princípios que informam essas nulidades. São eles:

a) **Princípio da tipicidade das formas:** prega que os atos processuais, regra geral, devem observância às prescrições legais, ao modelo legal estabelecido para a sua realização. A denúncia tem sua forma; a citação tem sua forma; a produção de provas tem sua forma; a sentença também tem sua forma e assim por diante.

b) **Princípio do prejuízo:** trata-se do principal princípio norteador em relação às nulidades, de amplo espectro de aplicação. Também conhecido como princípio da transcendência. Provém da fórmula francesa: *pas de nullité sans grief*. Tem base normativa no art. 563 do Código de Processo Penal:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

A *Lei dos Juizados* (9.099/1995) também refere ao princípio do prejuízo, no seu art. 65:

§ 1º Não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo.

Por força desse princípio, não há se declarar/decretar a nulidade do ato se o vício de forma não causar dano para as partes. Acontece quando se reconhece a imperfeição, todavia, dela não decorreu gravame para a parte. O ato é 'aproveitado' (tal como se encontra ou com algum ajuste) e esse aproveitamento é legalmente autorizado pela ausência de prejuízo concreto a qualquer das partes.

Ao longo dos últimos anos o axioma vem adquirindo notável alcance na jurisprudência dos tribunais superiores. Já é pacífico no STF o entendimento de que mesmo nulidades absolutas não devem ser reconhecidas no processo penal caso não seja demonstrada a existência de efetivo prejuízo (que já não mais se presume) às partes:

É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não se proclama nulidade sem a demonstração de efetivo prejuízo. O "princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a **demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa**, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 170490 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/04/2020).

Em igual sentido já se inclinou o STJ:

[...] **Não há falar-se em nulidade absoluta, mormente por não ter sido demonstrado o efetivo prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP**, uma vez que, conforme concluído pelo Tribunal de origem, o recorrente teve acesso às decisões que deferiram e prorrogaram as escutas telefônicas, tanto na ação principal como na medida cautelar anteriormente ajuizada, inexistindo violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. [...] (AgRg no RHC 117.777/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019.



Ilustremos com um exemplo: suponha que o réu não seja citado num determinado processo (este é o vício grave); não obstante, acaba sendo absolvido pelo motivo da inexistência material do fato (art. 386, I do CPP, que vincula a esfera cível) – seria caso de *nulidade absoluta* (falta de citação) que não deveria ser declarada por que não houve prejuízo algum.

Outro exemplo: suponha que um réu seja julgado em sessão do júri em que compareceram apenas 12 jurados; eis um vício grave, na medida em que o art. 463 exige, pelo menos, 15 para instalar os trabalhos. Imperfeição que, segundo a lei (art. 564, III, 'i', CPP), é de *nulidade absoluta*. Todavia, esse mesmo réu acaba sendo absolvido a pedido de ambas as partes. A ausência de prejuízo autorizaria a não invalidação da sessão de julgamento.

c) Princípio da instrumentalidade das formas: a ideia central do axioma está consolidada no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

XVII - Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma.

Também se nota representativo desse princípio no art. 572, II do CPP:

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas: [...]

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

Segundo a ideia desse princípio, o processo não é um fim em si mesmo, ele é instrumento da jurisdição; as formas (prescrições legais processuais), nesse contexto, também não podem ser consideradas um fim em si mesmas e devem ser avaliadas de acordo com a sua finalidade (com aquilo que pretendem tutelar).

d) Princípio do interesse: relaciona-se com a legitimidade de a parte invocar a nulidade e de ter algum proveito com o seu reconhecimento. A parte só pode arguir nulidade se puder ter alguma vantagem com o seu reconhecimento e em relação a prescrições legais que lhe digam respeito. Verifica-se, no princípio do interesse, o binômio "legitimidade e proveito".

e) Princípio da boa-fé: está dentro do princípio geral de que 'a ninguém é lícito se beneficiar da sua própria torpeza'; busca-se, pois, tolher o comportamento processual negligente, malicioso ou intencionalmente fraudulento. Tem concepção normativa na primeira parte do art. 565 do CPP:

Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.

Também pode ser verificada nas seguintes passagens da Exposição de Motivos:



XVII – [...] É igualmente firmado o princípio de que não pode arguir a nulidade quem lhe tenha dado causa [...]. Não se compreende que alguém provoque a irregularidade e seja admitido em seguida, a especular com ela; [...]

f) **Princípio da convalidação**: relacionado que é com a instrumentalidade das formas, alguns autores o estudam com o mesmo conteúdo do princípio da conservação dos atos processuais ou do confinamento da nulidade.

A base normativa indireta do princípio é encontrada no art. 572 do CPP:

Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas:

I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior;

II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

Na Exposição de Motivos do CPP, constam as seguintes passagens:

XVII - Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. Fora desses casos, ninguém pode invocar direito à irredutível subsistência da nulidade. Sempre que o juiz deparar com uma causa de nulidade, deve prover imediatamente à sua eliminação, renovando ou retificando o ato irregular, se possível; mas, ainda que o não faça, a nulidade considera-se sanada: *a)* pelo silêncio das partes; *b)* pela efetiva consecução do escopo visado pelo ato não obstante sua irregularidade; *c)* pela aceitação, ainda que tácita, dos efeitos do ato irregular. Se a parte interessada não argui a irregularidade ou com esta implicitamente se conforma, aceitando-lhe os efeitos, nada mais natural que se entenda haver renunciado ao direito de argui-la.

De um modo geral, portanto, o princípio recomenda o aproveitamento do ato processual atípico, sempre que possível – através de vários mecanismos –, deixando a declaração de nulidade somente para casos excepcionais e irremediáveis.

Esse princípio – que está em harmonia com os axiomas da celeridade e economia processuais – é expressão maior das nulidades relativas, embora já se reconheça sua incidência nas nulidades absolutas.³

³ Sempre lembrando que essa distinção e classificação entre nulidades relativas e absolutas é uma criação doutrinária. A lei não fala expressamente disso.

g) **Princípio da causalidade ou expansão**: encontra base normativa nos §§ 1º e 2º do art. 573 do CPP:

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Tem correspondência no Código de Processo Civil:

Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam [...].

Partindo da premissa de que o processo se desenvolve num conjunto sequencial de atos, em cadeia, para a solução do caso penal, o princípio reconhece a possibilidade de o defeito na prática de um determinado ato se estender (e contaminar) a outros atos subsequentes e que dele dependam ou resultem.

h) **Princípio da conservação**: esse princípio não tem base normativa no CPP, mas encontra previsão no Código de Processo Civil, na parte final do art. 281:

Art. 281. Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam, todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.

É o 'reverso da moeda' em relação à contaminação; se não há relação de dependência, se os demais atos do processo são independentes, devem ser conservados – como se a nulidade originária ficasse 'confinada' (daí alguns referirem a *princípio do confinamento da nulidade*).

i) **Princípio da eficácia**: retrata a ideia de que o ato processual defeituoso é eficaz, produz efeitos até que sua nulidade seja declarada – diferente do que ocorre no âmbito do Direito Civil.

Vejamos os pontos de maior frequência e relevância dentro do tema.

2.2. INCOMPETÊNCIA

O art. 69 do CPP evidencia a pluralidade de critérios que devem ser observados à fixação da competência definitiva para o processamento e julgamento do processo penal:

Art. 69. Determinará a competência jurisdicional:

I - o lugar da infração;

II - o domicílio ou residência do réu;

III - a natureza da infração;



- IV - a distribuição;
- V - a conexão ou continência;
- VI - a prevenção;
- VII - a prerrogativa de função.

Essa complexa gama de elementos, por consequência, exige do magistrado a construção de um caminho lógico e sistemático para a esmerada aferição do órgão jurisdicional sobre o qual recairá a competência sobre determinado caso.

Embora não se tenha uma ordem predefinida para a análise, a doutrina aponta caminhos mais eficientes e facilitadores a esse fim. Confira-se a sugestão de NORBERTO AVENA; uma boa base:

1. Verificação da **competência *ratione personae***, atentando-se à existência ou não de prerrogativa de função que justifique a tramitação e julgamento do processo junto aos Tribunais.

2. A etapa seguinte deverá ser a análise das regras de **competência *ratione materiae***, estabelecendo-se, então, a Justiça competente dentre as quatro existentes no Brasil: Justiça Especial Militar, Justiça Especial Eleitoral, Justiça Comum Federal e Justiça Comum Estadual.

3. No momento seguinte, a partir da análise das normas de **competência *ratione loci***, define-se o foro competente, que poderá ser o Conselho de Justiça, na esfera da Justiça Militar; a Zona, no caso da Justiça Eleitoral; a Seção/Subseção Judiciária, na esfera da Justiça Federal e a Comarca na órbita da Justiça Estadual.

Se, com a utilização dessas regras, ainda assim restar indefinido o Juízo Competente, passa-se à utilização dos demais critérios, quais sejam:

1. **Domicílio do réu**, na hipótese de não ser conhecido o local do fato ou, mesmo conhecido este local, tratar-se-á de crime de ação penal privada. Neste último caso, o querelante poderá optar entre mover a ação penal no foro do lugar da infração ou do domicílio do réu.

2. Eventual incidência das regras de **prevenção**, visando-se a definição do foro competente ou da vara criminal competente.

3. Eventual incidência de **normas locais de organização judiciária**, objetivando-se definir a vara criminal competente.

4. Aplicação do critério da **distribuição**, quando, já definido o foro, resta necessária a definição da vara criminal competente.

Observação: Na definição da vara criminal competente, a opção entre os critérios relativos à prevenção, normas de organização judiciária e distribuição prende-se às peculiaridades do caso concreto. Exemplo: Considere-se que um cidadão comum, em Porto Alegre, cometa homicídio culposo de trânsito. Não possuindo prerrogativa de função, será ele processado perante o Juiz singular. Considere-se que não incidam aqui as competências militar, eleitoral e federal. Logo, a competência estará afeta à Justiça Estadual. O fato ocorreu em Porto Alegre, o que impõe o julgamento nessa Comarca. Ocorre que, em Porto Alegre, entre as diversas varas criminais, existe, instituída por norma de organização judiciária local, vara especializada em delitos de trânsito. Portanto, esta deverá ser a vara competente. E se houver mais de uma vara de trânsito?

Nesse caso, deve-se atentar se alguma delas antecipou-se à outra na prática de ato de jurisdição. Se isto ocorreu, tal vara estará preventiva. Caso contrário, define-se a competência pela distribuição.

Independentemente de toda essa disciplina, caberá ao intérprete manter-se atento a eventual ocorrência de **conexão** (art. 76 do CPP) ou **continência** (art. 77 do CPP), pois esses institutos, observadas determinadas limitações impostas pela Constituição Federal ou pela legislação infraconstitucional, podem modificar as competências estabelecidas por força dos critérios anteriores (AVENA, 2017).

Eventual reconhecimento de incompetência pelo magistrado (seja *ex officio*, seja pelo acolhimento de preliminar suscitada pelas partes) ensejará o declínio da competência e a consequente remessa dos autos ao juízo efetivamente competente.

Nessa toada, LUNARDI & REZENDE fazem pertinentes apontamentos:

De qualquer forma, é preciso lembrar que a alegação de incompetência é uma defesa dilatória, ou seja, que não conduz à extinção do processo, senão ao declínio do julgamento da causa para o juízo competente. Se isso acontecer, não haverá sentença, senão uma decisão interlocutória. Como, na prova de sentença, o que se exige é uma sentença, não há como se cobrar do candidato que redija uma decisão interlocutória que decline da competência para outro juízo. Assim, em concursos públicos, comumente a alegação de incompetência é para ser rejeitada. Contudo, é possível que o examinador pretenda que o candidato acolha apenas parcialmente a alegação de incompetência, para desmembrar o efeito e dizer que é competente para julgar alguns crimes e incompetente para outros (LUNARDI e REZENDE, 2020).

Exemplos de abordagem real e muito sucinta do tema:

Exemplo 1.

(na fundamentação)

Este juízo não detém competência para o julgamento do feito quanto ao crime de desobediência (art. 330 do CP). A ordem supostamente desrespeitada foi proferida por policiais rodoviários federais, o que, por si só, desloca a competência para Justiça Federal (Súmula 147 do STJ e CC 136411, j. 04-03-2015). Ao largo do que dispõem as Súmulas 122 e 150 do STJ, não há se falar em declínio da competência quanto aos crimes remanescentes (art. 180 e 331 do Código Penal), porquanto inexistente conexão. Em caso semelhante, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu pertencer à Justiça Estadual a competência para a apreciação do crime de receptação, mesmo nos casos em que o condutor do veículo apresente documento falso à Polícia Rodoviária Federal (orientação que deve se estender para o crime previsto no art. 311 do Código Penal).

(no dispositivo)

Relativamente ao crime previsto no art. 330 do Código Penal (desobediência), DECLINO DA COMPETÊNCIA em favor da Justiça Federal, com fundamento no art. 109, IV da CF e na Súmula 147 do STJ.

(nas disposições finais):

x) encaminhe-se cópia do presente feito a um dos Juizados Federais da Comarca, mediante prévia distribuição, a fim de que seja apurado o crime de desobediência aqui declinado.



Exemplo 2.

(na fundamentação)

Da preliminar de incompetência absoluta do juízo.

Não assiste razão à defesa em seu pleito preliminar de incompetência, na medida em que (...).

Assim, rejeito a preliminar de incompetência.

2.2.1 Foro por prerrogativa de função

O tratamento conferido à competência por prerrogativa de função foi profundamente alterado (e limitado) em razão da atual orientação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, cujos termos foram fixados no julgamento da Ação Penal 937/RJ, em maio/2018. Na ocasião, erigiram-se os seguintes pressupostos e requisitos necessários à incidência dessa fixação *ratione personae/funtionae* de competência:

1. Só há se falar em foro por prerrogativa de função nas hipóteses de crimes praticados durante o exercício do cargo e com relação às funções desempenhadas;
2. A publicação do despacho de intimação das partes para a apresentação de alegações finais é marco a partir do qual não mais haverá alteração da competência para o processamento e julgamento do feito, mesmo que o agente público acusado passe a ocupar outro cargo ou deixe o cargo que ocupava.

Portanto, de frente a um caso de crime praticado por possuidor de foro por prerrogativa de função, duas perguntas, respectivamente, deverão ser feitas pelo sentenciante:

- i) *o crime foi praticado durante o mandato ou o exercício do cargo/função?* e
- ii) *o crime tem relação com o mandato/cargo/função?*

A resposta negativa para qualquer delas afastará a incidência do foro por prerrogativa de função, devendo o agente ser processado e julgado de acordo com as regras ordinárias de fixação de competência.

2.2.2 Justiça Federal

A competência criminal da Justiça Federal está prevista nos seguintes incisos do art. 109 da Constituição Federal:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;



VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição; [...]

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;]

Há se ter em mente, ainda, as seguintes súmulas do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Súmula 38/STJ. Compete à Justiça Estadual Comum, na vigência da Constituição de 1988, o processo por contravenção penal, ainda que praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades.

Súmula 42/STJ. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.

Súmula 224/STJ. Excluído do feito o ente federal, cuja presença levara o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito.

Súmula 254/STJ. A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual.

Embora a competência da Justiça Federal configure hipótese de **competência absoluta**, o STJ possui entendimento no sentido de que há possibilidade de saneamento do vício mediante ratificação dos atos pelo juízo competente:

[...] 2. Há obscuridade no aresto impugnado relativamente à fixação da competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito em razão da matéria.

3. Esta Corte tem entendimento assente de que, **nos casos de incompetência absoluta, há a possibilidade de ratificação dos atos decisórios pelo Juízo competente. Precedentes.** [...] (EDcl no AgRg no REsp 1853262/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020).

[...] Na hipótese, não há se falar em constrangimento ilegal na prisão preventiva decretada pela Justiça estadual, tendo em vista que o reconhecimento da sua incompetência não possui o condão de anular ou tornar ilegal os decretos de prisão expedidos em desfavor do ora recorrente, **uma vez que é pacífico neste Superior Tribunal de Justiça que mesmo nos casos de incompetência absoluta é possível a ratificação dos atos decisórios.** Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 507.755/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2019).

2.2.3 Juizado Especial Criminal – JECrim

Os Juizados Especiais Criminais (Federais ou Estaduais) possuem competência para o processamento e julgamento das denominadas *infrações de menor potencial ofensivo – IMPO*, nos termos dos arts. 60 e 61 da Lei 9.099/1995 – Lei dos Juizados:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se **infrações penais de menor potencial ofensivo**, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Ainda, dispõe o art. 63 da referida Lei que a competência territorial do JECrim será fixada “*pelo lugar em que foi praticada a infração penal*”.

O termo “praticada” despertou dissenso na doutrina a respeito do que, efetivamente, corresponderia à prática da infração: a ação/omissão; o resultado; ou, ainda, os dois.

Há divergências aqui. Para uns, a expressão lugar em que foi praticada a infração penal tem a ver com o local em que se deu a conduta do agente, vale dizer, a ação ou omissão. Aderimos a essa orientação que, aliás, parece majoritária na doutrina; para outros, a referência legal concerne ao local da consumação do crime ou, no caso de tentativa, o lugar onde o último ato de execução foi realizado. Para os adeptos dessa corrente, a competência territorial do JECRIM estabelecida no precitado art. 63 da Lei 9.099/1995 deve se harmonizar com a regra geral do art. 70 do CPP. E, ainda, há que entenda de modo eclético, vale dizer, que a Lei 9.099/1995 permite o processo e o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo tanto no local da ação ou omissão quanto no lugar de sua consumação (Avena, 2017).

Portanto, majoritariamente (e nesse sentido que tem sido cobrado em concursos públicos), compreende-se pela aplicação da teoria da atividade – local da ação ou omissão.

2.3. ILEGITIMIDADE DAS PARTES

Trata-se da *legitimatío ad causam*, a titularidade ativa e passiva da ação.

a) **Legitimidade ativa**: no processo penal, os crimes de ação pública, que são a grande maioria, têm sua legitimidade resolvida pelo disposto no art. 129 da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do **Ministério Público**:



I - **promover**, privativamente, a **ação penal pública**, na forma da lei;

Excepcionalmente, diante da inércia do Ministério Público em exercer o direito de ação, abre-se a possibilidade de seu exercício pelo próprio ofendido/representante legal, dando-se origem à chamada *ação penal privada subsidiária da pública*:

Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

Por outro lado, no que diz respeito às ações penais privadas, regra geral, o legitimado é a vítima ou seu representante legal; excepcionalmente, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão:

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

b) **Legitimidade passiva**: se dá em relação ao provável autor do fato, observada a imputabilidade, nos termos da Constituição Federal:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

É necessário que se tenha cautela para não confundir a análise de legitimidade do sujeito passivo com a autoria. A primeira tem relação com a possibilidade jurídica (em tese) de o réu ocupar o polo passivo da ação penal; a segunda, com os elementos de informação e provas colhidas, cuja análise ocorrerá posteriormente, no mérito central da ação penal.

Por fim, note-se que a **pessoa jurídica** pode tanto configurar sujeito ativo quanto sujeito passivo na ação penal:

- Sujeito ativo: por ser dotada de honra objetiva, a pessoa jurídica, como vítima, possui legitimidade para oferecer queixa-crime pela prática do crime de difamação, por exemplo;
- Sujeito passivo: a pessoa jurídica pode figurar como réu pela prática de *crimes ambientais*, prevalecendo o entendimento dos tribunais superiores pelo afastamento da teoria da dupla imputação; isto é, que é dispensável a concomitante responsabilização penal da pessoa física para que seja responsabilizada a pessoa jurídica:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO. PESSOA JURÍDICA QUE FIGURA ISOLADAMENTE COMO RÉU NA DENÚNCIA POR CRIME AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL



IMPROVIDO. [...] 2. Este Superior Tribunal, na linha do entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a entender que, **nos crimes societários, não é indispensável a aplicação da teoria da dupla imputação ou imputação simultânea, podendo subsistir a ação penal proposta contra a pessoa jurídica, mesmo se afastando a pessoa física do polo passivo da ação.** [...] (AgRg no RMS 48.851/PA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

A respeito de outras definições pertinentes ao campo da legitimidade, RENATO BRASILEIRO registra:

Legitimidade *ad causam* não se confunde com *legitimatío ad processum*, fenômeno relacionado à capacidade de estar em juízo, tida como pressuposto processual de validade. Essa capacidade processual refere-se à capacidade de exercer direitos e deveres processuais, ou seja, de praticar validamente atos processuais. É o que ocorre com um ofendido menor de 18 (dezoito) anos, que não tem capacidade processual para oferecer queixa-crime, razão pela qual sua incapacidade é suprida por seu representante legal. Esse **representante processual age em nome alheio na defesa de interesse alheio**, não sendo considerado parte no processo, mas mero sujeito que dá à parte capacidade para que esteja em juízo. Capacidade processual, por sua vez, não se confunde com **capacidade postulatória**, assim compreendida a aptidão para postular perante órgãos do Poder Judiciário. Supondo, assim, o ofendido que não seja advogado inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, o ajuizamento da queixa-crime deverá ser feito por advogado com poderes especiais (CPP, art. 44). Como se vê, a incapacidade postulatória é suprida por meio da representação voluntária necessária. Por fim, não se pode confundir o conceito de legitimidade *ad causam* com o de capacidade de ser parte, pressuposto de existência de um processo. A **capacidade de ser parte** deriva da personalidade, consistindo na capacidade de adquirir direitos e contrair obrigações (CC, art. 1º). No âmbito processual penal, além de pessoas físicas e jurídicas, é interessante perceber que alguns “entes” também são considerados como pessoas formais. É o que ocorre, por exemplo, com as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a quem o CDC atribui legitimidade não só para figurar como assistente do Ministério Público, como também para ajuizar queixa-crime subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal (Lei nº 8.072/90, art. 82, III, c/c art. 80) (LIMA, 2018).

Por fim, não se olvide a Súmula 714 do STF:

Súmula 714, STF. É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.

2.4. CITAÇÃO

A efetiva e válida citação do réu é ato de suma importância na dialética do processo, na medida em que permite ao acusado ter ciência das imputações que lhe são feitas e possa dar início ao



exercício dos seus direitos constitucionais à ampla defesa e ao contraditório. Não é à toa que o Código de Processo Penal estabelece:

Art. 363. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

A citação do acusado deve obedecer às diretrizes dos arts. 351 e seguintes do CPP. Contudo, a análise de eventual nulidade acerca desse ato de comunicação processual deve levar em conta o que dispõe o art. 570 da lei processual penal:

Art. 570. A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.

Sugestão de abordagem do tema na sentença:

Rejeito a preliminar de nulidade da citação suscitada pela defesa, uma vez que, com o comparecimento espontâneo do acusado ao processo (conforme se verifica no evento xx), restou suprida a irregularidade, nos termos do art. 570 do CPP, o que, inclusive, ocorreu anteriormente ao início da instrução, não restando evidenciado qualquer tipo de prejuízo ao réu (art. 563 do CPP).



2.5. PROVAS

2.5.1. Produção antecipada

A suspensão do processo e do prazo prescricional decorrente da aplicação do art. 366 do CPP não impede a produção antecipada de provas consideradas urgentes:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Como se vê, trata-se de hipótese excepcional, que só terá espaço diante de inegável necessidade da diligência, em salvaguarda ao resultado útil do processo, como, por exemplo, em caso de perecimento de provas pelo passar do tempo; oitiva de testemunha de idade avançada, doente etc.) – art. 225 do CPP.

Nesse sentido, o STJ sumulou entendimento:

Súmula 455/STJ. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.



O Superior Tribunal de Justiça, ainda, consolidou entendimento no sentido de que a oitiva de policiais, em razão da natureza das suas funções, enquadra-se como meio de prova apto a ser colhido mediante produção antecipada de provas, não havendo qualquer nulidade nesse ponto. Confira-se o teor do Informativo 595 do STJ:

É justificável a antecipação da colheita da prova testemunhal com arrimo no art. 366 do Código de Processo Penal nas hipóteses em que as testemunhas são policiais. O atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória, seja pela frequência com que ocorrem, ou pela própria similitude dos fatos, sem que isso configure violação à garantia da ampla defesa do acusado (RHC 64.086-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Rel. para acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, por maioria, julgado em 23/11/2016).

O entendimento se mantém:

[...] Logo, a decisão de origem se encontra em consonância com o entendimento da Terceira Seção desta Corte, segundo o qual "a **fundamentação da decisão que determina a produção antecipada de provas pode limitar-se a destacar a probabilidade de que, não havendo outros meios de prova disponíveis, as testemunhas, pela natureza de sua atuação profissional, marcada pelo contato diário com fatos criminosos que apresentam semelhanças em sua dinâmica, devem ser ouvidas com a possível urgência**" (RHC n. 64.086/DF, relator Ministro NEFI CORDEIRO, relator para acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe de 9/12/2016). [...] (RHC 97.893/RR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019).

2.5.2 Provas ilícitas

Sem prejuízo da histórica predileção doutrinária pela diferenciação entre 'provas ilícitas' – que seriam as provas obtidas mediante violação de direito material – e 'provas ilegítimas' – obtidas em violação ao direito processual –, fato é que, com a reforma do Código de Processo Penal em 2008 (Lei 11.690/2008), o tratamento legal conferido à expressão **provas ilícitas** foi no sentido de se reunir na expressão as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, nos termos do art. 157, caput, *in fine*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, **assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais**.

Explica PACHELLI:

Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito oficial

[quando se exigiam dois]) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos (PACELLI, 2020).

A ilicitude das provas deve, ainda, ser analisada sob o prisma da teoria, de origem norte-americana, denominada *Fruits of the Poisonous Tree Doctrine* – Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, em português –, que diz respeito à ilicitude das provas derivadas de outras provas ilícitas.

Lado outro, o Código de Processo Penal também incorporou, do direito norte-americano, teorias excludentes da ilicitude por derivação, que são retratadas pelos parágrafos do art. 157:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Vejamos, brevemente, o teor das duas principais proposições, com plena aplicabilidade em território nacional, segundo os tribunais superiores:

a) **Teoria da fonte independente**: como conceitua BRASILEIRO, se “o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária” (LIMA, 2018).

Há se dar atenção à impropriedade do legislador no § 2º acima colacionado, na medida em que aglutina indevidamente as ideias da *fonte independente* ao da *inevitabilidade da descoberta* – uma outra teoria de exclusão da ilicitude por derivação. Fonte independente diz apenas respeito à não relação da prova com os fatos geradores da ilicitude. Confira-se entendimento do STJ sobre o tema:

[...] IV - Conclui-se que a condenação do ora paciente deu-se não só em razão das degravações verificadas em seu aparelho celular, mas na apreensão de drogas, cuja diversidade, fracionamento e forma de acondicionamento, além de valores em dinheiro, constituem fonte independente, não restando evidenciado nexo causal com as informações obtidas no aparelho apreendido.

V - Importante ressaltar, ainda, que, “conforme a jurisprudência desta Corte, **demonstrada a existência de fonte independente, a nulidade do ato não tem o condão de invalidar as provas subsequentes.**” (AgRg no REsp n. 1.573.910/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 03/04/2018, grifei).

VI - “A ilicitude da prova, por reverberação, alcança necessariamente aquelas dela derivadas (Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada), **salvo se não houver qualquer vínculo causal com a prova ilícita (Teoria da Fonte Independente) ou, mesmo que**

haja, seria produzida de qualquer modo, como resultado inevitável das atividades investigativas ordinárias e lícitas (Teoria da Descoberta Inevitável)" (EDcl no RHC n. 72.074/MG, Quinta Turma [...] (HC 537.274/MG, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019).

b) **Teoria da descoberta inevitável:** Diz que "se a prova derivada seria descoberta de qualquer maneira, com ou sem a prova ilícita, então não há que se falar em contaminação da prova derivada" (DEZEM, 2018).

Afirma-se que a presente teoria tem base normativa no § 2º do art. 157 do CPP, porquanto, não obstante a atecnia do legislador quanto ao termo empregado, colhe-se o seu teor da mera leitura do dispositivo e de um simples esforço interpretativo.

De toda sorte, a aplicabilidade da descoberta inevitável encontra amparo nos tribunais superiores:

[...] 1. É legítima a aplicação da teoria da descoberta inevitável, mas desde que demonstrado, com base em elementos concretos constantes dos autos, que a prova derivada da ilícita seria obtida de forma inevitável. (HC 436.603/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019).

Exemplos de abordagem do tema:

Exemplo 1. *Rejeito a preliminar de ilicitude da prova arguida pela defesa. De acordo com (xxx), não houve qualquer inobservância às normas constitucionais e legais na sua produção. Segundo consta, o atuado espontânea e voluntariamente franqueou o acesso à sua residência e, mais que isso, mesmo que não tivesse franqueado, havia um flagrante que autorizava o ingresso dos agentes policiais, a teor da exceção concebida no inc. XI do art. 5º da CF.*

Exemplo 2. *Não assiste razão à defesa na preliminar arguida, de ilicitude da prova por derivação. Com efeito, não restou demonstrado qualquer vínculo causal entre a prova acoimada de ilícita e a prova que teria, supostamente, dela derivado. A primeira não guarda qualquer relação de causalidade, qualquer vínculo, com a segunda. Assim, com base na 'teoria da fonte independente', prevista no art. 157, § 1º do CPP e com aplicabilidade reconhecida pelos tribunais superiores, rejeito essa preliminar.*

2.5.3 Interceptação telefônica

Assim estabelece a Constituição Federal:

XII - **é inviolável o sigilo** da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e **das comunicações telefônicas**, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Tal norma constitucional foi regulamentada pela Lei 9.296/1996, que trata da interceptação telefônica.



Nesse ponto, cabe o registro de que, assim como no cumprimento de mandados de busca e apreensão, elementos de informação colhidos em sede de interceptação telefônica, que indiquem a prática de infração criminal estranha ao crime ou ao agente a respeito dos quais se deferiu a diligência, podem ser considerados válidos ao processo. Para tanto, é indispensável que esse encontro tenha sido verdadeiramente fortuito, e não mediante desvio de finalidade ou abuso de autoridade no cumprimento da medida – é a chamada **serendipidade**:

[...] Os elementos de prova colhidos de forma fortuita em interceptação telefônica válida são legítimos à luz da teoria da serendipidade. Precedentes: HC 129.678, Primeira Turma, relator p/ acórdão, min. Alexandre de Moraes, DJe de 18/8/2017; HC 106.152, Primeira Turma, rel. min. Rosa Weber, DJe de 24/5/2016. [...]

5. Na hipótese sub examine, a partir de interceptações telefônicas destinadas a apurar possível comercialização de celas na cadeia pública de Foz do Iguaçu/PR, houve o encontro fortuito de indícios de participação do paciente em crimes tipificados no artigo 317 do Código Penal, o que ensejou a ampliação da quebra de sigilo telefônico, a fim de incluir o ora agravante. [...] (HC 167550 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 23/08/2019).

Portanto, as provas fortuitas (serendipidade), ou o dito 'crime achado' (nas palavras do Min. Alexandre de Moraes), regra geral, são válidos e podem subsidiar investigações e condenações.

2.5.4 Prova emprestada

É aquela que é produzida num determinado processo/procedimento e acaba sendo aproveitada em outro. A prova é, como o próprio nome sugere, emprestada do processo onde foi originalmente constituída para outro feito, considerando sua pertinência e comumente observando a economia processual.

Vem se consolidando na jurisprudência dos tribunais superiores o entendimento de que é plenamente admitido o traslado de prova emprestada no processo penal mesmo que não haja, entre o processo no qual foi produzida e o processo que a receberá, identidade de partes:

[...] 1. No processo penal, admite-se a prova emprestada, ainda que proveniente de ação penal com partes distintas, desde que assegurado o exercício do contraditório.

2. Inexiste nulidade na condenação baseada em depoimento de testemunha colhido em outro processo criminal, uma vez oportunizada a manifestação das partes sobre o conteúdo da prova juntada, resguardando-se o direito de interferir na formação do convencimento judicial. (REsp 1561021/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015).

Há, portanto, uma tendência nas Cortes Superiores, em especial no STJ, em se admitir a prova emprestada com o *contraditório diferido*, como um "direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente" no processo para o qual foi trasladada – assegurada, claro, a *ampla defesa*. Isso para não reduzir, em demasia, o âmbito de aplicação desse importante meio de prova, considerando, também, que a "jurisprudência entende não ser possível decisão baseada exclusivamente na prova emprestada" (DEZEM, 2018).



Em relação aos **dados fiscais e bancários**, o STF pacificou entendimento, em sede de repercussão geral, no sentido de que “é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF, antigo COAF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário”⁴.

Confira o destaque do Informativo 962 do STF, de dezembro/2019:

NOVIDADE!



1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil (RFB), que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

Essa é a tese do Tema 990 da Repercussão Geral fixada, por maioria, pelo Plenário (Informativos 960 e 961). Vencido o ministro Marco Aurélio, que não referendou a tese. (RE 1055941/SP, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 4.12.2019).

O Superior Tribunal de Justiça, no ponto, se alinhou à orientação do STF, fixando o entendimento de que não há vedação à utilização de prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal para a persecução de crimes contra a ordem tributária:

[...] 3. O entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a obtenção da prova (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial contraria a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal de que **é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal**.

4. No caso, não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária

⁴ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/A-prova-emprestada-e-a-garantia-do-principio-do-contraditorio-segundo-o-STJ.aspx>



(Precedentes do STF). [...] (HC 422.473/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018).

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece a **validade da utilização de provas produzidas no estrangeiro em processo penal que tramita no Brasil**, desde que respeitadas as disposições da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e, por consequência, não haja vulneração à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes pátrios. Fixou-se o seguinte entendimento:

[...] 2. As provas obtidas por meio de cooperação internacional em matéria penal devem ter como parâmetro de validade a lei do Estado no qual foram produzidas, conforme a previsão do art. 13 da LINDB.

3. A prova produzida no estrangeiro de acordo com a legislação de referido país pode, contudo, não ser admitida no processo em curso no território nacional se o meio de sua obtenção violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, em interpretação analógica da previsão do art. 17 da LINDB. [...]

6. Na presente hipótese, as provas encaminhadas ao MP brasileiro são legítimas, segundo o parâmetro de legalidade suíço, e o meio de sua obtenção não ofende a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes brasileiros, até porque decorreu de circunstância autônoma interveniente na cadeia causal, a qual afastaria a mancha da ilegalidade existente no indício primário. Não há, portanto, razões para a declaração de sua inadmissibilidade no presente processo. (APn 856/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017).

2.5.5 Busca e apreensão

Nos termos do art. 240 do CPP, a busca poderá ser pessoal ou domiciliar, e poderá ser procedida sob as seguintes condições:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à **busca domiciliar**, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;



f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;

g) apreender pessoas vítimas de crimes;

h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à **busca pessoal** quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Ou seja, a **busca pessoal** poderá ocorrer quando houver 'fundada' suspeita de que alguém oculte consigo:

- a) arma proibida;
- b) coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) instrumentos de falsificação ou contrafação e objetos falsificados e contrafeitos;
- d) armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) qualquer outro elemento de convicção.

O cumprimento de **busca domiciliar** deverá sempre prestar observância à garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), sob pena de configurar-se como medida ilegal, assim como as provas por meio dela obtidas:

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Extrai-se o conceito de casa do art. 150, § 4º do Código Penal:

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

O § 5º do mesmo artigo complementa:

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":



I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

Excepcionalmente, admite-se a busca e apreensão domiciliar sem prévia autorização judicial. Trata-se das hipóteses de crimes permanentes, cuja consumação e estado de flagrância se protraem no tempo (art. 303 do CPP).

Em sede de repercussão geral, o STF fixou orientação no sentido “de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados”. Confira-se a esclarecedora ementa do julgado:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. **Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo.** 3. Período noturno. **A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. [...].** Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas *a posteriori*, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015).

O escritório de advocacia, também está abrangido pela inviolabilidade constitucionalmente assegurada, contando, ainda, com regramento especial conferido pela Lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia:

Art. 7º São direitos do advogado:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

Por outro lado, essa inviolabilidade não é absoluta, como demonstram os §§ 6º e 7º do mesmo artigo:



§ 6º Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do *caput* deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

§ 7º A ressalva constante do § 6º deste artigo **não** se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou coautores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade

Para a doutrina, também seria admitida a busca e apreensão em repartições públicas, recomendando-se, anteriormente à decretação da medida, seja o objeto requisitado ao responsável pela repartição.

No ponto, leciona MARCÃO:

Muito embora o art. 240 se refira à *busca domiciliar*, é possível que tal se realize em repartições públicas. Se não houver receio de que a prova pereça ou extremada urgência, o ideal é que a autoridade *requisite* do responsável pela repartição, via ofício, o encaminhamento do que entender necessário. No caso de inércia ou recusa injustificada, sem prejuízo das medidas tendentes à responsabilização penal (em razão do crime de desobediência previsto no art. 330 do CP, *v.g.*), caberá busca e apreensão. A requisição prévia não é condição de legalidade da busca em repartições públicas, que, portanto, poderá ser realizada “de pronto”, sempre que fundadas razões justifiquem tal medida (MARCÃO, 2017).

Também NUCCI, que recomenda:

Quanto à repartição pública, o mais indicado é requisitar à autoridade que a controla a entrega do objeto procurado. Essa é a posição partilhada igualmente, segundo menção feita por CLEUNICE A. VALENTIM BASTOS PITOMBO, por ESPÍNOLA FILHO, TOURINHO FILHO e ROGÉRIO LAURIA TUCCI, embora, para a autora, deva-se dividir o lugar público aberto a todos, daqueles resguardados (NUCCI, 2015).

Como visto, a busca e apreensão deve observância às hipóteses e aos parâmetros erigidos pela Constituição Federal (art. 5º, IX), pelo Código de Processo Penal (art. 240 e seguintes) e, ainda, pela jurisprudência dos tribunais superiores. A declaração de ilicitude da busca e apreensão realizada ensejará, por consequência, a ilicitude dos elementos de informação e provas por meio dela obtidos (ilicitude por derivação), devendo esses elementos serem desentranhados dos autos.

É importante que se tenha uma boa noção desses entendimentos da jurisprudência, na medida em que constituirão os fundamentos utilizados, na sentença, para avaliar preliminares ao mérito relacionadas a elementos de prova angariados com essas variadas diligências.



2.5.6 Laudo pericial

Assim prescreve o Código de Processo Penal:

Art. 160. Os peritos elaborarão o **laudo pericial**, onde descreverão minuciosamente o que examinarem, e responderão aos quesitos formulados.

Parágrafo único. O laudo pericial será elaborado no **prazo máximo de 10 dias**, podendo este prazo ser prorrogado, em casos excepcionais, a requerimento dos peritos.

O laudo pericial é a manifestação que normalmente encerra o trabalho do perito, contendo a sua declaração técnica a respeito dos fatos e pontos examinados. É o documento que traduz o exame pericial realizado, formalizando-o.

Atente-se ao fato de que o juiz não está vinculado ao seu resultado, como decorrência da adoção do sistema da livre persuasão racional no âmbito de avaliação das provas:

Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.

Dentro do tema “laudo pericial”, o **exame de corpo de delito** representa um ponto de especial relevância. Veja o que dispõem os arts. 158 e 167 do CPP:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

Em observância aos dispositivos, o STJ já consolidou o entendimento de que, para o reconhecimento da qualificadora pelo rompimento de obstáculo no furto (art. 155, § 4º, I do CP), é imprescindível a realização do exame pericial no local, desde que não tenham os vestígios desaparecido:

[...] Este Tribunal Superior firmou orientação no sentido de ser **imprescindível**, nos termos dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, **a realização de exame pericial para o reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo no caso do delito de furto** (art. 155, § 4º, I, do Código Penal), **quando os vestígios não tiverem desaparecido e puderem ser constatados pelos peritos**. (AgRg no HC 530.693/PE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020).

[...] É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o **exame de corpo de delito, direto ou indireto, é indispensável para a incidência da qualificadora do rompimento de obstáculo**, no delito de furto, consoante disposto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, c/c o art. 158, do Código de Processo Penal”

(AgRg no REsp 1838301/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019).

Demonstrando-se que não foi possível a realização da perícia, face às circunstâncias do caso concreto, não haverá prejuízo pela sua ausência:

O Tribunal *a quo* apresentou justificativa hábil para a não realização da perícia, tendo em vista o desaparecimento dos vestígios do crime, uma vez que a vítima providenciou a necessária e pronta reparação do dano causado pelo recorrente - arrombamento da janela e portão. **Fica configurada, assim, uma das hipóteses nas quais há a possibilidade de exclusão da necessidade de realização do laudo pericial.** [...] (AgRg no REsp 1827892/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020).

Igual *ratio* é adotada na qualificadora “mediante escalada” do art. 155, § 4, II do CP:

Nos casos em que a infração deixa vestígios, por imperativo legal (art. 158 do Código de Processo Penal - CPP), é necessária a realização do exame de corpo de delito direto ou indireto. **Assim, no que tange à imprescindibilidade da prova técnica para o reconhecimento do furto qualificado por escalada, vale lembrar que a jurisprudência tem-se orientado pela possibilidade de substituição do laudo pericial, desde que devidamente justificado, por outros meios de prova quando o delito não deixa vestígios, estes tenham desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.** Precedentes. [...] (AgRg no AREsp 1480794/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019).

Não obstante, cabe o registro de LUNARDI & REZENDE acerca da valoração do laudo pericial por ocasião da sentença:

As questões envolvendo o laudo pericial podem ser tratadas como questão preliminar ao mérito ou como questão de mérito (materialidade e autoria). Caso seja analisada a validade ou invalidade da prova, será questão preliminar. Tratando-se de valoração da prova pericial, para dizer se demonstra ou não a materialidade e a autoria, ou se é bastante ou não para comprovar determinada qualificadora ou circunstância, deverá ser analisada como questão de mérito (LUNARDI e REZENDE, 2020).

Veja exemplos de abordagem na sentença:

Exemplo 1. *Como preliminar ao mérito.*

A defesa alega, em seus memoriais, invalidade do laudo pericial e a inadmissibilidade da prova na medida em que não teria sido o referido documento (ev. xx) assinado por dois peritos oficiais. Não procede a preliminar. Isso porque desde o advento da Lei 11.690, em 2008, não mais são exigidas duas assinaturas no laudo, a teor do art. 159 do CPP. Enfim, é suficiente que a perícia seja realizada por um único perito oficial, como ocorreu ‘in casu’, sem qualquer superfetação.

Exemplo 2. *Como parte do mérito.*

A defesa reclama (ev. xx) pela desclassificação da infração penal para a forma simples, afastando-se a qualificadora de rompimento de obstáculo, constante do art. 155, § 4º, I do CP.

Isso porque não realizada a perícia na porta que teria sido arrombada pelo réu. Não merece trânsito a alegação. A vítima, segundo relatou em juízo, na audiência de instrução e julgamento (ev. xx), se viu obrigada a realizar os reparos ainda naquele mesmo dia do fato, por questão de segurança da sua residência, inviabilizando o exame diante do imediato desaparecimento dos vestígios. É caso de aplicação do art. 167 do CPP. Por outro lado, como se verá na sequência, vários outros elementos de prova não deixam dúvidas sobre os estragos realizados na porta da casa, a fazer incidir, como consequência, a referida qualificadora do furto.

2.5.7 Inversão da ordem de oitiva de testemunhas

Com a alteração promovida no art. 212 do CPP pela Lei 11.690/2008, a inquirição de testemunhas no processo penal passou a ser regrada pelos sistemas *direct examination* e *cross examination*, segundo os quais a testemunha será em primeiro lugar inquirida (sempre diretamente) pela parte que a arrolou (exame direto) e, depois, pela parte contrária (exame cruzado):

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

Em razão dessa alteração, abandonou-se o anterior sistema *presidencialista* de inquirição, no qual a inquirição era feita pelo magistrado, que formulava as perguntas diretamente à testemunha, cabendo às partes, ao final, dirigirem seus questionamentos ao magistrado para que, então, fossem por ele direcionadas ao depoente.

Contudo, para os tribunais superiores, a não observância ao atual modelo no ato de inquirição da testemunha configura **nulidade relativa**, cujo reconhecimento dependerá de arguição em momento oportuno e demonstração de prejuízo efetivo (art. 563, CPP) à parte:

[...] A jurisprudência desta Corte posiciona-se no sentido de que eventual inobservância ao disposto no art. 212 do CPP, gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a comprovação do efetivo prejuízo, o que incoerreu na espécie. 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 260.379/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015).

2.5.8 Carta precatória

Dispõe o art. 222 do Código de Processo Penal:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

Nos termos dos §§ 1º e 2º do dispositivo, a expedição de carta precatória não suspende a instrução, podendo o processo prosseguir e, inclusive, ser julgado caso não haja o retorno da deprecata (cumprida ou não) dentro do prazo estipulado:

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

A defesa deve ser intimada da expedição da carta precatória, sendo prescindível sua intimação sobre a designação da data da audiência no juízo deprecado, nos termos da Súmula 273 do STJ:

Súmula 273, STJ. Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado.

Aliás, segundo entendimento sumulado do STF, a ausência de intimação da defesa acerca da expedição da carta precatória configura nulidade relativa:

Súmula 155, STF. É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.

Sugestão de abordagem do tema:

A oitiva da testemunha XXX foi deprecada à Comarca de YYY em abril/2019. O prazo fixado (60 dias) há muito já se esgotou; até setembro/2019, a referida testemunha não havia sido ouvida, quadro que persiste até hoje. Nesse ponto, registro que cartas precatórias expedidas para a inquirição de testemunhas não suspendem a instrução e não impedem o julgamento após o decurso do prazo estabelecido (art. 222, CPP). Cerceamento de defesa, portanto, não há, o que afasta a preliminar suscitada.

3. PRELIMINARES DE MÉRITO (EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE)

3.1. INTRODUÇÃO

As *questões preliminares de mérito* dizem respeito a pontos que devem ser analisados previamente ao mérito *propriamente dito* da ação penal, porquanto não se relacionam com a materialidade ou autoria do fato delituoso. Veja: são questões 'de mérito' que antecedem ao mérito propriamente dito (é mérito, mas nem tanto assim! 😊).

Correspondem, basicamente, às causas de extinção da punibilidade.

São, pois, alheias a um juízo *condenatório* ou *absolutório*. Em verdade, são reconhecidas e aplicadas mediante decisão **declaratória** do magistrado, como defende a doutrina ao criticar a impropriedade legislativa de se atribuir, no CPP (art. 397), como causa de absolvição sumária (inciso IV), as hipóteses de extinção da punibilidade:



Existe uma impropriedade processual grave no art. 397, IV, pois a sentença que reconhece a extinção da punibilidade é uma decisão declaratória, não é uma sentença definitiva e, muito menos, absolutória. Há que se ter cuidado para não ser seduzido pela nomenclatura utilizada pelo legislador (absolvição), pois ela não tem o condão de alterar a natureza jurídica do ato (JÚNIOR, 2020).

O art. 107 do Código Penal prevê uma série de causas de extinção da punibilidade:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela **morte do agente**;

II - pela **anistia, graça ou indulto**;

III - pela **retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso**;

IV - pela **prescrição, decadência ou preempção**;

V - pela **renúncia** do direito de queixa ou pelo **perdão** aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela **retratação** do agente, nos casos em que a lei a admite; [...]

IX - pelo **perdão judicial**, nos casos previstos em lei.

O referido rol, todavia, é exemplificativo. Tanto na parte especial do CP quanto em legislações esparsas é possível identificar outras hipóteses de extinção da punibilidade. ANDRÉ ESTEFAM elenca:

- a) ressarcimento do dano no peculato culposo (CP, art. 312, § 3º);
- b) pagamento da contribuição previdenciária antes do início da ação fiscal (CP, art. 168-A, § 2º);
- c) desistência da queixa nos crimes contra a honra, formulada na audiência do art. 520 do CPP;
- d) aquisição de renda superveniente na contravenção de vadiagem (LCP, art. 59, parágrafo único);
- e) pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia (Lei n. 9.249/95, art. 34);
- f) morte da vítima no crime de induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento matrimonial (CP, art. 236);
- g) decurso do prazo da suspensão condicional do processo sem revogação (Lei n. 9.099/95, art. 89, § 5º);
- h) decurso do período de prova do *sursis* e do livramento condicional sem revogação (CP, arts. 82 e 90);
- i) ressarcimento do dano antes do recebimento da denúncia no crime de estelionato mediante emissão de cheque sem provisão de fundos (CP, art. 171, § 2º, VI; Súmula 554 do STF (ESTEFAM, 2020).



Podemos citar pelo menos mais duas situações de extinção da punibilidade. O cumprimento da transação penal (como reconhece o STF, aplicando analogicamente o art. 89, § 5º da Lei 9.099/95) e do acordo de não persecução penal, nos termos do § 13 do art. 28-A do CPP.

Vejam os alguns aspectos relevantes da matéria.

3.2. MORTE DO AGENTE

Como evidencia o art. 62 do CPP, a declaração da extinção da punibilidade pela morte do réu é condicionada à sua comprovação mediante certidão de óbito e à prévia manifestação do Ministério Público sobre o assunto:

Art. 62. No caso de morte do acusado, o juiz somente à vista da certidão de óbito, e depois de ouvido o Ministério Público, declarará extinta a punibilidade.

Deve-se ter atenção aos casos em que a extinção da punibilidade é declarada com fundamento em certidão de óbito que posteriormente vem a ser reconhecida como falsa. Já decidiu o STF que essa decisão pode ser **revogada**, por não gerar coisa julgada em sentido estrito, uma vez que não se poderia reconhecer como válida uma decisão que declarou extinta a punibilidade por fato inexistente:

[...] A decisão que, com base em certidão de óbito falsa, julga extinta a punibilidade do réu pode ser revogada, dado que não gera coisa julgada em sentido estrito. (HC 104998, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/12/2010).

3.3. ANISTIA, GRAÇA OU INDULTO

Os três institutos contemplam situações de "clemência soberana" (ou *indulgentia principis*), em que o Estado, por razões de política criminal, abdica de seu *ius puniendi*, em nome de uma pacificação social. No dizer de Bettiol, trata-se de medidas equitativas, destinadas a "temperar as asperezas da justiça (*supplementum justitiae*) quando circunstâncias políticas, econômicas e sociais particulares tornassem aquele rigor aberrante e inútil" (ESTEFAM, 2020).

Alguns autores optam por aglutinar as três figuras dentro de um gênero maior, denominado **Perdões Constitucionais**, que seria, por sua vez, composto pela anistia e pelos perdões presidenciais (*indulto, graça e comutação*).

Cabe ressaltar que os crimes hediondos e equiparados a hediondo (terrorismo, tortura e tráfico de entorpecentes) são insuscetíveis de graça e anistia por imperativo constitucional (art. 5º, XLIII) e legal (art. 2º, I da Lei 8.072/1990):

Art. 5º XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e **insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os

definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I - anistia, graça e indulto;

3.3.1 Anistia

Tem previsão nos arts. 21, XVII e 48, VIII da Constituição Federal, que permitem a conclusão de que a concessão de anistia depende de lei de competência do Congresso Nacional sancionada pelo Presidente da República:

Art. 21. Compete à União:

XVII - conceder anistia;

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

VIII - concessão de anistia;

Pode ser classificada em:

- **Própria** (concedida anteriormente ao trânsito em julgado – podendo, desta forma, ser declarada na sentença) ou **imprópria** (posteriormente ao trânsito em julgado);
- **Geral** (independe do preenchimento de requisito) ou **específica** (depende do preenchimento de requisito; *v.g.* primariedade);
- **Incondicionada** (independe da prática de algum ato pelo agente) ou **condicionada** (depende do implemento de alguma condição; *v.g.* demonstração pública de arrependimento).

A respeito dos seus efeitos, ESTEFAM diferencia as anistias *própria* e *imprópria*, justamente em razão do momento em que é concedida:

Com relação aos efeitos da concessão de anistia, é preciso lembrar que, em ocorrendo antes do trânsito em julgado (anistia própria), como é curial, impedirá todos os efeitos de uma condenação penal. Se posterior (anistia imprópria), extinguirá todos os efeitos penais da condenação, mantendo-se somente os extrapenais (ESTEFAM, 2020).

Cumprir registrar, de todo modo, que a anistia não afasta os efeitos civis da sentença penal.



3.3.2 Indulto

Possui previsão no art. 84 da Constituição Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

O indulto é uma clemência direcionada a uma coletividade de agentes, exteriorizada mediante decreto presidencial, que tem como consequência a extinção ou a redução da pena já imposta; só pode, pois, ser concedido posteriormente ao trânsito em julgado da sentença condenatória.

Nos termos da Súmula 631 do STJ, e, em verdade, como consequência de apenas poder ser concedida após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o indulto apenas atinge os efeitos primários/principais da condenação (a própria imposição de pena):

Súmula 631/STJ. O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.

3.3.3 Graça

A graça nada mais é do que o indulto concedido de forma individual.

É tratada pelo CPP em seus arts. 734 e seguintes; carrega em si a peculiaridade de poder ser requerida pelo próprio agente ou ainda por qualquer do povo:

Art. 734. A graça poderá ser provocada por petição do condenado, de qualquer pessoa do povo, do Conselho Penitenciário, ou do Ministério Público, ressalvada, entretanto, ao Presidente da República, a faculdade de concedê-la espontaneamente.

3.4. ABOLITIO CRIMINIS

A *abolitio criminis* corresponde à retroatividade de nova lei penal que não mais considera como *crime* determinado fato. Está relacionado à permissão constitucional de retroatividade das leis penais mais benéficas ao réu:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

O exemplo mais evidente de *abolitio criminis* no Direito Penal brasileiro diz respeito ao crime de adultério; que constituía o tipo penal previsto no art. 240 do CP, revogado pela Lei 11.106/2005:

~~Art. 240 - Cometer adultério: (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)~~

~~Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.~~



3.5. PRESCRIÇÃO

3.5.1. Introdução

A prescrição é a perda do poder-dever de punir (*ius puniendi*) do Estado, decorrente do decurso do tempo combinado com a inércia estatal.

Essa causa extintiva da punibilidade não alcança os crimes de racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, por vedação constitucional:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

A prescrição pode se referir à pretensão *punitiva* ou a pretensão *executória* da pena. Diante do escopo do presente material (sentença penal), focaremos apenas na primeira.

3.5.2 Prescrição da pretensão punitiva

Tem momento anterior ao trânsito em julgado da sentença.

Anteriormente à *sentença*, é tratada como **prescrição da pretensão punitiva em abstrato**; posteriormente à *sentença*, mas anteriormente ao *trânsito em julgado*, é tratada como **prescrição da pretensão punitiva em concreto**.

A) Prescrição da pretensão punitiva em abstrato

Tem como parâmetro a pena máxima prevista. Para tanto, são consideradas qualificadoras, privilégios e causas de aumento (a que mais eleva) e diminuição (a que menos reduz) de pena; diz-se, de maneira informal, mas com fins didáticos, que a avaliação desses parâmetros ocorre mediante um raciocínio com base na 'teoria da pior das hipóteses'.

O *quantum* do prazo prescricional é analisado a partir dos patamares erigidos pelo art. 109 do CP, que podem ser resumidos na seguinte tabela:

LIMITE DA PENA	PRAZO PRESCRICIONAL
Superior a 12 anos	20 anos
Superior a 8 e não excede 12 anos	16 anos
Superior a 4 e não excede 8 anos	12 anos
Superior a 2 e não excede 4 anos	8 anos
Igual ou superior a 1 e não excede 2 anos	4 anos
Inferior a 1 ano	3 anos (desde 2010 – Lei 12.234/2010)



A contagem do prazo prescricional, que tem natureza material, ocorre na forma do art. 10 do CP; isto é, inclui-se o termo inicial e exclui-se o dia final. A título de exemplo: se um crime praticado no dia 15/05/2015 prescreveria em 4 anos, o termo final terá sido dia 14/05/2019.

Perceba-se que a idade do agente ao momento do crime ou ao momento da prolação da sentença pode interferir no prazo prescricional. Dispõe o art. 115 do CP:

Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos;

Assim, tem-se que o prazo prescricional será reduzido pela metade se:

- i) o agente for menor de 21 (vinte e um) anos ao momento do crime;
- ii) o agente for maior de 70 (setenta) anos ao momento da sentença.

A seu turno, a reincidência não atinge a prescrição da pretensão punitiva, apenas a pretensão executória:

Súmula 220/STJ. A reincidência não influi no prazo da prescrição da pretensão punitiva.

A análise da prescrição deve ser operada em relação aos chamados **períodos prescricionais**, definidos pela conjugação dos termos iniciais (art. 111 do CP) e das causas interruptivas (art. 117 do CP). Regra geral, são basicamente esses os períodos prescricionais:

- ✓ entre a consumação/prática do último ato de execução/cessação da permanência do crime e o recebimento da peça acusatória;
- ✓ entre o recebimento da peça acusatória e a prolação de sentença;
- ✓ entre a sentença e o acórdão condenatório.⁵
- ✓ entre o acórdão condenatório e o trânsito em julgado (prescrição da pretensão punitiva em concreto).

NOVIDADE!



⁵ Em abril de 2020, o "Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou o entendimento de que o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. Por isso, o acórdão (decisão colegiada do Tribunal) que confirma a sentença condenatória, por revelar pleno exercício da jurisdição penal, interrompe o prazo prescricional, nos termos do artigo 117, inciso IV, do Código Penal. A decisão, por maioria, foi tomada no julgamento do Habeas Corpus (HC 176473), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes" (Notícia do STF. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442274>).

Repare que, de acordo com o mais recente entendimento do STF (HC 176473), poderíamos aí conceber mais um período: entre a sentença e o acórdão condenatório (mesmo que confirmatório da sentença). O Plenário fixou a seguinte tese:

Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta.

Vale a lembrança de que, nos crimes sujeitos à competência do Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia e o acórdão confirmatório da pronúncia (em caso de recurso) constituem novas causas de interrupção (art. 116, II e III do CPP).

B) Prescrição da pretensão punitiva em concreto

Essa espécie de prescrição, que incide posteriormente à sentença penal condenatória, apresenta dois pressupostos:

- i) condenação;
- ii) situação processual que impeça o aumento da pena (como o trânsito em julgado para a acusação ou o não conhecimento/desprovimento do seu recurso). Nesse sentido, confira-se o teor da Súmula 146 do STF:

Súmula 146/STF. A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.

O prazo prescricional será definido mediante o cotejo entre a pena aplicada na sentença condenatória e os patamares antes referidos do art. 109 do CP.

No tocante aos períodos prescricionais, há se fazer um apontamento. Com a edição da Lei 12.234/2010, a prescrição da pretensão punitiva em concreto **não mais pode operar entre a prática do crime e o recebimento da denúncia**, por expressa vedação legal:

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Em termos mais simples: o prazo entre a data do crime e a conclusão das investigações (antes da denúncia) não conta para efeito da prescrição da pretensão punitiva em concreto. A demora da investigação, portanto, não fará com que haja prescrição com base na pena estipulada e de modo retroativo.

O STF já teve a oportunidade de assentar a constitucionalidade da referida norma:

1. A Lei nº 12.234/10, ao dar nova redação ao art. 110, § 1º, do Código Penal, não aboliu a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, fundada na pena aplicada na sentença. Apenas vedou, quanto aos crimes praticados na sua vigência, seu

reconhecimento entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa. 2. Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), da humanidade da pena (art. 5º, XLVII e XLIX, CF), da culpabilidade, da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), da isonomia (art. 5º, II, CF) ou da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF). 3. A Lei nº 12.234/10 se insere na liberdade de conformação do legislador, que tem legitimidade democrática para escolher os meios que reputar adequados para a consecução de determinados objetivos, desde que eles não lhe sejam vedados pela Constituição nem violem a proporcionalidade. 4. É constitucional, portanto, o art. 110, § 1º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.234/10. 5. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 122694, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2014).

A prescrição da pretensão punitiva em concreto poderá, em vista aos períodos prescricionais, ser **retroativa** ou **superveniente/intercorrente**:

b.1) Prescrição retroativa: diz respeito ao período prescricional contado da publicação da sentença condenatória para trás. Tendo-se em mente (insistimos) que é vedada a prescrição em concreto anteriormente ao recebimento da peça acusatória, a prescrição retroativa incide entre esse recebimento e a sentença penal condenatória.

Exemplo: réu condenado à pena de 1 ano de detenção (prazo de 4 anos – art. 109, V do CP).

- Crime praticado em janeiro/2016; denúncia recebida em abril/2016; sentença proferida em maio/2020.
- Entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória houve o decurso do prazo prescricional de 4 anos, de maneira que ocorreu a prescrição retroativa.

b.2) Prescrição intercorrente: referente ao período entre a sentença penal condenatória e o trânsito em julgado para a defesa (para frente).

Exemplo: réu condenado à pena de 6 meses de detenção (prazo de 3 anos – art. 109, VI do CP).

- Crime praticado em janeiro/2013; denúncia recebida em maio/2015; sentença condenatória proferida em setembro/2017; julgamento da apelação da defesa em abril/2020; trânsito em julgado para a defesa em maio/2020.
- Não houve prescrição intercorrente, na medida em que, entre a sentença condenatória e o trânsito em julgado para a defesa não se completou o prazo fatal de 3 anos. Note-se, ainda, que o referido prazo não foi alcançado em nenhum dos demais períodos prescricionais; afinal, o advento de *causas interruptivas* 'zera' a contagem da prescrição.

Note-se, por fim, que a prescrição nos casos de concurso de crimes deve ser aferida sobre cada um deles, desconsiderando-se a fração de aumento advinda do concurso formal ou crime continuado, nos termos do art. 119 do CPP:

Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.



A abordagem do tema da prescrição, na sentença, pode advir de preliminar de mérito pleiteada pelas partes ou do reconhecimento *ex officio* pelo magistrado (na segunda hipótese – de ofício –, apenas deverá ser tratada caso efetivamente incida no caso). Caso necessite ser analisada, deverá ser aferida pragmaticamente durante a fundamentação: i) estabelecem-se os parâmetros da contagem e a data das causas interruptivas; ii) analisa-se a incidência de circunstâncias que impedem ou alteram a contagem do prazo; e iii) conclui-se pela sua incidência ou não no caso concreto.

Sugestão de abordagem:

1) (na fundamentação)

Não assiste razão à defesa quanto ao pleito de reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva. Com efeito, (...). Ante o exposto, rejeito a preliminar de mérito aduzida.

2) (na fundamentação)

Conforme asseverado pela defesa, resta prescrita a pretensão punitiva estatal em relação ao crime (...). Com efeito, (...)

(no dispositivo)

DECLARO extinta a punibilidade do acusado Fulano de Tal, com fundamento no art. 107, IV c/c art. 109, V, ambos do Código Penal, relativamente ao crime de (...).

3.5.3 Prescrição da pena de multa

É regulada pelo art. 114 do CPP, que estabelece dois critérios de prescrição:

- a) Multa como única pena cominada em abstrato para o tipo penal ou a única pena imposta ao condenado: prescreverá em **2 anos**;
- b) Multa como pena cumulativamente prevista ao tipo penal ou cumulativamente imposta ao condenado: prescreverá **juntamente com a pena privativa de liberdade**.

3.6. DECADÊNCIA

É a perda do direito de queixa ou de representação pelo seu não exercício dentro do prazo legal. Por consequência, trata-se de causa extintiva da punibilidade aplicável somente aos crimes de **ação pena pública condicionada** (representação) e de **ação penal de iniciativa privada** (queixa-crime, ou queixa-crime subsidiária na ação penal privada subsidiária da pública).

Nos termos do art. 38 do CPP, o prazo para o exercício desses direitos é de **6 (seis) meses**:

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

Como se percebe, o termo inicial do prazo não é necessariamente a data da prática do crime, mas a data do conhecimento da sua autoria.



Outrossim, a parte final do dispositivo refere-se à decadência nos casos de *ação penal privada subsidiária da pública*, hipótese em que o termo inicial do prazo decadencial para o oferecimento de *queixa-crime subsidiária* é a data do esgotamento do prazo para oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

A regra geral acerca do prazo para oferecimento da denúncia é conferida pelo art. 46 do CPP:

- a) **Réu preso:** 5 (cinco) dias;
- b) **Réu solto:** 15 (quinze) dias, ambos contados da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos de investigação.

A depender do crime tratado, a legislação penal especial pode fixar prazo diverso para o oferecimento da denúncia. NESTOR TÁVORA bem colaciona esses casos nas ações penais públicas:

- 10 dias, para crime eleitoral (art. 357, Código Eleitoral).
- 10 dias, para crimes de imprensa (art. 40, § 1º, Lei nº 5.250/1967). Com a não recepção da Lei nº 5.250/67 pela CF (ADPF nº 130-7), os crimes praticados pela imprensa passam a estar regidos pelo CP, e o prazo da denúncia segue a regra geral do CPP (art. 46).
- 10 dias, para tráfico de drogas (art. 54, III, Lei nº 11.343/2006). [...]
- 2 dias, para crimes contra a economia popular (art. 10, § 2º, Lei nº 1.521/1951). A nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/2005), em seu art. 187, § 1º, prevê que “o prazo para oferecimento da denúncia regula-se pelo art. 46 do Código de Processo Penal, salvo se o Ministério Público, estando o réu solto ou afiançado, decidir aguardar a apresentação da exposição circunstanciada de que trata o art. 186 desta Lei, devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias” (TÁVORA, 2017).

Sugestão de abordagem do tema:

Relativamente às lesões corporais culposas de que Fulano e Beltrano foram vítimas, há se reconhecer, como sugeriu o ‘parquet’, a decadência. Decorridos mais de seis (6) meses da data em que tomaram conhecimento da autoria/data em que Fulano atingiu a maioridade, não houve representação, condição de procedibilidade da ação penal, o que dá ensejo à extinção da punibilidade do acusado.

DISPOSITIVO:

JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão deduzida na denúncia com o fim de:

- a) condenar o acusado como incurso nas sanções do art. (...)*
- b) declarar extinta a sua punibilidade, com fundamento no art. 107, IV do Código Penal e art. 38 do Código de Processo Penal, relativamente ao crime de (...).*

3.7. PEREMPÇÃO

Trata-se da extinção da punibilidade pela inércia e inoperância do querelante (e seus eventuais sucessores) nas **ações penais de iniciativa privada**. As hipóteses de perempção estão previstas no art. 60 do CPP:

Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

Exemplo de abordagem do tema:

A certidão de óbito acostada aos autos dá conta de que o querelante faleceu em 05/10/2019. Decorridos mais de 60 (sessenta) dias, não houve o comparecimento em juízo de qualquer dos seus sucessores ou demais habilitados para o prosseguimento do processo. Diante disso, deve ser reconhecida a perempção (art. 60, II do CPP), com a conseqüente extinção da punibilidade do querelado.



DISPOSITIVO:

DECLARO extinta a punibilidade do acusado Fulano de Tal, com fundamento no art. 107, IV do Código Penal e art. 38 do Código de Processo Penal, relativamente ao crime de (...).

3.8. RENÚNCIA E PERDÃO ACEITO

A renúncia e o perdão (este aceito) consistem em causas de extinção da punibilidade aplicáveis somente às **ações penais de iniciativa privada**.

Renúncia: é a abdicação do direito de queixa antes (evidentemente) do início da ação penal de iniciativa privada. É, portanto, manifestação do princípio da *oportunidade* nessa espécie de ação penal. A renúncia operada em relação a um dos autores do crime se estenderá a todos os demais, nos termos do art. 49 do CPP, que evidencia ainda mais a incidência do princípio da *indivisibilidade* da ação penal de iniciativa privada.



Perdão: é a desistência, por parte do ofendido, da continuidade do processo, efetivamente perdendo o ofensor. Trata-se de manifestação do princípio da *disponibilidade* da ação penal de iniciativa privada. O perdão concedido a um dos autores do crime aproveitará aos demais; todavia, necessita ser aceito pelo querelado para que surta efeitos (o que se dá de forma individual). Detalha o art. 106 do CP:

Art. 106 - O perdão, no processo ou fora dele, expresso ou tácito:

I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;

II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;

III - se o querelado o recusa, não produz efeito.

§ 1º - Perdão tácito é o que resulta da prática de ato incompatível com a vontade de prosseguir na ação.

§ 2º - Não é admissível o perdão depois que passa em julgado a sentença condenatória.

3.9. RETRATAÇÃO DO AGENTE

O Código Penal prevê três casos de retratação do agente como causa extintiva da punibilidade: na **calúnia** (art. 138); na **difamação** (art. 139) e no **falso testemunho** ou **falsa perícia** (art. 342).

Em relação à **calúnia e difamação**, a retratação do agente é prevista no art. 143 do CP, que dispõe:

Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa.

No tocante ao **falso testemunho** e à **falsa perícia**, a retratação é prevista no art. 342, § 2º do CP:

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

Como adverte ESTEFAM, embora a data limite para a retratação corresponda ao julgamento da ação penal em todas as hipóteses, no caso do falso testemunho e falsa perícia corresponde ao julgamento da ação no bojo da qual foram os crimes praticados, e não da ação posteriormente instaurada para a sua apuração:

Assim, o autor da ofensa deve se desdizer até o julgamento da ação penal contra ele instaurada. No caso do falso testemunho ou falsa perícia, o ato deve ser praticado até antes da prolação da sentença no processo em que o falso foi cometido (e não naquele



eventualmente instaurado para punir o falso testemunho ou falsa perícia) (ESTEFAM, 2020).

3.10 PERDÃO JUDICIAL

O perdão judicial refere-se à possibilidade de o juiz **deixar de aplicar a pena** ao agente quando, pela análise das circunstâncias fáticas e diante de expressa previsão legal, entender pela sua desnecessidade.

A doutrina costuma apontar as seguintes hipóteses de previsão legal do perdão judicial:

1) Art. 121, § 5º do CP – homicídio culposo:

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.

2) Art. 129, § 8º do CP – lesão corporal culposa:

§ 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121

3) Art. 140, § 1º, I e II do CP – injúria:

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

4) Art. 180, § 5º do CP – receptação culposa:

§ 5º - Na hipótese do § 3º, se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. Na receptação dolosa aplica-se o disposto no § 2º do art. 155.

5) Art. 242, parágrafo único do CP – parto suposto; supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido:

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

6) Art. 249, § 2º do CP – subtração de incapazes:

§ 2º - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.



Sobre os efeitos da sentença que concede o perdão judicial, BITTENCOURT aduz:

Para afastar a desinteligência das diversas interpretações que existiam sobre a natureza jurídica da sentença que concede o perdão judicial, a Reforma Penal de 1984 incluiu-o entre as causas extintivas de punibilidade e explicitou na Exposição de Motivos (n. 98) que a sentença que o concede não produz efeitos de sentença condenatória (BITTENCOURT, 2020).

No mesmo sentido, a Súmula 18 do STJ:

Súmula 18/STJ. A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.

Exemplo de abordagem do tema:

A documentação anexada ao feito sugere que o comportamento culposo do acusado deu ensejo ao acidente. Esse fato, contudo, diante da relação íntima de afeto que ele e a vítima nutriam, inerente à própria união estável que mantinham (companheiros havia cinco anos), dá ensejo ao reconhecimento do perdão judicial. A morte de Maria, com quem conviveu por cinco (5) longos anos, é elemento bastante de convicção. O réu, sem dúvida, foi suficientemente punido, sendo imperativo o reconhecimento do perdão judicial (art. 121, § 5º, CP). A imposição de pena não teria efetividade alguma; ao contrário, representaria verdadeira superfetação.

DISPOSITIVO:

JULGO EXTINTA a punibilidade do acusado, com fundamento no art. 107, incisos IV (vítimas Fulana e Beltrana) e IX (vítima Maria) do Código Penal e na Súmula 18 do STJ.

4. QUESTÕES PREJUDICIAIS

Prejudiciais são as questões que dependem de avaliação pelo juiz, de matéria penal ou extrapenal, e que devem ser decididas 'antes' do mérito da ação principal. No âmbito do processo penal, entendem-se por prejudiciais as questões previstas nos arts. 92 a 94 do CPP:

Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.

Parágrafo único. Se for o crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada, com a citação dos interessados.

Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que



essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.

§ 1º O juiz marcará o prazo da suspensão, que poderá ser razoavelmente prorrogado, se a demora não for imputável à parte. Expirado o prazo, sem que o juiz cível tenha proferido decisão, o juiz criminal fará prosseguir o processo, retomando sua competência para resolver, de fato e de direito, toda a matéria da acusação ou da defesa.

§ 2º Do despacho que denegar a suspensão não caberá recurso.

§ 3º Suspenso o processo, e tratando-se de crime de ação pública, incumbirá ao Ministério Público intervir imediatamente na causa cível, para o fim de promover-lhe o rápido andamento.

Art. 94. A suspensão do curso da ação penal, nos casos dos artigos anteriores, será decretada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

A título de ilustração, veja-se que a validade do primeiro casamento representa questão prejudicial quanto à configuração do crime de bigamia; afinal, o acusado somente poderá ser condenado pela infração prevista no art. 235 do Código Penal se for reconhecida a validade do primeiro matrimônio (*conditio sine qua non* para configuração do crime).

De todo modo, não se deve confundir questões prejudiciais com questões preliminares, muito embora possuam traços em comum:

QUESTÃO PREJUDICIAL	QUESTÃO PRELIMINAR
Liga-se a tema de Direito Material	Liga-se a tema de Direito Processual
Pode ser analisada pelo juízo penal ou extrapenal (em alguns casos apenas pelo juízo extrapenal)	Somente poderá ser analisada pelo juízo penal
Existem de maneira autônoma em relação ao processo criminal	Não existem de maneira autônoma em relação ao processo criminal
O conteúdo da decisão do juízo penal está subordinado à questão prejudicial	A questão preliminar impede a análise do objeto da imputação pelo juízo penal

Quanto à natureza da questão prejudicial, podem elas serem homogêneas ou heterogêneas.

a) **Homogênea, comum** ou **imperfeita**: a prejudicial pertence ao mesmo ramo de direito da questão prejudicada (no caso, ambas possuem natureza criminal). Podem, portanto, ser analisadas pelo próprio juiz criminal.

Exemplo. Para que se configure o crime de receptação é necessário que haja prova de que o bem receptado é produto de infração anterior. Quando não houver a recomendável reunião de



processos em virtude da conexão probatória (art. 76, III, CPP), incumbirá ao juiz competente para o julgamento da receptação avaliar se o referido objeto efetivamente é produto de crime; ou seja, a existência de crime antecedente funciona como verdadeira *questão prejudicial homogênea*. Importante salientar que essa questão, por não se tratar do objeto principal da ação, não fará coisa julgada – o que significa que, em processo penal que apure o delito antecedente, será possível que sobrevenha decisão contraditória (que reconheça, por exemplo, a inexistência do crime antecedente); isso, eventualmente, poderá viabilizar o manejo de *habeas corpus* ou *revisão criminal* por parte do condenado em receptação.

b) Heterogênea, perfeita, jurisdicional ou **incomum**: é aquela que pertence a outro ramo do direito; ou seja, que tem caráter extrapenal. Aqui, é necessário fazer uma distinção:

- caso a prejudicial heterogênea se refira a matéria que diga respeito ao estado civil de pessoas, o juiz criminal jamais poderá decidi-la (art. 92). Nesse caso, estamos diante de **questão prejudicial heterogênea obrigatória**, que sempre acarretará a suspensão do processo até a sua resolução;
- caso não se trate de matéria afeta ao estado civil de pessoas, o juiz criminal poderá eventualmente decidi-la (art. 93, § 1º do CPP). Aqui, estamos diante de **questão prejudicial heterogênea facultativa**, que nem sempre acarretará a suspensão do processo, porque o juízo criminal poderá, eventualmente, apreciá-las.

Confira-se o exemplo de prejudicial heterogênea citado por BRASILEIRO:

[...] suponha-se que, em um processo penal referente ao crime de furto, o acusado sustente em seu interrogatório que sua conduta seria atípica porquanto não teria havido subtração de coisa alheia móvel. Na verdade, segundo o acusado, o celular cuja subtração lhe fora imputada teria sido por ele comprado duas semanas antes. Como se percebe, trata-se de questão prejudicial, já que a existência do crime de furto depende da comprovação da subtração de coisa alheia móvel. Nesse caso, temos um exemplo de questão prejudicial **heterogênea**, visto que, enquanto a questão prejudicada versa sobre o direito penal - existência do crime de furto -, a questão prejudicial versa sobre o patrimônio, ou seja, direito civil (LIMA, 2017).

5. MÉRITO

Superadas as questões preliminares ao mérito, de mérito e questões prejudiciais, adentra-se ao mérito 'propriamente dito' da ação penal. Neste ponto da sentença (ainda no campo da fundamentação) é que serão valoradas as provas produzidas na instrução criminal a ponto de se estabelecer, ou não, a responsabilização penal do agente.

Não há uma regra rígida a respeito da estruturação da análise do mérito na sentença. Diante de uma pluralidade de agentes e crimes, por exemplo, caberá ao sentenciante optar pelo tratamento das matérias de maneira simultânea (analisando os crimes e réus em conjunto, em bloco) ou individual (analisando crime a crime, réu a réu). Tudo dependerá das circunstâncias do caso



concreto, verificando (o elaborador da peça) se é possível condensar, em um mesmo contexto, mais de um tema, com economia de tempo e espaço.

Contudo, essa análise depende dos tipos de crimes que estão sendo imputados ao réu. Em determinados casos, quando se trata de mais de um crime cometido no mesmo contexto fático, a fundamentação num mesmo item pode facilitar o desenvolvimento da argumentação. Assim, por exemplo, quando um ou mais réus cometeram os crimes de roubo e corrupção de menor, em concurso formal, comumente a abordagem num mesmo item das duas imputações pode facilitar a argumentação, bem como evitar repetições, haja vista que o contexto fático e as provas a serem descritas e analisadas são as mesmas (LUNARDI e REZENDE, 2020).

A propósito, lembre-se de que, nos termos do art. 155 do CPP, vigora no processo penal o sistema da persuasão racional do juiz ou livre convencimento motivado na avaliação das provas:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Acerca do **ônus da prova**, prevê o art. 156 do CPP:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...]

Prevalece o entendimento de que, no processo penal, há distribuição do ônus probatório entre acusação e defesa. É a compreensão que se tem pelo cotejo do referido dispositivo com o art. 373 do Código de Processo Civil. Em suma, chega-se à seguinte repartição:

↳ **Acusação:** deve demonstrar os fatos constitutivos da imputação (art. 373, I do CPC):

- i) materialidade do crime;
- ii) autoria ou participação
- iii) nexos de causalidade;
- iv) dolo* ou culpa.

Registre-se que há entendimento doutrinário (e segundo adverte GUSTAVO BADARÓ, predominante) no sentido de que à acusação apenas incumbiria provar o elemento subjetivo do tipo nas formas culposas; isto é, a *negligência*, *imperícia* ou *imprudência*. O *dolo*, consoante esse entendimento, seria presumido a partir dos demais elementos que compõem o tipo e da premissa de que, em sua grande maioria, os comportamentos humanos são voluntários e conscientes

A demonstração dos fatos constitutivos pela acusação submete-se, naturalmente, à regra de julgamento operada sob a égide da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Dessa forma, cabe à acusação provar suas alegações acima de qualquer dúvida razoável; caso contrário, a dúvida deverá militar em benefício ao acusado, seja mediante o afastamento de qualificadoras ou majorantes, seja mediante a sua absolvição das imputações, por exemplo.



↳ **Defesa:** incumbe-se de provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito (art. 373, II do CPC):

- i) causas excludentes de ilicitude;
- ii) causas excludentes de culpabilidade;
- iii) causas extintivas da punibilidade;
- iv) álibis.

Diferentemente do ônus da acusação, à defesa é suficiente (para a absolvição) que consiga lançar fundada dúvida quanto aos referidos elementos; isso é consectário da presunção de inocência enquanto regra de julgamento no processo penal, aliada ao disposto no art. 386, VI, parte final, do CPP.

Então, de forma muito simplista, o raciocínio do juiz quanto ao ônus da prova deve ser o seguinte: acusação deve trazer prova de suas imputações 'acima de qualquer dúvida razoável'; defesa deve, quando menos, conseguir deixar o julgador com uma 'fundada dúvida'.

Pois bem. A apreciação do mérito da ação penal inicia-se pela análise da materialidade e autoria do crime.

5.1. MATERIALIDADE DO DELITO

Em singelas palavras, trata-se da efetiva existência dos fatos supostamente criminosos.

Não se refere, aqui, à existência do crime pela verificação dos seus requisitos ou substratos (como a *tipicidade, ilicitude e culpabilidade*), mas à sua existência como fato da vida, como acontecimento no mundo. A aferição dos referidos elementos do crime e eventuais causas excludentes é realizada posteriormente à análise da materialidade e autoria.

Exemplificando, diante de uma acusação de furto, não se perquire, no campo da *materialidade*, se o bem subtraído era 'insignificante' ou se o acusado estava amparado por qualquer outra excludente de crime; apenas se a subtração da coisa alheia efetivamente ocorreu. De igual forma, diante de uma acusação de homicídio, por disparo de arma de fogo, não se questiona nesse momento se o agente agiu em legítima defesa, mas apenas se a vítima de fato foi morta e a causa de sua morte realmente foram os ferimentos dos projéteis.

A materialidade pode, portanto, ser demonstrada de vários modos, geralmente de uma forma progressiva; isto é, vai tomando corpo pelo conjunto de elementos amealhados, em corroboração mútua. Dentre vários outros meios, podem ser citados: *as circunstâncias da prisão em flagrante; boletim de ocorrência; fotos; auto de apreensão; auto de exibição; necropsia; depoimentos de testemunhas e do ofendido; gravações; laudo de constatação de drogas; laudo pericial de eficiência de arma de fogo; inúmeras espécies de documentos*; enfim, elementos de informação ou provas que demonstrem que determinado fato efetivamente ocorreu.

Nesta parte da sentença, melhor estará a fundamentação na exata proporção de quantas evidências conseguir enumerar o juiz de que a conduta atribuída na acusação realmente aconteceu. A pergunta que o juiz deve fundamentadamente responder é: 🗨️ 'o que me leva a



crer, quais elementos eu tenho para acreditar que aquela conduta indicada na acusação aconteceu mesmo?'.
Sugestões de abordagem do tema:

1) A materialidade está comprovada. Encontra amparo no boletim de ocorrência anexado ao feito no evento XX (aliás, muito detalhado quanto à forma de agir), nas declarações prestadas pelos agentes públicos responsáveis pela prisão (que reportaram toda a cena criminosa, com detalhes, tanto no inquérito quanto em juízo), no auto de exibição e apreensão (que discrimina todos os instrumentos usados na conduta), além do relato da testemunha ocular Fulano de Tal, que acompanhou, do começo ao fim, como as ações se sucederam, reportando isso, cronologicamente, em juízo (evento XX). Aliás, a existência da conduta, tal como narrada na denúncia, é fato incontroverso. Nenhuma das partes questionou a materialidade.

5.2. AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Após a conclusão de que o fato imputado efetivamente aconteceu, passa-se à análise de sua autoria; ou seja, se realmente foi o acusado quem praticou a infração descrita na peça acusatória. Repare que isso tem uma lógica: caso a materialidade fosse afastada, ordinariamente sequer seria necessário ingressar na autoria.

A pergunta que o juiz deve fundamentadamente responder é: 🧑‍⚖️ 'o que me leva a crer, quais evidências eu tenho para acreditar que a conduta imputada (aquela que eu já reconheci existente) foi realmente praticada pelo réu e não por outra pessoa?'.
A autoria, também, pode ser delineada por vários elementos: a prisão em flagrante; os depoimentos das testemunhas e vítimas; gravações; fotos; documentos de sua propriedade ou de sua lavra; confissão; basicamente tudo que possa indicar que determinada pessoa praticou determinado fato imputado.

Ganha relevância, aqui, a análise do **concurso de pessoas** na prática de crimes. A doutrina aponta os seguintes requisitos para a sua configuração:

- 1) Pluralidade de participantes e de condutas;
- 2) Relevância causal de cada conduta;
- 3) Vínculo subjetivo entre os participantes;
- 4) **Identidade da infração penal** (para uma parte da doutrina, embora se reconheça que esse 'requisito' é, em verdade, consequência da presença dos demais elementos:

Como afirma Damásio, não é propriamente um requisito, mas consequência jurídica diante das outras condições. Alguém planeja a realização da conduta típica, ao executá-la, enquanto um desvia a atenção da vítima, outro lhe subtrai os pertences e ainda um terceiro encarrega-se de evadir-se do local com um produto do furto. É uma exemplar divisão de trabalho constituída de atividades díspares, convergentes, contudo, a um

mesmo objetivo típico: subtração de coisa alheia móvel. Respondem todos por um único tipo penal ou não se reconhece a participação ou o próprio concurso na empresa criminosa (BITTENCOURT, 2020).

O Código Penal adotou, como regra, o **conceito restritivo de autoria**, segundo o qual será **autor** aquele que praticar a ação nuclear contida no tipo penal; **coautor** aquele que auxilia o autor também na realização da conduta nuclear; e **partícipe** o sujeito que, embora não realize a conduta descrita no tipo, coopera com o crime mediante induzimento, instigação ou auxílio material.

A distinção entre as figuras é de grande importância no momento da sentença, na medida em que o Código Penal, em seu art. 29, estabelece uma clara relação entre o grau de colaboração com o crime e a pena a ser aplicada:

Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

O § 1º trata da **participação de menor importância**, que é aplicável, naturalmente, apenas ao partícipe, e nunca ao autor ou coautor, independentemente de terem os últimos contribuído minimamente com o desiderato criminoso.

A participação de que trata o dispositivo é aquela de pouca relevância causal, aferida exclusivamente no caso concreto, com base no critério da equivalência dos antecedentes (*conditio sine qua non*). Trata-se de conduta que contribui para a produção do resultado, mas de forma menos enfática, razão pela qual deve ser encarada com menos rigor (CUNHA, 2013).

Um exemplo sobre a participação de menor importância: sujeito que, aderindo à intenção de outros dois agentes em furtar estabelecimento comercial, embora não propriamente subtraia qualquer item, permanece no entorno do local para comunicar os dois comparsas sobre a aproximação de viaturas policiais ou outras testemunhas que possam frustrar o ato (cobertura).

Veja que não é pelo simples fato de afigurar-se como partícipe que esse agente fará jus à redução de pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço); é necessário que se constate a pouca relevância do seu comportamento em observância às peculiaridades do caso concreto.

Por sua vez, o § 2º do art. 29 refere-se à chamada **participação dolosamente distinta**, que compreende o desvio subjetivo de condutas entre os agentes, havendo a prática de crime mais grave do que o pretendido por um dos concorrentes (seja ele coautor ou partícipe). Nesse caso, ser-lhe-á aplicada a pena referente ao crime menos grave; a não ser que o resultado mais gravoso fosse previsível, hipótese em que haverá incidência de causa de aumento de pena de até metade.



Confira dois exemplos ilustrados por ROGÉRIO SANCHES CUNHA:

Exemplo 1: João determina a Antônio que mantenha Maria em cárcere privado, mas Antônio, excedendo o mandato, decide exigir o pagamento de resgate por parte da família de Maria;

Exemplo 2: João e Antônio iniciam, em concurso, um roubo na residência de Maria, mas, durante a execução, Antônio decide estuprar Maria, à revelia de seu comparsa, que se encontrava em outro cômodo da casa.

Em ambos os casos, o primeiro de participação, o segundo de coautoria, houve desvio subjetivo, pois um dos agentes não pretendia cometer os crimes de extorsão mediante sequestro e de estupro (CUNHA, 2013).

Para além do conceito restritivo de autoria, tem ganhado força e aplicabilidade, inclusive nos tribunais superiores, a **Teoria do Domínio do Fato**. Segundo essa teoria, autor não seria apenas quem pratica a ação nuclear do tipo (autoria imediata), mas também aquele que possui o controle, domínio, poder sobre a prática do fato criminoso, mesmo que não pratique, por mão própria, a conduta (autoria mediata).

Autor, segundo essa teoria, é quem tem o poder de decisão sobre a realização do fato. Mas é indispensável que resulte demonstrado que quem detém posição de comando determina a prática da ação, sendo irrelevante, portanto, a simples "posição hierárquica superior", sob pena de caracterizar autêntica responsabilidade objetiva. Autor, enfim, é não só o que executa a ação típica (autoria imediata), como também aquele que se utiliza de outrem, como instrumento, para a execução da infração penal (autoria mediata) (BITTENCOURT, 2020).

Confira-se a aplicação da teoria pelo Superior Tribunal de Justiça:

Ademais, à luz das disposições contidas no art. 14 da Lei 7.802/89, art. 3º, IV, da Lei 6938/91, art. 2º da Resolução n.º 344, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, o engenheiro agrônomo, dotado da expertise da atividade agrícola e possuidor da confiança do agricultor, ao prescrever receituário agrônomo em desacordo com as normas legais do uso de agrotóxico, possui controle funcional da conduta ilícita poluente (teoria do domínio do fato). Assim, mesmo não sendo o autor dos atos materiais de poluição, é, sem dúvida, responsável e, por isso, imputável, pela atividade causadora de danos ao meio ambiente. (RHC 118.591/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).

Para o Supremo Tribunal Federal, embora seja aplicável, o domínio do fato não pode se basear em presunções acerca da ciência e controle do fato criminoso pelo suposto autor, nem como mero instrumento de correção de deficiência probatória:

[...] A teoria do domínio do fato poderia validamente lastrear a imputação contra o paciente, desde que a denúncia apontasse indícios convergentes no sentido de que ele não somente teve conhecimento da prática do crime de evasão de divisas como também dirigiu finalisticamente a atividade dos demais acusados. 12. Não basta invocar que o paciente se encontrava numa posição hierarquicamente superior para se presumir

que tenha ele dominado toda a realização delituosa, com plenos poderes para decidir sobre a prática do crime de evasão de divisas, sua interrupção e suas circunstâncias, máxime considerando-se que a estrutura das empresas da qual era diretor-presidente contava com uma diretoria financeira no âmbito da qual se realizaram as operações ora incriminadas. 13. Exigível, portanto, que a denúncia descrevesse atos concretamente imputáveis ao paciente, constitutivos da plataforma indiciária mínima reveladora de sua contribuição dolosa para o crime. (HC 127397, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/12/2016).

[...] A narrativa que adota a teoria do domínio do fato “com vistas a solucionar problemas de debilidade probatória ou a fim de arrefecer os rigores para a caracterização do dolo delitivo” não é admitida pela jurisprudência desta Suprema Corte (AP 975/AL e AP 987/MG, ambas de relatoria do Ministro Edson Fachin). [...] (HC 169535 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 14/02/2020).

Sugestões de abordagem do tema:

1) A autoria restou comprovada. O acusado foi preso em flagrante na posse da motocicleta, pouco tempo depois de a vítima ter acionado a Polícia. Além disso, em juízo admitiu a prática da infração. Diante da compatibilidade da confissão com as demais provas produzidas (art. 197, CPP), antes relacionadas, resta configurada a autoria do furto.

2) A autoria é inconteste e recai sobre o acusado. Fulano de Tal foi preso em flagrante e admitiu a prática do crime. Há compatibilidade entre a confissão e as demais provas (art. 197, CPP). O depoimento dos policiais (ev. XX), o conteúdo do interrogatório (ev. XX) e as declarações das testemunhas (ev. XX) não deixam qualquer dúvida sobre quem seria o autor (inclusive aparentemente arrependido) da subtração do veículo.

3) De tudo o que foi visto e antes consignado, a autoria é certa e recai sobre o acusado. Além de ter sido preso em flagrante, o réu foi formalmente reconhecido pelo ofendido (com convicção plena), de acordo com o procedimento do art. 226 do CPP, como um dos autores do roubo. Não bastasse, apresentou versões divergentes nas oportunidades em que foi interrogado, a reduzir a credibilidade de seus relatos, nitidamente trazidos apenas como uma forma de se esquivar das consequências legais dos atos que praticou.

CURIOSIDADE



Conforme o caso, um ou outro elemento pode dar mais ‘trabalho’ na fundamentação da sentença. Por vezes, a materialidade é muito questionada; em outras situações, a autoria é muito controversa. Convém ajustar a fundamentação às necessidades de cada caso concreto, incorrendo em maior ou menor esforço argumentativo. Exemplo: num homicídio, quando se tem o cadáver e o laudo de necropsia atestando a causa da morte por terceiro, normalmente a materialidade é muito evidente (fácil de fundamentar, a não ser que as conclusões do laudo sejam contestadas) e o que vai se questionar é a autoria (essa exigindo maior esforço e atenção do sentenciante).

5.3. TIPICIDADE

Após a verificação de que os fatos imputados efetivamente ocorreram (materialidade) e que foram praticados pelo acusado (autoria), é necessário que se constate se tais fatos constituem, efetivamente, um crime.

A pergunta que o juiz deve fundamentadamente responder é:  'o que me leva a crer, tecnicamente, que a conduta imputada (aquela que já reconheci existente) se enquadra no tipo penal?'

De acordo com o predominante *conceito analítico*, o crime é composto por três elementos ou substratos (como prefere BETIOL): **tipicidade, ilicitude/antijuridicidade e culpabilidade**.

A tipicidade não se resume mais à mera adequação do fato ao tipo penal (tipicidade formal). Vem ganhando força nos últimos anos o entendimento de que ela deve ser verificada pelo seu aspecto formal aliado ao seu aspecto conglobante, conforme a pioneira lição de ZAFFARONI.

Por **tipicidade conglobante** entende-se a conjugação da *antinormatividade* (comportamento não incentivado ou determinado pelo ordenamento jurídico) com a *tipicidade material* (comportamento que representa lesão ou perigo de lesão relevante a bem jurídico tutelado).

É justamente no campo da tipicidade material que se insere o bem conhecido e cobrado '**princípio da insignificância**', decorrente que é do aspecto de mínima intervenção do Direito Penal; ou seja, a não atuação desse ramo do Direito sobre ações que lesem insignificativamente os bens juridicamente tutelados.

O STF concebeu contornos mais palpáveis ao instituto, erigindo quatro requisitos ou vetores que devem ser cumulativamente observados para que haja a sua aplicação. São eles:

- i) a mínima ofensividade da conduta do agente;
- ii) a ausência de periculosidade social da ação;
- iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Note-se que, na redação da sentença, durante a fundamentação, deve-se fazer menção à presença dos elementos do tipo incriminador que justifiquem a sua adequação, ou não, ao tipo penal.

Sugestões de abordagem do tema:

1) Diante do exposto, tendo em vista a comprovação da materialidade e autoria do fato, assim como a potencialidade lesiva da arma de fogo apreendida em poder do réu, que inclusive estava municada, é de rigor a sua responsabilização criminal como incurso nas penas do art. 14 da Lei 10.826/2003.

2) Conforme pretende a defesa, há se reconhecer a atipicidade material do fato. Os vetores indicados pelo Supremo Tribunal Federal como necessários à aplicação do princípio da insignificância (mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social



da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade de comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada) estão presentes.

3) A ameaça proferida pelo agente também não se presta à configuração do crime previsto no art. 147 do Código Penal. Segundo relatou a vítima, as expressões externadas pelo autor não lhe causaram medo, intimidação. Considerando a objetividade jurídica do crime, a inexistência de efetiva perturbação da liberdade psíquica e a ausência de reflexo na tranquilidade da vítima, não se pode concluir pela condenação.

5.3.1. Qualificadoras e demais circunstâncias legais

Durante a fundamentação, eventuais circunstâncias legais aplicáveis ao caso concreto devem ser reconhecidas ou afastadas. Posteriormente, no campo da individualização da pena, é que serão fixadas as frações de aumento ou redução e operados os devidos cálculos dosimétricos (tirante as qualificadoras, que por si só já estipulam novos limites de pena-base).

A) Qualificadoras: são circunstâncias previstas no tipo penal derivado cuja presença tem o condão de alterar os limites mínimo e máximo da pena cominada no tipo fundamental. Possuem, pois, intrínseca relação com a tipicidade do fato criminoso. Assim, durante a exposição da dinâmica dos fatos na fundamentação da sentença, deve-se demonstrar a ocorrência ou não das circunstâncias que determinem a existência da forma qualificada do crime. Ao final da exposição, em arremate, o seu efetivo reconhecimento ou afastamento poderá ser expressamente consignado, mesmo que em remissão ao já antes referido.

Sugestões de abordagem:

1) O coeso conjunto probatório revelou a dinâmica dos fatos. O réu pulou o muro da residência, arremessou a bicicleta da vítima (produto do furto) por cima desse muro e deixou o local. O acusado, contudo, foi detido a alguns metros. O crime é consumado. A inversão da posse é indiscutível. A rápida recuperação do bem não altera essa conclusão.

Está presente a qualificadora prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do Código Penal. O acusado admitiu ter pulado o muro para acessar o terreno da casa e os depoimentos colhidos durante a instrução confirmam que esse realmente foi o meio de ingresso dele no lote. Não fosse isso, o laudo pericial deixa claro que o muro, além de possuir altura considerável (aproximadamente 2,5m), sustentava uma cerca elétrica. Enfim, não há dúvidas de que o acusado fez uso de via anormal para adentrar na propriedade do ofendido, valendo-se de esforço físico incomum para tanto. Houve, portanto, escalada.

2) Está presente a qualificadora (art. 155, § 4º, inciso III do Código Penal). Havia uma mixa na ignição do veículo, instrumento que foi apreendido pela Polícia. O emprego de chave falsa é indubitoso. Por outro lado, não há prova do concurso de pessoas (inciso IV do § 4º do art. 155 do Código Penal). O segundo denunciado, Fulano de Tal, foi absolvido e não há notícia (e tampouco menção na denúncia) do envolvimento de terceiro na empreitada.

3) Presente a qualificadora (art. 155, § 4º, inciso III, CP). Em que pese a infração tenha deixado vestígios, não se pode ignorar que a motocicleta foi consertada pelo ofendido sem que antes a perícia tenha sido levada a efeito. Com o desaparecimento desses vestígios, possível que outros elementos de convicção supram a ausência da prova técnica. No presente caso, além de o miolo da chave ter sido danificado pela ação do responsável pelo furto (a indicar o emprego de chave falsa – conforme declarações da vítima), o acusado admitiu informalmente aos policiais ter utilizado uma mixa para acionar a motocicleta. E mais. Impossível que a moto

simplesmente tenha ligado sem a utilização de alguma chave ou artefato, já que não existiam indícios de ligação direta.

B) Agravantes e atenuantes: as agravantes são circunstâncias legais previstas, em regra, na parte geral do Código Penal, nos seus arts. 61 e 62, que exasperam a pena do agente; as atenuantes promovem o inverso e estão presentes nos arts. 65 e 66 do mesmo Código. Nada impede, todavia, que legislações esparsas prevejam outras circunstâncias legais influenciadoras na pena, a exemplo do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê um rol específico de agravantes em seu art. 298.

O reconhecimento das agravantes e atenuantes na fundamentação é o suficiente; os seus efeitos sobre a pena serão considerados e expressados durante a dosimetria.

Sugestões de abordagem:



1) O acusado, à época, não possuía permissão para dirigir ou mesmo habilitação, o que foi constatado pelos policiais à época e confirmado pelo próprio, em juízo. Esses elementos são suficientes ao reconhecimento da agravante prevista no art. 298, inciso III do Código de Trânsito. Recentemente, em caso semelhante, o TJPR já reconheceu a não configuração do tipo autônomo previsto no art. 309 do CTB, note-se: (...)

2) O crime foi praticado contra o próprio ascendente do acusado (conforme documentos do ev. XX), de maneira que incide a agravante prevista no art. 61, II, 'e' do Código Penal.

3) Nessa perspectiva, observa-se que a falsidade ideológica não esteve relacionada, desde o início, com o fim de sonegar impostos – é justamente por esse motivo que não se agravará, segundo o art. 61, II, "b" do Código Penal, a pena do crime de falsidade ideológica.

C) Causas de aumento e diminuição de pena (majorantes e minorantes): circunstância legais que implicam majoração ou minoração da pena em patamares fixos ou variáveis expressos em lei, na terceira fase dosimétrica. Seguem a mesma sorte das demais circunstâncias, devem ser reconhecidas, mas não valoradas neste momento.

Sugestões de abordagem do tema:

1) A causa de diminuição prevista no § 2º do art. 155 do Código Penal não tem aplicabilidade no caso; afinal, os bens subtraídos são de elevado valor (R\$ 3.000,00 – três mil reais).

2) Não incide a majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal. O crime foi praticado entre 20h e 21h30, horário em que as pessoas dificilmente repousam na região em que a infração foi praticada. A circulação de pessoas é reduzida, mas não a ponto de tornar substancialmente precária a vigilância e defesa dos bens. Em especial, note-se que a vítima estacionou o veículo na região por volta das 20h e menos de duas horas depois já constatou o furto – indicativo de que o crime ocorreu à noite, mas não durante repouso noturno.

3) Estão presentes, ainda, as causas de aumento previstas nos incisos II e V do § 2º do art. 157 do Código Penal. O concurso de agentes restou evidenciado ao longo da fundamentação. Ocorreu, também, restrição de liberdade por considerável lapso. De acordo com a vítima, o grupo o manteve por cerca de três horas num carro fechado. Os próprios acusados não negam.

5.4. ILICITUDE OU ANTIJURIDICIDADE

A tipicidade formal e material do fato acoimado de criminoso já é 'indicativo' de que também é **ilícito** ou **antijurídico**.

Não há necessidade, então, de digressões quanto à efetiva ilicitude do fato típico, mas sim de analisar eventual existência de **causas excludentes da ilicitude**, previstas no art. 23 do CP:

- a) legítima defesa;
- b) estado de necessidade;
- c) estrito cumprimento de dever legal; e
- d) exercício regular de direito.

Em não havendo justificantes, nem alegação das partes nesse sentido, o sentenciante poderá limitar-se a consignar sua inexistência (como na primeira sugestão a seguir).

Exemplos de abordagem sucinta do tema:

1) *Não incidem, no presente caso, causas excludentes de ilicitude; sequer foram reivindicadas pelas partes.*

2) *Está presente causa excludente de ilicitude (art. 25 do CP). O acusado desferiu dois disparos para que as agressões a Fulano de Tal cessassem. Na ocasião, Fulano foi atacado por mais de uma pessoa, estava desmaiado e bastante machucado. Os seguranças do estabelecimento comercial não tentaram acalmar a situação. As declarações colhidas ao longo da instrução, em especial as anexadas nos movimentos XX, deixam evidente que o comportamento do acusado foi uma reação à agressão atual e injusta a direito alheio (vida/integridade física). O acusado agiu moderadamente e objetivando preservar a vida/integridade física de Fulano de Tal. Desferiu apenas dois disparos e o fez em direção ao chão. Tão logo as agressões cessaram, retornou para sua casa levando a arma consigo. Não há outro desfecho possível que não a absolvição.*

3) *O 'temor pela segurança' não tem o condão de afastar a ilicitude do comportamento quando não há prova alguma de potencial risco à integridade do indivíduo. Há se ter em mente que, para o reconhecimento da excludente de antijuridicidade, prevista no art. 24 do Código Penal, é necessário que a pessoa esteja em situação de perigo 'atual', o que não ocorre neste caso; pelo menos não há prova alguma disso. Ademais, admitir a justificativa apresentada pelo acusado (transporte para defesa) culminaria em abolir o procedimento legal existente para a obtenção e porte de uma arma de fogo, em amplo prejuízo à incolumidade pública.*

5.5. CULPABILIDADE

Prevalece o entendimento de que a culpabilidade, representada por um juízo de reprovabilidade do fato criminoso, é composta de três elementos:

1. potencial consciência da ilicitude do comportamento;



2. imputabilidade;

3. exigibilidade de conduta diversa.

Em semelhante raciocínio àquele exposto anteriormente, o fato formal e materialmente típico e ilícito traz consigo o indício de que também é culpável. Isso, contudo, não afasta a necessidade de se analisar a efetiva presença dos elementos da culpabilidade, bem como de eventuais causas excludentes.

O aplicador da lei penal, portanto, deverá verificar se o fato foi penalmente típico e se é revestido de antijuridicidade. Em caso afirmativo, verifica a culpabilidade, principiando pelo exame das capacidades mentais (de entendimento e autodeterminação) do sujeito. Se ele não for mentalmente apto a compreender a natureza ilícita de sua conduta ou não detiver autocontrole, será considerado penalmente inimputável e receberá uma medida de segurança. Caso seja verificada sua higidez mental, passa-se, então, à análise do conhecimento da ilicitude sob o aspecto cultural. Trata-se de perquirir se o conjunto de informações recebidas pelo agente ao longo de sua vida, até o momento da conduta, dava-lhe condições de entender que a atitude por ele praticada era socialmente reprovável. Nesse ponto, cabe enfatizar que o conhecimento da ilicitude se presume (presunção *hominis*). Num caso concreto, cumprirá ao réu demonstrar ter agido desprovido de conhecimento (cultural) acerca do caráter ilícito do fato. Lembre-se, por oportuno, que a defesa não terá de convencer o juiz a ponto de não restar nenhuma dúvida a respeito, pois no processo penal, como regra de julgamento, adota-se o *in dubio pro reo* (ESTEFAM, 2020).

a) Causas legais de exclusão da imputabilidade:

- doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26 do CP);
- menoridade (art. 27 do CP e art. 228 da CF);
- embriaguez completa e involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior (art. 28, § 1º do CP);
- dependência ou intoxicação involuntária decorrente do consumo de drogas ilícitas (art. 45 da Lei n. 11.343/2006).

b) Causas legais de exclusão da exigibilidade de conduta diversa:

- coação moral irresistível (art. 22 do CP);
- obediência hierárquica (art. 22 do CP);
- infiltração de agentes policiais em organizações criminosas (arts. 10 a 14 da Lei 12.850/2013).

Por fim, a inexigibilidade de conduta diversa pode se configurar como causa *supralegal* de exclusão da culpabilidade em casos outros, a serem analisados de acordo com as respectivas circunstâncias fáticas:



Primeiramente deve-se lembrar que estamos no campo das normas penais permissivas, para as quais é perfeitamente admissível o emprego da analogia (*in bonam partem*). Além disso, a não exigibilidade corresponde a um princípio geral de exclusão de culpabilidade. Não há óbice, portanto, à aplicação de causas supralegais de exclusão da culpabilidade (ESTEFAM, 2020).

Sugestões de abordagem do tema:

- 1) Não se verificam causas de exclusão de antijuridicidade ou culpabilidade. O réu, à época dos fatos, era imputável e possuía consciência, potencial, da ilicitude de sua conduta – podia, à toda evidência, agir em conformidade com o ordenamento jurídico.
- 2) Há se reconhecer a ausência de ‘culpabilidade’. As circunstâncias demonstram que o acusado não detinha ‘potencial consciência da ilicitude’ de sua conduta. O ‘erro de proibição escusável’, na concepção deste juízo, é evidente, conclusão a que se chega a partir dos seguintes elementos: (...)
- 3) Não se vislumbra erro de proibição. O réu tinha pleno conhecimento que possuir arma de fogo sem registro é crime, tanto que, ao ser questionado pelos policiais a respeito de ‘eventuais ilícitos’ no interior da residência, tratou logo de dizer que mantinha um revólver guardado.

5.6 EMENDATIO E MUTATIO LIBELLI

Pelo denominado *princípio da consubstanciação*, no processo penal o réu se defende dos fatos a ele imputados, e não das definições e classificações jurídicas que a acusação lhes confere. Tem-se também o *princípio da congruência* ou *correlação*, segundo o qual os fatos analisados, considerados e julgados pelo magistrado no momento da prolação de sentença devem ser os mesmos fatos atribuídos e imputados ao acusado na peça acusatória.

Ocorre que, por ocasião da análise da denúncia em cotejo com as provas produzidas na instrução criminal, no momento de julgar, o sentenciante poderá se deparar com incongruências entre o que se atribui ao acusado e o que efetivamente – ao menos pelas provas produzidas – se sucedeu no dia dos fatos.

Com o fim de dar solução a esses ‘descompassos’ e possibilitar o correto julgamento da ação penal, o Código de Processo Penal prevê os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli*.

A) *Emendatio libelli* – art. 383 do CPP: é a correção da peça acusatória, pelo próprio magistrado, em relação à capitulação jurídica originalmente dada ao crime, sem que haja qualquer alteração nos fatos imputados, mesmo que isso implique aplicação de pena mais grave.

Neste ponto, não se pode esquecer da Súmula 337 do STJ:

Súmula 337/STJ. É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.



Exemplos de abordagem do tema:

1) É o caso de 'emendatio libelli' (art. 383, CPP), com desclassificação. O primeiro e o terceiro crimes configuram roubos simples, na forma do art. 157, 'caput' do Código Penal, e não roubos majorados. Tais infrações não foram praticadas em concurso de agentes.

2) Está-se diante do crime de furto na modalidade tentada, e não roubo. De acordo com a prova colhida na instrução processual, os atos executórios do delito não haviam cessado quando o réu foi surpreendido pela vítima (e posteriormente por terceiros). Segundo se apurou, após ter retirado a bicicleta da vítima da casa, o acusado retornou ao interior da residência para de lá subtrair outros bens, sendo impedido de prosseguir em seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade (art. 14, II, CP). Diante disso, há se reconhecer a 'emendatio libelli' (art. 383, CPP), uma vez que a conduta praticada pelo réu, em verdade, amolda-se ao tipo penal previsto no art. 155, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

3) Na supracitada linha de raciocínio, ao contrário do que pretende a defesa, há se reconhecer a tipicidade da conduta praticada pelo acusado que, em verdade, amolda-se àquela prevista no art. 12 da Lei nº 10.826/2003 - em nítido caso de emendatio libelli (art. 383, CPP), com desclassificação.

B) Mutatio libelli – art. 384 do CPP: é a alteração, pelo próprio Ministério Público, dos fatos narrados na denúncia, em decorrência do conhecimento, durante a instrução criminal, de novos elementos e circunstâncias que modifiquem o cenário até então tido como verdadeiro.

A *mutatio libelli* tem momento logo após o término da instrução, anteriormente, portanto, à prolação da sentença. Logo, sua análise não pertence ao escopo do presente material. Registre-se, apenas, que, promovido o aditamento da peça acusatória pelo Ministério Público, haverá reabertura da instrução criminal com a posterior prolação de sentença a respeito dos novos fatos expostos.

6. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Aqui entramos numa parte muito específica da sentença criminal, que tem uma metodologia legal. A individualização da pena é uma exigência constitucional prevista no art. 5º, XLVI da Lei Maior:

XLVI - a lei regulará a **individualização da pena** e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Entende-se que a individualização da pena possui um *aspecto tríplice*, como sintetiza BITENCOURT:



Essa orientação, conhecida como individualização da pena, ocorre em três momentos distintos: **individualização legislativa** – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; **individualização judicial** – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, **individualização executória**, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento ().

Interessa-nos, aqui, a segunda etapa: a individualização judicial; o caminho percorrido pelo magistrado para, à luz do caso concreto, dar corpo às sanções abstratamente previstas.

6.1. CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA PENA

O art. 68 do Código Penal deixa clara a adoção do **critério trifásico** de aplicação de pena:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Na **primeira fase** ou etapa de dosimetria, analisam-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP para se estabelecer uma **pena-base**. Antes de passar ao exame dessas circunstâncias, todavia, deve o sentenciante averiguar a presença das elementares do crime para a correta definição do tipo penal e de sua respectiva pena, e, ainda, a presença de qualificadoras e privilegiadoras, na medida em que alteram as próprias balizas dentro das quais a pena será calculada. Tudo isso feito na fundamentação.

Na **segunda fase**, a partir da pena-base, são levadas em consideração as circunstâncias legais agravantes e atenuantes de pena, chegando-se à **pena provisória**.

Na **terceira fase**, parte-se da pena provisória, analisando-se as causas de aumento ou diminuição de pena, a fim de se chegar à **pena definitiva** – a efetiva quantificação da sanção penal imposta.

Sugestão de inicial abordagem do tema:

Dosimetria da pena:

Considerando as disposições do artigo 59 e seguintes, especialmente o artigo 68 do Código Penal, que acabam por eleger o sistema trifásico para a quantificação da sanção, passo a fixar as penas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (...)

Vejamos cada uma dessas etapas e suas peculiaridades.



6.2. DOSIMETRIA DA PENA

6.2.1. Primeira fase – pena-base

Como antecipado, nesta primeira fase serão analisadas as *circunstâncias judiciais* previstas no art. 59 do CP. São oito:

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 reprovção e prevenção do crime.

Perceba que o legislador não estabeleceu qualquer parâmetro conceitual ou quantitativo para a aferição e valoração dessas circunstâncias. Conferiu-se ao magistrado um amplo espaço de discricionariedade, embora tenha a doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, fixado orientações mais precisas para essa tarefa interpretativa.

Registre-se, ainda, que um elemento utilizado como fator de caracterização de uma circunstância não poderá ser novamente considerado para valoração de outra, sob pena de *bis in idem*. A título de exemplo, o fato de o acusado ocupar posição de comando em facção criminosa que tenha sido considerado como fato desabonador de sua *conduta social* não poderá novamente ser valorado negativamente quanto à sua *personalidade*. Essa linha de raciocínio vem sendo adotada pelo STF:

Na espécie, os mesmos elementos pelos quais se entendeu elevada a culpabilidade do embargante justificaram a negativação de sua conduta social e de sua personalidade, o que configura indevido *bis in idem* na dosimetria da pena. 3. Nesse contexto, há que se decotar da pena-base a valoração negativa da conduta social e da personalidade. 4. Na fixação da pena-base, consideraram-se favoráveis ao embargante as consequências do crime, mas, apesar desse reconhecimento, esse vetor não havia repercutido na dosimetria, o que ora se corrige. (AP 565 ED-segundos-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Pleno, julgado em 14/12/2017).

Feito o apontamento, partimos para a análise individual das circunstâncias judiciais.

6.2.1.1. Circunstâncias judiciais

a) Culpabilidade

Segundo o entendimento pacificado nos tribunais superiores, a culpabilidade diz respeito ao juízo de reprovabilidade da conduta do acusado; à censurabilidade do seu comportamento.

No tocante à **culpabilidade**, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou



não de delito. (AgRg no HC 505.938/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020).

A culpabilidade como circunstância judicial **não pode ser confundida** com a culpabilidade elemento do crime. A potencial consciência da ilicitude, a imputabilidade e a exigibilidade de conduta diversa já foram constatadas em momento anterior na sentença; até porque, não tivessem sido reconhecidas, sequer se estaria diante de uma sentença condenatória e, *a fortiori*, de cálculo da pena. Na dosimetria da pena analisa-se o comportamento do réu.



Um fator a que deve estar atento o sentenciante na análise da culpabilidade é quanto à inerência de um determinado grau de reprovabilidade a algumas espécies de tipos penais. Exige-se, para a exasperação da pena com base nessa circunstância, um *plus* de censurabilidade, algo fora da natural constatação ou decorrência do tipo.

Desse modo, por exemplo, o juiz não pode, no crime de estupro, dizer que a culpabilidade do réu é extremada, haja vista a reprovabilidade desse crime. Ora, isso já foi considerado pelo legislador quando estabeleceu a pena em abstrato para esse crime. Contudo, se o estupro foi cometido, por exemplo, por um médico ginecologista contra a sua paciente, há maior reprovabilidade, haja vista que o crime sexual foi cometido exatamente por aquele que deveria cuidar da integridade física e da saúde da vítima. Observe-se que, nesta hipótese, a reprovabilidade em concreto não é ínsita ao próprio tipo penal (LUNARDI e REZENDE, 2020).

Nesse sentido, consignou o STJ:

In casu, o aumento da pena-base pela negatização da culpabilidade mostra-se, de fato, fundamentado, pois considerados o modus operandi na execução do delito, que ultrapassa o previsto no tipo penal, a evidenciar a periculosidade do agente e reprovabilidade da conduta que ultrapassa as elementares do tipo penal. Dessa forma, o acórdão da origem consignou expressamente os motivos que acarretaram a exasperação da pena-base, não havendo tampouco desproporcionalidade no acréscimo. (AgRg no REsp 1848479/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Por fim, confira alguns exemplos de valoração da culpabilidade pelos tribunais superiores, para ilustração dos seus limites:

As particularidades do caso concreto, invocadas para qualificar as circunstâncias judiciais, constituem fundamentação idônea para a exasperação da pena, tendo as instâncias antecedentes destacado (a) a culpabilidade desfavorável da agente que, na especial qualidade de magistrada federal e, portanto, detentora de amplo conhecimento da legislação, deveria pautar sua conduta conforme a ética, a moral e a probidade inerentes ao cargo ocupado; [...] (HC 168119 - STF, julgado em 29/04/2019).

No caso, o fato da paciente, advogada militante há anos na comarca e inscrita no cadastro de defensores dativos, ter exigido o pagamento de honorários advocatícios à parte hipossuficiente por ela assistida, além de ter feito com que a vítima assinasse nota

promissória, a qual restou executada no Juízo cível, revela o maior grau de censura do seu agir, o que permite a exasperação da pena-base a título de culpabilidade (AgRg no HC 505.938/SC - STJ, julgado em 12/05/2020).

A culpabilidade do paciente foi negatizada pelo fato de ele haver desenvolvido uma atividade criminosa longa e adrede preparada para realizar o crime, pois saiu de Olinda/PE, percorrendo aproximadamente 3.700 km para, chegando em Dourados/MS, entregar o carro a um terceiro que se encarregou de realizar o carregamento dos entorpecentes em compartimento oculto embaixo da espuma do banco traseiro do veículo do carro (e-STJ, fl. 199), a demonstrar o preparo prévio da conduta criminosa e sua premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, o que autoriza a conclusão pelo desvalor dessa vetorial. (AgRg no HC 537.218/MS - STJ, julgado em 28/04/2020).

Foi mantido o desvalor da culpabilidade do paciente, pelo fato de o crime de concussão haver sido praticado por um agente político (vereador), a quem se espera lisura de sua atuação no exercício da legislatura, haja vista que não respeitou a confiança depositada pelo eleitor, a denotar a maior reprovabilidade de sua conduta. (AgRg no HC 550.846/SP - STJ, julgado em 12/05/2020).

No caso, a prática de crime de roubo em supermercado, em horário comercial, denota a maior ousadia do réu, o que permite a exasperação da pena-base pela culpabilidade (HC 546.839/ES - STJ, julgado em 11/02/2020).

O desfavorecimento da culpabilidade do agente e das circunstâncias do crime foi feito com remissão a peculiaridades do caso que desbordam do ordinário do tipo. Realmente, a particularidade de a vítima ser deficiente físico, idoso, vizinho do paciente, e de ter sido atacada com diversos golpes de faca, na sua residência, em plena luz do dia, nos primeiros momentos da manhã, são fatos que tornam patente a maior gravidade do crime e legitimam o incremento punitivo. (HC 518.177/PI - STJ, julgado em 26/11/2019).

Com efeito, o conhecimento da natureza criminosa da conduta não justifica o incremento da reprimenda, por constituir, de fato, a culpabilidade em sentido estrito, elemento que integra a própria estrutura do tipo penal (HC 530.406/RS - STJ, julgado em 26/11/2019).

Todo o crime carrega em si um certo grau de censura, normalmente maior ou menor conforme a pena cominada em abstrato. A pena é um vetor da gravidade abstrata. Não é disso que estamos tratando. Conforme os precedentes deixam claro, estamos tratando de particularidades, peculiaridades ou características do caso concreto que aumentam a sua reprovação. Se nada disso existir, se a culpabilidade for aquela ordinariamente esperada para crimes dessa natureza, não há razão para aumentar a pena.

Sugestão de abordagem do tema:

1) Culpabilidade: normal para a espécie, com nenhuma particularidade.



2) Culpabilidade: acentuada, razão pela qual exaspero a pena em xx meses. O acusado, segundo se apurou na instrução, era responsável por intensa comercialização de drogas na região e possibilitava, inclusive, pagamentos via cartão de crédito (máquina só para isso). Destaque-se, ainda, a organização do ilícito, com uma espécie de 'fidelização' dos usuários, conforme se destacou na fundamentação. O dolo incomum recomenda maior reprovação da conduta.

3) Culpabilidade: acentuada. A acusada, sob o falso pretexto de um jantar entre amigos, atraiu o ofendido para o local em que seus comparsas o esperavam para efetuar o roubo. O ardil empregado, com premeditação, evidencia reprovabilidade incomum e recomenda a exasperação da pena

b) Antecedentes

Para a melhor compreensão do que são (maus) *antecedentes*, é necessário que se estabeleça a definição de *reincidência* (que será devidamente valorada na segunda etapa da aplicação da pena) e as diferenças entre os institutos.

Nos termos do art. 63 do Código Penal, a **reincidência** surge com a prática de novo crime após uma sentença condenatória transitada em julgado por crime anterior. O art. 64, por sua vez, estabelece limites ao reconhecimento da reincidência, afastando-a caso decorrido o prazo depurador de 5 (cinco) anos entre o cumprimento ou extinção da pena e o novo crime e, ainda, nos casos de crimes militares próprios e políticos.

Diante do exposto, pode-se dizer que os **maus antecedentes** se referem às condenações transitadas em julgado em desfavor do acusado que não sejam aptas a configurar reincidência, seja pelo decurso do período depurador, pelo status do crime como militar próprio/político, ou pelo momento do trânsito em julgado.

Assim, se o novo crime é praticado posteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória por crime anterior, haverá reincidência. Lado outro, se o trânsito em julgado da condenação anterior ocorrer após a prática do novo crime, não haverá reincidência, mas sim maus antecedentes, segundo a jurisprudência do STJ:



Nos termos da jurisprudência firme desta Corte Superior de Justiça, a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não sirva para configurar reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado. [...] (AgRg no HC 516.263/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019).

Note-se a sempre presente necessidade de trânsito em julgado de sentença condenatória (definitividade da condenação) para a configuração dos maus antecedentes e da reincidência, nos termos da Súmula 444 do STJ:

Súmula 444. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.



A extensão do **período depurador** previsto para a reincidência aos antecedentes não constitui matéria pacífica nos tribunais superiores. É forte o entendimento no STJ de que o decurso desse prazo, embora afaste a reincidência pela redação do art. 64 do CP, não impede o reconhecimento de maus antecedentes:

É cediço na jurisprudência desta Corte Superior que **as condenações atingidas pelo período depurador quinquenal** do art. 64, inciso I, do CP, embora afastem os efeitos da reincidência, **não impedem a configuração de maus antecedentes, na primeira etapa da dosimetria da pena**. Precedentes. [...] (AgRg no AREsp 1593615/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020).

Em sentido diverso, todavia, já decidiu o STF:

Vê-se, portanto, que **não se revela legítimo, em face da Constituição da República, considerar como maus antecedentes condenações criminais cujas penas, cotejadas com infrações posteriores, extinguiram-se há mais de cinco (05) anos**, pois, com o decurso desse quinquênio (CP, art. 64, I), não há como reconhecer nem como admitir que continuem a subsistir, residualmente, contra o réu, os efeitos negativos resultantes de sentenças condenatórias anteriores. Inadmissível, em consequência, qualquer valoração desfavorável ao acusado, que repercuta, de modo gravoso, na operação de dosimetria penal. (HC 164028 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 22/11/2018).

De todo modo, o tema aguarda definição no Recurso Extraordinário 593.818, com repercussão geral reconhecida, a ser oportunamente apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, embora o STJ admita a consideração de **atos infracionais** como parâmetros idôneos à tradução do requisito 'garantia da ordem pública' na decretação de prisão preventiva (art. 312 do CPP), **NÃO** aceita os mesmos parâmetros como configuradores de reincidência ou mesmo de maus antecedentes.

Quanto a consideração de atos infracionais anteriores na dosimetria da pena, esta Corte é uníssona no sentido de que não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência. Entretanto, este Tribunal tem evoluído, entendendo que os antecedentes infracionais podem indicar uma inclinação do agente a práticas delitivas, sendo inclusive, fundamento idôneo para manutenção da segregação cautelar. (AgRg no HC 560.742/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020).

Por fim, conforme entendimento sumulado do STJ, tanto a reincidência quanto os maus antecedentes podem ser comprovados por 'folha de antecedentes criminais', sendo desnecessária a expedição de certidão cartorária com esse fim:

Súmula 636. A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.

Exemplos de abordagem do tema:



- 1) Antecedentes: o réu possui bons antecedentes, como permite concluir o relatório acostado aos autos na fl. xx, sem qualquer anotação desabonadora.
- 2) De acordo com a folha de antecedentes criminais juntada ao processo (Súmula 636 do STJ), o acusado é possuidor de maus antecedentes, motivo pelo qual exaspero sua pena em xx (xx) meses.
- 3) Antecedentes: registra três (3) condenações transitadas em julgado. Duas delas, porquanto arquivadas (e conseqüentemente extintas) há mais de cinco (5) anos, lhe exasperam a pena nesta fase (inteligência do art. 64, I do CP e do entendimento predominante no STJ) em xx meses. A condenação remanescente (do processo nº XX) será apreciada na segunda fase da dosimetria.
- 4) Embora o réu conte com três ações penais em curso e diversos inquéritos policiais instaurados em seu desfavor, não ostenta condenações 'transitadas em julgado', razão pela qual é forçoso concluir pelos seus bons antecedentes (Súmula 444 do STJ).
- 5) Conforme certificado no processo, o acusado apresenta uma condenação transitada em julgado ativa, a qual será considerada por ocasião da segunda etapa da dosimetria, não havendo exasperação de pena nesta fase inicial para se evitar 'bis in idem'.

c) Conduta social

Conduta social é o ajuste do réu à sociedade; é a forma como ele se relaciona com os indivíduos do seu meio. É aferida, pois, pelo convívio com a sua família, com seus vizinhos e com seus colegas de trabalho; pela sua participação na comunidade em que vive; pelo comprometimento com o seu ofício; enfim, pela sua relação com o ambiente social dentro do qual está inserido.

Devem ser valorados o relacionamento familiar, a integração comunitária e a responsabilidade funcional do agente. Serve para aferir sua relação de afetividade com os membros da família, o grau de importância na estrutura familiar, o conceito existente perante as pessoas que residem em sua rua, em seu bairro, o relacionamento pessoal com a vizinhança, a vocação existente para o trabalho, para a ociosidade e para a execução de tarefas laborais (SCHMITT, 2011).

É consolidada essa definição pelo STJ:

Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. (HC 544.290/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2020).

Cuidado para não incorrer em atecnia: eventuais condenações (transitadas em julgado) em desfavor do acusado, mesmo que em maior número, **não dizem respeito à sua conduta social nem à sua personalidade**, mas sim aos seus *antecedentes* – a circunstância judicial que especialmente se refere ao passado delituoso do réu:



A Terceira Seção fixou o entendimento de que "condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais" (REsp n. 1.688.077/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 28/8/2019).

Se existe uma circunstância judicial específica destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes), revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas. (HC 501.144/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020).

Alguns exemplos de conduta social valorada ou desconsiderada pela Corte Superior:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a conduta social constitui o comportamento do réu na comunidade, ou seja, entre a família, parentes e vizinhos, não se vinculando ao próprio fato criminoso, mas à inserção do agente em seu meio social. A conduta social do réu que, após se aposentar da polícia militar, "passou a manter casas de prostituição em diversos locais", constitui motivação válida. (AgRg no AREsp 1599798/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o alcoolismo do agente ou a sua condição de usuário de drogas não é motivação idônea para o desfavorecimento de sua conduta social (HC 518.177/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

In concreto, o réu cometeu o delito enquanto descontava pena em regime prisional semiaberto, o que evidencia sua relutância na assimilação da terapêutica penal, restando justificada a valoração negativa da conduta social. (HC 544.290/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2020).

In concreto, considerando que o paciente praticou o crime enquanto estava evadido do sistema prisional, deve ser mantido o incremento da reprimenda a título de conduta social (HC 546.839/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).

In concreto, considerando que o réu seria membro de organização criminosa (PCC), não se cogita de ilegalidade na valoração negativa de sua conduta social (HC 550.542/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).

In concreto, conforme o relato das testemunhas, o réu e seus comparsas seriam responsáveis por arrombamentos e homicídios na comunidade, e impunham verdadeira lei do silêncio aos moradores, o que permite a valoração negativa da conduta social. (AgRg no HC 516.831/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2020).

Sugestões de abordagem do tema:

1) Conduta social: nada a ser valorado negativamente em relação ao réu.

2) O acusado atualmente cursa graduação, possui bom relacionamento familiar e não se tem notícia de fatos desabonadores de sua conduta social, razão pela qual a circunstância não pode ser valorada em seu desfavor.

3) O réu recentemente abandonou os estudos e não possui ocupação lícita. Além disso, nota-se seu desajuste ao meio social em que convive, havendo inúmeros relatos de desentendimentos com a vizinhança e brigas familiares, tudo a denotar a sua reprovável conduta social, razão pela qual exaspero sua pena em xx meses.

d) Personalidade do agente

Diz respeito ao caráter e à índole do acusado; circunstância, deveras subjetiva, de difícil mensuração. Consolidou, o STJ, a seguinte conceituação:

A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia (AgRg no AREsp 1609745/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020).

Não obstante, a fragilidade de definição da circunstância é anotada por SCHMITT:

Sabemos que a personalidade é algo surpreendente, pois em certo momento uma pessoa pode se revelar de uma forma, mas na verdade oculta ou em seguida exterioriza conduta bem diversa. Na prática, o julgador possui apenas um contato pessoal próximo com o acusado, que ocorre quando da realização de seu interrogatório. Diante disso, torna-se evidente a difícil missão do juiz, pessoa inabilitada para tal *mister*, tendo que avaliar a personalidade do réu em alguns minutos (SCHMITT, 2011).

Justamente em razão da aproximação do tema a outros ramos do conhecimento, como o da Psicologia e da Psiquiatria, e seu afastamento do Direito, há entendimento no sentido de que a aferição da personalidade do agente somente poderia ocorrer mediante laudo psicossocial, que sabidamente é de rara produção no âmbito processual penal.

Todavia, como se percebe da parte final do julgado antes colacionado, vem prevalecendo no STJ a orientação segundo a qual é desnecessária a realização da referida perícia, podendo o magistrado tomar por base os elementos probatórios colhidos no próprio processo para valorar a personalidade do agente.

Na mesma esteira, o STF:

A própria legislação penal concedeu ao julgador a possibilidade de, quando da análise dos fatos e das provas trazidas aos autos, avaliar a personalidade do agente, sem condicionar tal avaliação a qualquer meio de prova legalmente tipificado (RHC 134491 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/11/2018).



Por fim, alguns temas já abordados pelo STJ quanto à personalidade do agente e que, claro, poderiam receber similar tratamento na sentença:

In casu, a mera menção ao alcoolismo do paciente não constitui motivação concreta para a elevação da pena-base, por caracterizar doença e não traço de personalidade desabonador (HC 530.406/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

O fato de o crime ter sido praticado com o emprego de meio cruel - golpes de arma branca - nada diz de concreto sobre o caráter do apenado e sobre o seu específico perfil moral, não servindo, portanto, para a avaliação negativa de sua personalidade. Em verdade, a especial violência com a qual foi praticado o delito é particularidade que já foi considerada para elevar a reprimenda do paciente sob outro título (o das circunstâncias do crime), sendo vedado o *bis in idem* (HC 518.177/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

Na hipótese em foco, a personalidade do réu foi considerada negativa, tendo em vista o comportamento carcerário do paciente, o qual é marcado por indisciplina, desrespeito aos servidores do presídio e consumo de drogas dentro do referido estabelecimento, constando ainda o uso de celular dentro do ambiente carcerário para a prática de estelionato. Desta feita, observa-se ser idônea a motivação adotada para negatar a personalidade do paciente, pois o comportamento carcerário demonstra o desprezo do sentenciado pela ordem jurídica, a revelar a sua personalidade arredia à organização social, à ressocialização e à autoridade do Poder Judiciário. (HC 525.572/DF, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019).

Sugestões de abordagem do tema:

- 1)** *Personalidade do agente: longe de se fazer, nesse ponto, uma análise técnica e minudente – até porque o Juízo não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria –, cumpre, apenas (em havendo) destacar alguns pontos mais objetivos em relação ao modo habitual de ser e agir do apenado, elementos que o distinguem de outras pessoas. Nesse sentido destaco que (...).*
- 2)** *Não há nos autos elementos que permitam a aferição da personalidade do agente, razão pela qual deixo de exasperar a pena neste ponto.*
- 3)** *Pelo conjunto probatório amealhado durante a instrução criminal, nota-se o desvio de comportamento do acusado, consubstanciado na (...), a justificar a exasperação da pena em XX meses, em razão de sua personalidade.*

e) Motivo do crime

Como se extrai da nomenclatura, é a motivação do crime; a razão do seu cometimento. A motivação, aqui, deve ser mensurada empiricamente; isto é, para que seja valorada negativamente, é necessário que haja extrapolação dos motivos inerentes ao tipo penal.



A título de exemplo, como já pacificado pelo STJ, a intenção de auferir ganhos financeiros é ínsita aos crimes contra o patrimônio, não podendo ela configurar circunstância de exasperação da pena:

A fundamentação do vetor motivos do crime revela-se inidônea devendo ser desconsiderada para fins de aumento da pena-base, pois foi apontado elemento genérico e inerente ao crime contra o patrimônio, qual seja: o desejo de se locupletar às custas alheias. Quanto ao tema, esta "Corte vem entendendo que a cobiça, a ganância e a intenção de obter lucro fácil constituem elementares do delito, não podendo, assim, serem utilizadas na apreciação das circunstâncias judiciais para justificar a elevação da pena-base" (EDv nos EREsp 1.196.136/RO [...]) (AgRg no AREsp 1213684/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019).

Anote-se, por outro lado, que a 'motivação do crime' também pode se apresentar no campo da fixação da pena sob outras formas:

- i) Motivo como qualificadora (v.g. homicídio qualificado pelo motivo torpe ou fútil – art. 121, § 2º, I e II do CP);
- ii) Motivo como circunstância agravante (v.g. motivo torpe ou fútil; para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime – art. 61, II, "a" e "b" do CP);
- iii) Motivo como circunstância atenuante (v.g. motivo de relevante valor social ou moral – art. 65, III, "a" do CP).

ESCLARECENDO!



Com efeito, a **motivação apenas será valorada como circunstância judicial de maneira subsidiária**, quando não configurar qualificadora, agravante ou atenuante.

Da mesma forma, existem motivos do crime previstos como circunstâncias legais – atenuantes [...] e agravantes [...], sendo que, nestes casos, deverão ser valorados tão somente na segunda fase de aplicação da pena, sob pena de novamente se incorrer em *bis in idem*.

O mesmo se diga caso se revelem, ao mesmo tempo, como causas de diminuição ou aumento de pena, sendo que, nestas hipóteses, devem ser valorados apenas na terceira fase de aplicação da pena, seguindo-se o sistema trifásico consagrado pelo artigo 68, *caput*, do Código Penal (SCHMITT, 2011).

Confira caso em que o STJ aplicou essa exata orientação:

1. A exasperação da pena-base foi justificada pelo Tribunal *a quo* mediante valoração negativa dos motivos do crime. Entendeu-se que a ganância do réu constituiu a causa do delito, uma vez que, para elevar seus lucros, assumiu o compromisso de assistir a três procedimentos cirúrgicos ao mesmo tempo, sem se importar com as vedações constantes de normas regulamentares próprias de sua profissão e com os riscos aos quais, com sua postura, submeteu a vítima. 2. As razões apresentadas para a

exasperação penal promovida no primeiro estágio dosimétrico coincidem de algum modo com os elementos da circunstância legal do art. 61, II, g, do CP, utilizada para agravar a pena na segunda fase de aplicação da pena. 3. Assim, afasta-se a valoração negativa da circunstância judicial, mas mantém-se o aumento da segunda fase, haja vista que o agravante praticou o crime com violação de dever inerente à profissão de médico. (AgRg no REsp 1789973/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019).

Registre-se que, por estabelecer as balizas entre as quais a pena será calculada, a qualificadora terá prioridade; assim, constituindo determinado motivo uma qualificadora, simplesmente qualificará o crime, não podendo novamente ser considerado durante a dosimetria da pena, para que não se incorra em *bis in idem*.

A propósito, caso seja constatada a presença de duas ou mais qualificadoras, prevalece o entendimento de que uma será utilizada para qualificar o crime, e as demais serão valoradas como agravantes (caso sejam assim previstas) ou como circunstâncias judiciais (se corresponderem a um dos vetores do art. 59 do CP). Nesse sentido:

No tocante às circunstâncias e aos motivos do crime, cumpre ressaltar que "a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, havendo duas ou mais qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para qualificar a conduta, alterando o quantum da pena em abstrato, e as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes previstas na legislação penal, ou, ainda, como circunstância judicial, afastando a pena-base do mínimo legal" (HC 402.851/SC, [...]). (HC 413.618/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018).

Alguns pontos já analisados pelo STJ quanto aos motivos do crime:

Quanto aos motivos do crime, considerando que a motivação do crime se deu por meio de vingança entre gangues rivais, infere-se que tal circunstância desborda da reprovabilidade ínsita ao delito, justificando o desvalor (AgRg no AREsp 1213684/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019).

A exasperação da pena-base pela consideração negativa dos motivos fundamentado na vingança da morte do pai do réu é idônea, por demonstrar uma maior reprovabilidade da conduta. (AgRg no HC 530.898/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019).

A influência no meio cooperativo e financeiro, e a prática do crime com objetivo de beneficiar pessoas envolvidas na campanha eleitoral de 2000, são circunstâncias que justificam a consideração negativa da culpabilidade e dos motivos do ilícito. (HC 416.371/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020).

É idônea a avaliação negativa dos motivos do crime na primeira fase da dosimetria quando o delito é ocasionado por desavença de somenos importância (AgRg no AREsp 1434078/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019).

Sugestões de abordagem do tema:

- 1) *Motivo do crime: o ganho de lucro fácil, comum para delitos desta espécie. Nada a exasperar.*
- 2) *O motivo do crime já foi considerado como circunstância qualificadora, razão pela qual não exaspero a pena neste ponto, a fim de evitar 'bis in idem'.*
- 3) *Motivo do crime: ao que consta, o réu agiu pelo fato de seu empregador, de forma correta e comedida (pelo que se apurou na instrução), ter lhe chamado a atenção no trabalho. Fator deveras desproporcional em relação à sua conduta.*

f) Circunstâncias do crime

Está relacionada aos elementos que circundam a prática do crime; o *modus operandi* do delito (v.g. local, tempo, atos realizados, instrumentos utilizados etc.). Segundo o STJ:

As circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato delituoso (HC 546.839/ES, julgado em 11/02/2020).

Ressalte-se mais uma vez: a exasperação da pena com base nesse vetor deve derivar de um fato que transborde as naturais e inevitáveis circunstâncias dos tipos penais analisados. Por exemplo, a 'grave ameaça' em um roubo constitui a própria elementar do crime, não podendo ser, em regra, novamente valorada nas circunstâncias judiciais, a menos que se constate um *plus*, um excesso na ação do agente neste ponto. De igual modo, o mero emprego de arma de fogo no roubo, por si só, não poderá ser analisado como circunstância judicial, na medida em que já configura majorante prevista para o tipo (art. 157, § 2º-A do CP).

Alguns casos em que o STJ reputou como idônea a exasperação da pena com base nas circunstâncias do crime que, claro, podem ser adotadas na sentença:

In casu, ao valorar negativamente as circunstâncias do crime, as instâncias ordinárias destacaram que o delito foi praticado com o auxílio da própria genitora da vítima, quem deveria cuidar e proteger, entretanto, incentivava e ordenava que a menor fosse à casa do agressor para praticar os atos sexuais, o que, de fato, justifica a majoração da pena-base (AgRg no AREsp 1593027/TO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Acerca das circunstâncias do delito, verifica-se que a participação dos membros da gangue tinha como objetivo a prática de homicídios, o que resulta em fundamentação apta ao agravamento da pena-base, por extrapolar a elementar do tipo penal. AgRg no AREsp 1213684/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019).

In concreto, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois o paciente tentou disparar a arma de fogo

contra as vítimas, mesmo após ter sido imobilizado. (HC 546.839/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).

Outrossim, as instâncias ordinárias narraram, com suficiência de pormenores, o desenrolar do *modus operandi* do delito, que desbordou do ordinário do tipo, a ponto de autorizar a elevação da pena pelo desfavorecimento das circunstâncias do crime. De fato, no caso, o ofendido foi sequestrado e levado para o lugar ermo onde foi executado, com pelo menos cinco disparos de arma de fogo no seu rosto. Note-se, ademais, que o delito foi praticado em concurso de agentes (PExt no HC 511.798/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

As circunstâncias do crime foram consideradas desfavoráveis em razão do fato do réu ter convencido os "laranjas" a colaborar com as atividades delituosas, mentindo ou omitindo o caráter criminoso das condutas, o que acabou por envolver pessoas inocentes. Assim, como se percebe, há motivação idônea para o recrudescimento da pena, inexistindo desproporcionalidade no aumento efetivado (AgRg nos EDcl no REsp 1835353/PB, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois o delito foi praticado durante a madrugada, mediante arrombamento (HC 556.481/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020).

As instâncias ordinárias, diante das peculiaridades do caso concreto, destacaram fundamentação concreta e idônea para a majoração da pena-base, ressaltando a valoração negativa da culpabilidade, sobretudo pelo fato do agente ser policial militar e ter agido com premeditação, evidenciada pelo fato de que se armou com um revólver depois de se sentir incomodado com as brincadeiras da vítima, e a procurou pela cidade até encontrá-la em uma venda, onde disparou contra seu rosto. Destacou, ainda, as circunstâncias do crime, uma vez que o ilícito penal foi praticado audaciosamente em plena luz do dia, de repente, em um comércio e na presença de outras pessoas. (AgRg no AREsp 1608242/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Sugestões de abordagem do tema:

- 1) *Circunstâncias do crime: as circunstâncias não trazem pormenores que devam ser considerados.*
- 2) *As circunstâncias do crime foram inerentes ao próprio tipo penal, razão pela qual deixo de exasperar a pena-base nesse ponto.*
- 3) *As circunstâncias do crime extrapolam a normalidade do tipo. Com efeito, restou sobejamente comprovado que o acusado foi excessivamente violento durante a prática do roubo, havendo relato unísono das vítimas no sentido de que, mesmo imobilizadas, foram agredidas por repetidas vezes pelo autor, que inclusive chegou a efetuar disparos de arma de*



fogo em direção ao chão para causar temor completamente desnecessário à família subjugada. Em vista dessas circunstâncias, exaspero a pena em xx meses.

g) Consequências do crime

Trata-se do resultado da prática criminosa analisado sob o ponto de vista da vítima e terceiros afetados. Para o Superior Tribunal de Justiça:

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal (HC 413.618/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018).

Com efeito, a *perda de um bem subtraído* é consequência inerente ao crime de furto e não deve ser, em regra, novamente valorado como circunstância judicial. No entanto, o elevado valor do bem arrebatado, analisado conjuntamente à situação da vítima (como a sua condição financeira), poderá representar um 'plus' em relação à consequência ordinária do delito.

De igual forma, a *morte da vítima*, no homicídio, é consequência natural do crime; contudo, a intensidade dos efeitos dessa perda em relação à família do falecido, consideradas as peculiaridades do caso concreto, poderão eventualmente ensejar a exasperação da reprimenda. Confirma-se interessante conclusão adotada pelo STJ nesse assunto:

Por sua vez, embora a morte da vítima seja consequência ínsita ao tipo penal de homicídio, não ensejando, por si só, a elevação da reprimenda, no caso, o ofendido era arrimo de família, particularidade que ficou bem delimitada nos títulos judiciais da origem, estando, assim, autorizada a elevação da pena (PExt no HC 511.798/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Outros casos de valoração das *consequências do crime* pela Corte Superior:

In casu, considerando que foram subtraídos 4,2kg de ouro, bem como que o bem furtado não foi restituído, evidente o vultoso prejuízo ocasionado à empresa vítima, mais expressivo do que o próprio aos crimes contra o patrimônio, estando justificada, portanto, a exasperação da pena-base (HC 413.618/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018).

Decerto, o trauma causado à vítima, que não mais consegue repousar durante à noite por medo e ainda necessita se submeter a psicoterapia, não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, restando, portanto, justificado o incremento da básica pelas consequências do crime (HC 529.428/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019).

No caso, o prejuízo suportado pelas vítimas - aparelho de telefonia celular - não se mostra mais expressivo do que aqueles inerentes aos crimes contra o patrimônio (HC 492.788/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020).



In casu, conquanto o fato do bem não ter sido recuperado, de per si, não justifique o incremento da pena-base, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de roubo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), além de joias, aparelhos de celular e de um notebook, o que autoriza a exasperação da reprimenda a título de consequências do crime (HC 556.481/PA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020).

In casu, as lesões corporais causadas a uma das vítimas e a uma das testemunhas excedem ao dano patrimonial próprio ao crime de roubo, constituindo, assim, motivação concreta para a elevação da pena-base (HC 546.839/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).

Se, em relação às consequências do crime de estelionato não houve menção ao dano patrimonial causado a cada uma das vítimas ou às suas condições financeiras, nem se mencionou quantia que, por si só, se mostra vultosa, inexistente justificativa concreta para considerar desfavorável o resultado do dano patrimonial e deve ser afastada a vetorial, por falta de motivação idônea. (HC 501.144/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020).

Sugestões de abordagem do tema:

- 1)** *Consequências do crime: graves. O dano patrimonial foi considerável. Fugiu do razoável. Não se está diante de uma subtração de algumas centenas de reais, mas de milhares, conforme demonstrado durante o processo. Por mais que o prejuízo patrimonial seja inerente ao tipo, a sua monta, no presente caso, extrapola a normalidade em crimes desta espécie e implica incremento da pena-base em XX meses.*
- 2)** *Não há maiores consequências do crime; o agente foi preso em flagrante e o celular furtado foi prontamente devolvido à vítima. Assim, deixo de exasperar a pena por esta circunstância judicial.*
- 3)** *A subtração do caminhão da vítima – seu instrumento de trabalho – acarretou-lhe inúmeros prejuízos, em especial ao sustento próprio e de sua família, na medida em que, conforme restou comprovado, é o ofendido quem garante a subsistência de sua esposa e seus cinco filhos menores impúberes. Diante disso, exaspero a pena em XX meses.*

h) Comportamento da vítima

Ao contrário das demais circunstâncias judiciais (que podem ser *neutras* – não alterando a pena; ou *negativas* – exasperando-a), o comportamento da vítima apenas poderá ser *neutro* ou *favorável* ao acusado, a implicar, no segundo caso, redução da pena-base. É pacífico o entendimento no sentido de que o comportamento da vítima **nunca poderá exasperar a pena-base do sentenciado**.

O STJ assim delinea o vetor:

O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para



incrementar a pena-base. Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, tal circunstância deve ser considerada neutra. (AgRg no HC 516.831/PB, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2020).

Basicamente, diz respeito à provocação ou negligência da vítima e a contribuição do seu comportamento para a prática do crime. Seu reconhecimento e valoração em casos concretos não são tão comuns, mas LUNARDI & REZENDE ilustram a essência da circunstância:

Será possível que a circunstância judicial comportamento da vítima atenuar a pena do réu quando, por exemplo, no crime de furto, o réu tiver deixado a chave do veículo dentro dele, com as janelas abertas. Também será possível reduzir a pena no caso do crime de lesão corporal quando, antes da agressão, a vítima havia proferido graves insultos ao réu e praticado atos de fato contra ele (LUNARDI e REZENDE, 2020).

Sugestão de abordagem do tema:

1) *Comportamento da vítima: em nada contribuiu para a prática do crime, razão pela qual a reconheço como neutra.*

2) *Não se cogita do comportamento da vítima no presente caso, na medida em que se trata de crime de perigo – espécie incompatível com a circunstância –, motivo pelo qual deixo de valorá-la.*

6.2.1.2 Circunstâncias judiciais em crimes específicos

Algumas espécies de crime contam com previsões exclusivas no campo das circunstâncias judiciais; seja pelo estabelecimento, em abstrato, de preponderância de determinadas circunstâncias sobre as demais, seja pela previsão de vetores diversos (e mais específicos) aos elencados no art. 59 do Código Penal.

Isso é verificado nos crimes previstos na **Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas**, que dispõe em seu artigo 42:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza** e a **quantidade da substância** ou do produto, a **personalidade** e a **conduta social** do agente.

Em relação a essa preponderância, o entendimento do STJ:

Na hipótese em foco, a elevada quantidade de droga apreendida (25,5kg de maconha e 6,65kg de cocaína) justifica a elevação da pena-base. Nesse compasso, ao contrário do que sustenta a defesa, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que, há muito tempo, a jurisprudência do STJ considera lícito o recrudescimento da pena-base, tendo em vista a natureza e a quantidade da substância entorpecentes. (HC 560.421/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020).

Também são constatadas peculiaridades nos crimes previstos na **Lei 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais**, nos termos do seu art. 6º:

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a **gravidade do fato**, tendo em vista os **motivos** da infração e suas **consequências** para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os **antecedentes** do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a **situação econômica do infrator**, no caso de multa.

Portanto, diante de tipos penais previstos nas referidas leis, o sentenciante deverá atentar às disposições especiais.

6.2.1.3 Forma de cálculo

Como já exposto, é necessário que sejam fixados os limites mínimo e máximo de pena abstratamente previstos para o tipo penal em análise. Isso é feito pela simples verificação do *quantum* de pena cominada no preceito secundário do tipo. Por exemplo:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, **de um a quatro anos**, e multa.

Se o réu está sendo condenado pela forma privilegiada ou qualificada do crime, deverão ser observados os respectivos limites cominados:

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de **dois a oito anos**, e multa, se o crime é cometido: [...]

Feito isso (o que normalmente ocorre na fundamentação), inicia-se a primeira etapa da dosimetria. **Partindo-se do mínimo legal** previsto para o tipo (entendimento predominante), as circunstâncias judiciais reputadas como desfavoráveis promoverão a exasperação da pena. Lado outro, em sendo todas 'neutras', a pena-base permanecerá em seu mínimo.

Não existe uma regra rígida a respeito de como (em que medida) se dará esse incremento da reprimenda; confere-se ao magistrado um considerável grau de discricionariedade nessa valoração, sempre em atenção às peculiaridades do caso concreto. De todo modo, a jurisprudência tem fixado orientações, sugestões, de como o cálculo deve ser feito, respeitando-se a proporcionalidade da pena.

Há, no STJ, **duas posições** que se diferem tanto na fração de aumento quanto na pena em que essa fração incidirá:

1ª posição: cada circunstância judicial valorada como negativa corresponderá ao incremento de $\frac{1}{6}$ (um sexto) sobre a pena mínima prevista para o tipo penal. É a visão majoritária:

O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à **fração de $\frac{1}{6}$ sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa**. O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. (HC 518.177/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de $\frac{1}{6}$ para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (AgRg no REsp 1757941/DF [...]) (AgRg no AREsp 1595292/TO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Exemplificando: imagine uma condenação pela prática do crime de *furto qualificado* (2 a 8 anos de reclusão – art. 155, § 4º do CP). Na primeira fase de dosimetria, caso sejam reputadas duas circunstâncias judiciais como negativas, o juiz exasperará a pena em **4 meses para cada uma delas** ($\frac{1}{6}$ de 2 anos, ou 24 meses). Nesse caso, a pena-base, ao final da primeira etapa de dosimetria, restará em **2 (dois) anos e 8 (oito) meses** de reclusão.



Dica: a conversão em meses de penas inferiores a 6 anos facilitará o cálculo.

2ª posição: cada circunstância judicial negativa corresponderá ao incremento de $\frac{1}{8}$ (um oitavo) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas ao crime:

No caso, reconhecida a presença de 4 circunstâncias judiciais desabonadoras e o aumento ideal de **$\frac{1}{8}$ por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento do crime de roubo**, que corresponde a 72 meses, chega-se à elevação de 9 meses por vetorial desfavorável e, portanto, à pena-base de 7 anos, patamar muito superior ao fixado pelas instâncias ordinárias, devendo, portanto, ser reconhecida a proporcionalidade da reprimenda estabelecida na primeira fase da dosimetria, bem como a ausência de flagrante ilegalidade a justificar a intervenção deste Superior Tribunal de Justiça mediante a concessão de ordem de ofício (HC 529.428/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2019).

Considerando o **intervalo de apenamento** do crime de corrupção passiva, o qual corresponde a 10 anos, bem como o aumento ideal na **fração de $\frac{1}{8}$ por cada vetorial desabonadora**, percebe-se ter sido a pena-base fixada em patamar bastante favorável à paciente, por ser cabível, em tese, exasperar a reprimenda em 1 ano e 3 meses pela circunstância judicial negativamente valorada. (AgRg no HC 505.938/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020).



Por *intervalo de apenamento* entenda-se a diferença entre o mínimo e máximo de pena abstratamente prevista (v.g. roubo simples – art. 157 do CP: pena de 4 a 10 anos de reclusão; o intervalo corresponderá a *6 anos ou 72 meses*. Furto simples – art. 155: pena de 1 a 4 anos; o intervalo corresponderá a *3 anos ou 36 meses*). Devemos subtrair: 10 menos 4, igual a 6; 4 menos 1, igual a 3.

Ao demais, considerando a ausência de regra estabelecida para o cálculo da reprimenda nesta primeira etapa, recomenda-se a omissão da fração de incremento, expondo-se apenas o quantum de exasperação da pena durante a análise de cada uma das circunstâncias. Isso facilita, inclusive. Nesse ponto, registram LUNARDI & REZENDE:

Por tudo isso, na sentença, o cálculo da fração utilizada para cada circunstância judicial sobre a base deve ser feito mentalmente, ou seja, **nenhuma fração deve ser mencionada textualmente**, devendo ser consignado somente o tempo de pena que está se acrescentando em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis (LUNARDI e REZENDE, 2020).

De todo modo, é de bom tom destacar o prudente registro comumente feito pelo STJ acerca da maleabilidade do cálculo da pena nesta etapa:

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. " (AgRg no REsp 143.071/AM [...]). (HC 546.839/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).

Sugestão de abordagem do tema – dispositivo e respectivo início da dosimetria:

DISPOSITIVO

JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva constante na denúncia, para o efeito de condenar Fulano de Tal como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II do Código Penal – ou seja – roubo majorado.

DOSIMETRIA

Considerando as disposições do artigo 59 e seguintes, especialmente o artigo 68 do Código Penal, que acabam por eleger o sistema trifásico para a quantificação da sanção, passo a fixar as penas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

Primeira fase – circunstâncias judiciais (art. 59 do CP):

Culpabilidade: *normal para a espécie.*

Antecedentes: *é reincidente, circunstância que será tomada em conta exclusivamente na segunda etapa da aplicação da pena, a fim de evitar ‘bis in idem’.*

Conduta social: *desajustada. Praticou o crime pelo qual é condenado nesta oportunidade durante o cumprimento de pena [número do processo de execução]. O acusado traiu a confiança nele depositada pelo juízo, a revelar indisciplina e ausência de autocontrole, o oposto do que se espera para a convivência em sociedade. Nesse sentido: [...] "A prática delitiva no*

curso de cumprimento de pena por crime anterior - seja em razão do regime que propicie contato com a sociedade, ou por benefícios externos - é circunstância apta a demonstrar conduta social inadequada, diante do propósito de tais medidas de buscar a ressocialização do agente" (AgRg no HC 346.799/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 21/3/2017). [...] (AgRg no AREsp 1139616/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

Personalidade: nada a destacar.

Motivos: são comuns para a espécie.

Circunstâncias do crime: as circunstâncias não trazem particularidades que devam ser consideradas.

Consequências do crime: o crime não teve maiores consequências com a apreensão do armamento.

Comportamento da vítima: em nada contribuiu na realização da figura típica.

Ponderadas as referidas circunstâncias judiciais, estabeleço a pena-base em reclusão de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses.

6.2.2 Segunda fase – pena provisória

É na segunda fase da dosimetria que o sentenciante valorará as circunstâncias agravantes e atenuantes de pena que reconheceu ao longo da fundamentação, para chegar à pena provisória.

As agravantes estão previstas, em regra, nos arts. 61 e 62 do Código Penal:

Circunstâncias agravantes

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

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

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;



- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

Agravantes no caso de concurso de pessoas

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

- I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;
- II - coage ou induz outrem à execução material do crime;
- III - instiga ou determina a cometer o crime alguém sujeito à sua autoridade ou não-punível em virtude de condição ou qualidade pessoal;
- IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

Em relação à reincidência, note-se que o tema já foi introduzido por ocasião do item *antecedentes* (circunstâncias judiciais), ao qual se remete o leitor. Não obstante, convém lembrar que basicamente existem três requisitos para a configuração dessa agravante:

- ✓ a prática de crime anterior;
- ✓ trânsito em julgado da sentença condenatória;
- ✓ prática de novo crime **após** o t.j. da sentença penal condenatória.

Por sua vez, as circunstâncias atenuantes estão previstas nos arts. 65 e 66 do CP:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;
- II - o desconhecimento da lei;
- III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;



- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Ressalte-se que, assim como ocorre com relação às circunstâncias judiciais, legislações esparsas podem prever circunstâncias específicas e pontuais para determinadas espécies de crimes, a exemplo do Código de Trânsito Brasileiro (art. 298) e a Lei de Crimes Ambientais (art. 15).

6.2.2.1 Forma de cálculo

Assim como em relação às vetoriais do art. 59 do CP, o legislador não estabeleceu critérios numéricos para a valoração das agravantes e atenuantes.

Diante disso, a jurisprudência elegeu a fração de **1/6 (um sexto)** como um 'fator universal' nessa apreciação, muito embora não se exclua a possibilidade de o magistrado, no caso concreto, adotar parâmetro diverso se as peculiaridades do caso assim exigirem e houver fundamentação idônea para tanto:

O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que competes ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. **Todavia, a aplicação de fração diversa de 1/6 exige motivação concreta e idônea** (HC 540.452/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020).

A Corte Superior já afastou valoração mais gravosa pela mera **reincidência específica** do agente, embora não suprima essa possibilidade, inclusive em relação à **multirreincidência**:

A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). **A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado.** (AgRg no HC 543.365/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019).

As hipóteses de reincidência específica ou multirreincidência **podem** justificar a exasperação da pena, na segunda fase da dosimetria, acima do patamar de 1/6, para a



agravante de reincidência. (AgRg no HC 548.769/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020).

A bem da verdade, e a título de complementação, o STJ já reconheceu a inidoneidade da distinção entre a reincidência genérica e a específica (recidiva no mesmo tipo penal⁶), não obstante em julgados mais recentes ainda se faça uso da expressão:

IV - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, a fim de se evitar distinção entre as condenações anteriores, firmou a tese de que não há maior desvalor na conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

V - *"Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada em pela Lei n. 7.209/1984, não há mais distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, sendo inadmissível que o aplicador da lei assim o proceda, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da proporcionalidade"* (HC n. 519.347/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 19/12/2019). Entender em sentido contrário é atribuir mais desvalor à conduta do sujeito que comete um crime de furto e, posteriormente, incorre no mesmo delito, do que à conduta do indivíduo que pratica um homicídio e, ulteriormente, executa o delito de furto. (HC 556.573/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020).

Ademais, note-se que, de acordo com a melhor interpretação ao teor da Súmula 231 do STJ, a pena provisória não poderá extrapolar os limites mínimo e máximo da sanção abstratamente prevista para o tipo, em decorrência da valoração de atenuantes ou agravantes:

Súmula 231/STJ. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Um rápido exemplo de aplicação do entendimento: num furto simples, após analisar *circunstâncias judiciais* neutras (art. 59, CP), a pena-base fica no mínimo de 1 ano; passo seguinte, na segunda fase, ao se reconhecer a



⁶ O STJ já desconsiderou a reincidência específica no caso de um agente que ostentava condenação pelo crime de roubo e foi posteriormente condenado por crime furto, prevalecendo a ideia de que essa espécie de reincidência está relacionada ao tipo penal, mesmo sendo ambos os delitos contra o bem jurídico 'patrimônio': "5. In casu, observa-se que a condenação anterior registrada pelo paciente é de natureza distinta da originária deste processo, uma vez que diz respeito a delito de roubo. Por conseguinte, como se trata de reincidência não específica, sem que nada de concreto tenha sido consignado a demonstrar que tal medida não se mostra socialmente recomendável, inexistente óbice à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos" (HC 518.584/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

atenuante da confissão (art. 65, III, 'd', CP), a pena não poderá ser reduzida; permanecerá como está; isso porque 1 ano é o mínimo abstrato previsto em lei, no art. 155 do CP.

6.2.2.2 Circunstâncias preponderantes e concurso de circunstâncias

O art. 67 do CP estabelece que algumas circunstâncias legais são dotadas de 'preponderância', maior relevância do que outras; é o caso das relacionadas aos **motivos** do crime, à **personalidade** do agente e, ainda, a própria **reincidência**:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas **circunstâncias preponderantes**, entendendo-se como tais as que resultam dos **motivos** determinantes do crime, da **personalidade** do agente e da **reincidência**.

O STJ tem reconhecido que as atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa, por serem atributos da personalidade do agente, são dotadas da mesma preponderância conferida à reincidência, devendo haver a 'compensação' integral das circunstâncias, mesmo no caso de multirreincidência⁷ e reincidência específica:

Entende esta Corte que a atenuante da confissão espontânea, na medida em que compreende a personalidade do agente, é circunstância preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, igualmente preponderante. 3. A Terceira Seção firmou o entendimento de que a **reincidência, inclusive a específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão** (AgRg no HC 545.617/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020).

No que é pertinente à segunda fase da dosimetria, este Superior Tribunal de Justiça já **firmou o entendimento de que a confissão espontânea** (Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT) e a **menoridade relativa**, sendo atributos da personalidade do agente, **são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito**, consoante disposto no art. 67 do Código Penal. Na hipótese dos autos, a Corte de origem preponderou a atenuante da confissão espontânea sobre a agravante do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, malgrado a jurisprudência desta Corte reconheça que a atenuante da confissão espontânea, por dizer respeito à personalidade do réu, deve ser entendida como

⁷ Não é pacífico – na própria Corte há julgados em sentido diverso: “O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundando em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade” (HC 536.359 Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019).

igualmente preponderante com os motivos do crime. (AgRg no AREsp 1472960/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020).

A Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. 4. Ainda que se trate de reincidência específica, pode ela ser integralmente compensada com a atenuante relativa à confissão espontânea (AgInt no HC 509.333/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020).

Ademais, resulta imperativo considerar o entendimento firmado no julgamento do HC n. 365.963/SP (de minha relatoria, DJe de 23/11/2017), oportunidade em que a Terceira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Referido julgamento assentou-se na premissa de que o réu, mesmo ostentando condenação anterior por delito idêntico, não merece maior reprovabilidade na sua conduta, haja vista que, após a reforma da Parte Geral do Código Penal, operada em 11/7/1984, não há mais distinção entre os efeitos da reincidência genérica e específica, sendo inadmissível que o aplicador da lei assim o proceda, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Nesse contexto, alinhado à jurisprudência que se firmou no âmbito da Terceira Seção, extrai-se que a reincidência específica, justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a atenuante da confissão espontânea, também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria. (HC 515.516/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020).

Ainda sobre a confissão espontânea, é consolidado o entendimento no sentido que, mesmo sendo qualificada ou parcial, deverá operar redução da pena do sentenciado, desde que levada em consideração pelo magistrado na formação de sua convicção:

Súmula 545/STJ. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. (AgRg no AREsp 1608521/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020).

Repare, então, que o 'arrepentimento' do condenado é irrelevante. Importa verificar, de acordo com a compreensão do STJ, se o juiz tomou em conta a admissão do réu quanto ao crime para formar a sua conclusão (a contribuição dele dentro do contexto probatório).

Sugestão de abordagem do tema – segunda etapa de dosimetria, logo após o estabelecimento da pena-base:

Segunda fase de dosimetria – circunstâncias legais agravantes e atenuantes:



Sem olvidar da Súmula nº 231 do STJ (a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal), destaco:

i) Agravantes (arts. 61 e 62, CP): reincidência, conforme evidencia a folha de antecedentes do acusado, especificamente com relação ao processo nº XX.

ii) Atenuantes (arts. 65 e 66, CP): menoridade relativa; o réu possuía 19 (dezenove) anos no momento do crime, considerando sua idade atestada pelo documento XX.

Compenso agravante com atenuante. Mantenho a pena, provisoriamente, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

6.2.3 Terceira fase – pena definitiva

Estabelecida a *pena provisória* ao término da segunda etapa dosimétrica, passa-se à valoração das causas de aumento ou diminuição de pena que incidem no caso concreto, também denominadas, respectivamente, majorantes e minorantes, a fim de se chegar à **pena definitiva** fixada para o delito.

Estão previstas nas partes geral e especial do Código Penal e, ainda, nas legislações penais especiais (como o art. 40 da Lei 11.343/2006); já trazem, no bojo dessa previsão legal, patamares fixos ou variáveis de incremento ou diminuição da pena. É dizer: ao contrário das circunstâncias judiciais e legais antes tratadas, as frações de aumento ou diminuição da reprimenda pelas majorantes ou minorantes constam do próprio dispositivo que as prevê.



Perceba que, diferentemente da etapa anterior, a incidência de majorantes ou minorantes pode conduzir à fixação da pena definitiva abaixo do mínimo e acima do máximo de pena abstratamente previstos.

A) Causas de aumento de pena (majorantes): promovem o aumento da pena do agente pela correspondente fração prevista no tipo penal.

As majorantes previstas para o crime de roubo (§§ 2º e 2º-A do art. 157 do CP) – que não são qualificadoras, ao contrário do que por vezes se ouve – são bons exemplos do tema; perceba como o *quantum* de exasperação pode ser variável ou fixo:

§ 2º A pena aumenta-se de **1/3** (um terço) **até metade**:

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; [...]

§ 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; [...]

Interessante notar que, em incidindo mais de uma majorante (ou mais de uma minorante) prevista na parte especial, o Código Penal, em seu art. 68, parágrafo único, permite seja efetuado apenas um aumento ou diminuição da pena:



Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, **prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.**

Nessa esteira, o STJ tem reconhecido (principalmente nos crimes de roubo) que, em havendo mais de uma causa de aumento de pena, seja uma majorante valorada normalmente na terceira fase de dosimetria e as demais deslocadas para a primeira etapa, a fim de serem valoradas como *circunstâncias judiciais* (culpabilidade ou circunstâncias do crime, por exemplo):

A jurisprudência desta Corte se direciona no sentido de que, havendo mais de uma majorante do delito de roubo, como na hipótese, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias judiciais desfavoráveis para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo dosimétrico (AgRg no HC 557.261/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

A jurisprudência desta Corte passou a admitir que caso reste evidenciada a presença de mais de uma majorante a ser valorada na terceira fase do critério dosimétrico, uma delas poderá ser reconhecida como circunstância judicial desfavorável, desde que observado o princípio do *ne bis in idem*, sem que se possa falar em negativa de vigência à Súmula 443/STJ, sendo facultado ao julgador, inclusive, fixar regime prisional mais severo do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao réu. In casu, dada a presença de duas majorantes do crime de roubo, não se cogita de ilegalidade no deslocamento do concurso de agentes para a primeira fase do cálculo dosimétrico, nos moldes da jurisprudência desta Corte. Ainda, a participação de mais de um agente no crime, de per si, evidencia a maior gravidade do seu *modus operandi*, tanto é que o legislador previu tal circunstância como causa de aumento do crime de roubo, sendo descabido falar em carência de motivação concreta para a elevação da pena-base (HC 556.442/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020).

Outrossim, valoradas as majorantes apenas na terceira etapa da dosimetria, **não se admite o emprego de fração mais gravosa com base apenas no 'número' dessas causas de aumento;** exige-se fundamentação em um aspecto qualitativo, de acordo com as especificidades do caso concreto, em detrimento de um juízo meramente quantitativo. Esse entendimento já foi inclusive sumulado:

Súmula 443/STJ. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso de três agentes, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo. (HC 549.595/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020).



B) Causas de diminuição de pena (minorantes): promovem a diminuição da pena do agente pela correspondente fração prevista no respectivo dispositivo legal. A tentativa, a semi-imputabilidade e o arrependimento posterior são exemplos de minorantes previstas na Parte Geral do Código Penal.

i) **Tentativa** (art. 14, II e parágrafo único do CP):

Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, **diminuída de um a dois terços**.

O grau de diminuição da pena pela tentativa é definido em observância ao *iter criminis* percorrido pelo agente; quanto mais tiver se aproximado da consumação, menos a pena será reduzida, e vice-versa. Nesse sentido:

Com efeito, o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, a jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição (HC 527.372/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2019).

Então, por exemplo, num crime que chegou muito próximo da sua consumação, a diminuição será de um terço (1/3); já naquele em que o agente mal iniciou os atos executórios, a redução deve ser de dois terços (2/3). Entre um limite e outro, claro, existe o meio-termo ou frações intermediárias.

ii) **Arrependimento posterior** (art. 16 do CP):

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será **reduzida de um a dois terços**.

iii) **Semi-imputabilidade** (art. 26, parágrafo único do CP e art. 46 da Lei 11.343/2006):

Parágrafo único - A pena pode ser **reduzida de um a dois terços**, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 46. As penas podem ser reduzidas de **um terço a dois terços** se, por força das circunstâncias previstas no art. 45 desta Lei, o agente não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.



Em relação à semi-imputabilidade, a intensidade da redução deve ser fixada a partir do grau de discernimento do acusado, em sentido inversamente proporcional – quanto maior o discernimento do agente sobre seus atos, menor a redução da pena e vice-versa:

A gradação da causa de diminuição da pena prevista no art. 46 da Lei 11.343/2006 (semi-imputabilidade) é estabelecida segundo o grau de incapacidade do réu de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (HC n. 259.319/SP, [...]) (AgRg no AREsp 1266952/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018).

Em julgados mais recentes, a Corte Superior demonstrou uma preferência ou presunção de aplicação da minorante em seu grau máximo, sendo que a adoção de fração inferior demandaria fundamentação concreta:

Uma vez reconhecida a semi-imputabilidade pelas instâncias ordinárias, a fixação da fração de redução da pena em patamar inferior ao máximo permitido em lei exige fundamentação concreta, o que não ocorreu na hipótese em apreço." (REsp 1734215/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019).

6.2.3.1 Forma de cálculo e concurso de causas

Da análise do art. 68, parágrafo único do CP, antes mencionado, percebe-se que algumas causas de aumento ou diminuição possuem incidência necessária e outras possuem incidência facultativa. Rememore-se o teor do dispositivo:

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Diante dessa redação, a doutrina passou a classificar essas circunstâncias legais em *obrigatórias* e *facultativas*:

- a) **Obrigatórias:** as previstas na parte geral do CP; deverão ser sempre consideradas pelo magistrado, não havendo discricionariedade na aplicação quando da constatação de mais de uma causa;
- b) **Facultativas:** as previstas na parte especial do CP (também em lei especial); poderá haver opção pela sua incidência, desde que em número superior a um, na medida em que o dispositivo supracitado confere discricionariedade.

SCHMITT sumariza as várias combinações entre circunstâncias gerais e especiais que podem surgir no caso concreto:

1) causa de diminuição de pena prevista na *parte geral* + causa de diminuição de pena prevista na *parte geral* = ambas se aplicam;



- 2) causa de aumento de pena prevista na *parte geral* + causa de aumento de pena prevista na *parte geral* = ambas se aplicam;
- 3) causa de diminuição de pena prevista na *parte geral* + causa de aumento de pena prevista na *parte geral* = ambas se aplicam;
- 4) causa de diminuição de pena prevista na *parte geral* + causa de aumento de pena prevista na *parte especial* = ambas se aplicam;
- 5) causa de diminuição de pena prevista na *parte especial* + causa de aumento de pena prevista na *parte geral* = ambas se aplicam;
- 6) causa de diminuição de pena prevista na *parte especial* + causa de diminuição de pena prevista na *parte especial* = *pode ser aplicada somente a causa que mais diminua a pena*;
- 7) causa de aumento de pena prevista na *parte especial* + causa de aumento de pena prevista na *parte especial* = *pode ser aplicada somente a causa que mais aumente a pena*;
- 8) causa de diminuição de pena prevista na *parte especial* + causa de aumento de pena prevista na *parte especial* = ambas se aplicam (*atenção*) (SCHMITT, 2011).

E sobre qual pena as causas de aumento e diminuição incidirão? Existem duas formas de cálculo: *incidência simples* e *incidência cumulada*:

- a) **Incidência simples**: a fração de aumento ou diminuição incide diretamente sobre a *pena provisória* advinda da segunda etapa de dosimetria. **É o cálculo a ser utilizado na presença de apenas uma majorante ou minorante.**

Exemplo: ao término da segunda fase, a pena provisória de um crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (art. 157, § 2º-A, I do CP) restou em 6 anos de reclusão. A majoração de 2/3, prevista no aludido dispositivo, incidirá sobre os 6 anos, resultando em uma pena definitiva de 10 anos, inexistindo outras circunstâncias legais.

- b) **Incidência cumulada**: tem lugar quando da presença de mais de uma majorante ou minorante, *após* o cômputo de uma delas pela incidência simples. É dizer, em tendo sido efetuado o cálculo de uma majorante ou minorante sobre a pena provisória, as demais causas deverão incidir sobre (o resultado) a nova pena obtida, em um 'efeito cascata'.

A incidência cumulada foi a solução encontrada para se evitar uma incongruente 'pena zero' resultante do concurso de causas de diminuição, por exemplo. ANDRÉ ESTEFAM ilustra a hipótese:

Acompanhe a diferença, considerando um homicídio privilegiado tentado, com pena provisória de seis anos, em que o juiz decida aplicar os redutores máximos (um terço pelo privilégio e dois terços pela tentativa).



Cálculo pela incidência simples:

“Diante do exposto, a pena provisória corresponderá a 6 (seis) anos. Considerando os redutores decorrentes do privilégio, reconhecidos pelos jurados, e da tentativa, decorrente da votação dos quesitos, os quais serão aplicados no grau máximo, uma vez que..., reduzo a pena em dois anos pela incidência da primeira circunstância (1/3 de seis) e quatro anos pela segunda (2/3 de seis), resultando em...”.

O leitor, a esta altura, já se apercebeu do absurdo, a pena do réu seria igual a zero! Imagine se houvesse outra causa de diminuição, a sanção seria negativa!

Cálculo pela incidência cumulada:

“Diante do exposto, a pena provisória corresponderá a 6 (seis) anos. Considerando o redutor decorrente do privilégio (reconhecido pelos jurados), o qual aplico em grau máximo, uma vez que..., reduzo a sanção para 4 (quatro) anos. Por fim, em face da tentativa, a qual também importa na diminuição da pena e será imposta no maior redutor admitido, já que..., diminuo a pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, tornando-a definitiva neste patamar...”.

Nota-se, pelos exemplos, que somente o princípio da incidência cumulada evita o absurdo da pena igual a zero ou mesmo da sanção negativa e o mesmo critério válido para as causas de redução há de ser observado no tocante às de aumento (ESTEFAM, 2020).

Tomemos como exemplo o crime de roubo praticado em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo. Incidem, ao mesmo tempo, uma causa de aumento prevista no § 2º do art. 157 (que majora a pena de 1/3 até metade) e outra prevista no § 2º-A (que majora a pena em 2/3), respectivamente. Nesse caso, são duas causas de aumento de pena previstas na parte especial, poderá o magistrado:

- a) Deslocar o *concurso de pessoas* (fração menor) para a primeira etapa de dosimetria de pena, valorando-a como circunstância judicial desfavorável e reconhecer, na terceira etapa, a majorante do *emprego de arma de fogo*, aplicando a fração de 2/3 sobre a pena provisória (‘majorante que mais aumenta’ – art. 68, parágrafo único do CP); ou
- b) Valorar ambas as circunstâncias como majorantes na terceira fase (a ordem não importa, porque, embora constituam frações diferentes, o resultado matemático será o mesmo), cabendo ressaltar que, nas circunstâncias previstas no § 2º, a fração adotada não poderá levar em consideração a mera quantidade de majorantes (Súmula 443 do STJ).



Ao demais, em havendo **concurso entre uma majorante e uma minorante**, a redação do art. 68 do CP determina primeiro seja considerada a causa de diminuição para depois se considerar a causa de aumento:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

A bem da verdade, da mesma forma que na incidência de múltiplas majorantes, **o resultado matemático será exatamente o mesmo**, independentemente de se valorar em primeiro lugar a majorante para depois valorar a minorante e vice-versa – a ordem dos fatores não altera o produto. Todavia, para fins de concurso público, recomenda-se a estrita observância aos critérios legais, analisando-se primeiro as minorantes e depois as majorantes.

Sugestão de abordagem do tema – terceira etapa de dosimetria e fixação da pena definitiva:

Terceira fase de dosimetria – majorantes e minorantes

O roubo foi praticado em concurso de pessoas, motivo pelo qual há incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso II do Código Penal. Considerando a ausência de elementos concretos que justifiquem aumento em fração maior, majoro a pena em um terço (1/3) – mínimo.

Não ocorrem outras causas de aumento ou diminuição de pena. A pena definitiva para o crime fica estabelecida em reclusão de XX anos e XX meses e pagamento de YY dias-multa, estes fixados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

6.2.4 Concurso de crimes

Encerrada a dosimetria propriamente dita, e estabelecida a pena definitiva para cada um dos delitos, resta averiguar a existência de **concurso de crimes**, que pode se manifestar em três formas:

- i. concurso material (art. 69 do CP);
- ii. concurso formal (art. 70 do CP); e
- iii. crime continuado (art. 71 do CP).

Em cada uma das modalidades, adota-se um critério distinto para a imposição da pena. Assim, enquanto no concurso material as penas impostas são somadas (cúmulo material), no concurso formal e no crime continuado impõe-se, como regra, somente uma pena, aumentada dentro de parâmetros previamente definidos pelo legislador (cúmulo jurídico ou exasperação) (ESTEFAM, 2020).

6.2.4.1 Concurso material

Ocorre concurso material quando o agente, mediante duas ou mais condutas, pratica dois ou mais crimes, nos termos do art. 69 do CP:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se **cumulativamente** as penas privativas de



liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Como evidencia a redação do dispositivo, o reconhecimento de concurso material tem como consequência a simples soma das penas fixadas aos respectivos crimes (**cúmulo material**). Perceba-se que, caso haja diferença entre a natureza da pena dos crimes – um punido com *reclusão* e outro com *detenção*, ou ainda *prisão simples* – não serão elas somadas, nos termos da parte final do dispositivo supracitado.

Sugestão de abordagem do tema – logo após a terceira fase:

Concurso material: na forma do art. 69 do Código Penal, o acusado, mediante mais de uma ação (ou omissão) praticou duas infrações, devendo-se-lhe aplicar cumulativamente as penas privativas de liberdade em que, na forma desta sentença, incorreu com a condenação. A pena total a ser cumprida pelo condenado é de detenção de XX meses e XX dias, além um YY mês e YY dias de prisão simples.

6.2.4.2 Concurso formal

Ocorre concurso formal quando o agente, mediante uma só conduta, pratica dois ou mais crimes, nos termos do art. 70 do CP:

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, **aplica-se-lhe a mais grave das penas** cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas **umentada**, em qualquer caso, **de um sexto até metade**. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

O efeito do seu reconhecimento em relação ao *quantum* da reprimenda dependerá da espécie de concurso formal verificado:

a) Concurso formal próprio ou perfeito (art. 70, primeira parte, do CP): a pluralidade de crimes resulta de um único desígnio do agente; ou seja, não tinha ele a intenção independente e autônoma em relação aos demais crimes.

No concurso formal próprio adota-se o sistema da exasperação (ou cúmulo jurídico) previsto na primeira parte do artigo supracitado, chegando-se à seguinte conclusão:

- Se as penas dos crimes forem **distintas**, será aplicada a pena mais grave, aumentada de 1/6 até metade;
- Se as penas forem **idênticas**, aplica-se somente uma delas, aumentada de 1/6 até metade.

Exemplo: um atropelamento culposo de duas vítimas (art. 302 do CTB).



A definição da fração de exasperação dentro dos limites previstos, conforme o entendimento consolidado no STJ, levará em consideração o número de infrações, adotando-se a seguinte proporção:

Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento da pena decorrente do concurso formal próprio é calculada com base no número de infrações penais cometidas. Nesses termos, aplica-se a fração de aumento de **1/6 pela prática de 2 infrações**; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações e 1/2 para **6 ou mais** infrações (HC 421.419/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2019).

Perceba-se, todavia, que o sistema da exasperação foi concebido como forma de beneficiar o réu. Forte nisso, o art. 70 do CP prevê o denominado **concurso material benéfico**; isto é, se a exasperação promovida pela incidência das frações resultar em pena superior ao que se obteria pela soma em cúmulo material, aplicar-se-á a pena pelo cúmulo material:



Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Exemplo: se o agente comete em concurso formal próprio um homicídio qualificado (CP, art. 121, § 2º) e uma lesão corporal culposa (CP, art. 129, § 6º), as penas deverão ser somadas. Caso se procedesse ao aumento, nos termos do art. 70 do CP, tomando como base a pena mínima, o réu seria condenado a catorze anos (12 anos, aumentados de um sexto); somando-se as sanções, conforme determina o art. 70, parágrafo único, o agente receberá doze anos (de reclusão) e dois meses (de detenção) (ESTEFAM, 2020).

Isso normalmente vai acontecer quando, no concurso formal, um dos crimes for bem mais grave (tiver uma pena bem maior) que o outro.

b) Concurso formal impróprio ou imperfeito (art. 70, segunda parte, do CP): a pluralidade de infrações resulta de desígnios autônomos, constatando-se dolo no comportamento do agente em relação aos demais crimes. Para relembrar definições vindas do estudo do Direito Penal:

Nesse tipo de concurso, o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de "desígnios autônomos", que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação.

Por isso, enquanto no concurso formal próprio adotou-se o sistema de exasperação da pena, pela unidade de desígnios, no concurso formal impróprio aplica-se o sistema do cúmulo material, como se fosse concurso material, diante da diversidade de intuitos do agente (art. 70, § 2º). Enfim, o que caracteriza o crime formal é a unidade de conduta,

mas o que justifica o tratamento penal mais brando é a unidade do elemento subjetivo que impulsiona a ação. ()

Exemplo: desafeto coloca veneno na pizza que é entregue na casa de uma família composta por três pessoas (como ele já sabia). Uma falece e outras duas conseguem sobreviver. Como aí se percebe, nitidamente, desígnios autônomos (pretendia matar todos e cada um deles), as penas serão somadas.

No concurso formal impróprio ou imperfeito, cuja definição importa em interpretação do caso concreto, adota-se o sistema do cúmulo material – serão as penas dos crimes somadas.

Sugestão de abordagem do tema:

Do concurso formal. Com relação aos crimes de roubo majorado, verifico a existência de concurso formal próprio (primeira parte do art. 70 do Código Penal). Assim, tomando em conta a prática de dois (2) crimes, aumento a pena de um deles em um sexto (1/6), redundando em XX anos e XX meses de reclusão.

A pena de multa (XX dias-multa) será aplicada distinta e integralmente, nos termos do artigo 72 do Código Penal.

6.2.4.3 Crime continuado

Previsto no art. 71 do CP, haverá crime continuado quando o sujeito, mediante duas ou mais condutas, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie, havendo entre eles um elo de continuidade, a ser avaliado, especialmente, pela semelhança entre as condições de tempo, lugar e maneira de execução:

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.

Caso se constate a existência de concurso formal entre dois crimes praticados em continuidade delitiva, deverá a pena ser aumentada apenas pela regra do crime continuado, contanto que evidenciado o nexo de continuidade entre eles:

Nos termos da jurisprudência desta Corte, em sintonia com a do STF, havendo concurso formal entre dois delitos cometidos em continuidade delitiva, somente incidirá um aumento de pena, qual seja, a relativa ao crime continuado. Todavia, tal regra não tem aplicabilidade nas hipóteses em que um dos crimes não faça parte do nexo da continuidade delitiva do outro delito, embora cometidos em concurso formal, tal como ocorre com o delito de corrupção de menores - de espécie diversa -, o qual não integra a continuidade delitiva relativa ao outro delito - de roubo majorado. (HC 165.224/DF, [...]) (AgRg no HC 396.946/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019).

O crime continuado poderá ser genérico/comum ou específico.

a) **Crime continuado genérico**: é o previsto no *caput* do art. 71 do CP. Segundo a doutrina e entendimento consolidado do STJ, tem como requisitos:

- i. pluralidade de condutas;
- ii. pluralidade de crimes da mesma espécie;
- iii. condições objetivas semelhantes/elo de continuidade (tempo, lugar, execução, outros);
- iv. unidade de desígnios (elemento subjetivo – adoção da *teoria objetivo-subjetiva*):

Nesse sentido, para que seja aplicada a regra do crime continuado, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que necessária a existência de ações praticadas em idênticas condições de tempo, lugar e modo de execução (requisitos objetivos), além de um liame a indicar a unidade de desígnios (requisito subjetivo) (AgRg no HC 551.668/RS, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2020).

Exemplos: i) funcionário público, em várias oportunidades, desvia dinheiro de que tem a posse em razão do cargo, usando do mesmo artifício contábil; ii) empregada doméstica, durante uma semana em que trabalhou numa residência, todos os dias subtraía determinados bens e valores da patroa, levando coisas dentro da sua bolsa.

No crime continuado genérico adota-se o sistema de **exasperação (cúmulo jurídico)**, como deixa claro o *caput* do art. 71 do CP. Assim:

- ✓ se a continuidade delitiva se der entre crimes com penas **distintas**, aplica-se a pena mais grave, aumentada de 1/6 a 2/3;
- ✓ se ocorrer entre crimes com penas **iguais**, aplica-se uma delas, aumentada de 1/6 a 2/3.

O tanto de exasperação se dá em proporção ao número de crimes, em fórmula objetiva já reconhecida no STJ:

Pacificou-se neste Sodalício o entendimento de que a fração de aumento em razão da prática de crime continuado deve ser fixada de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se **1/6** pela prática de **2** infrações; **1/5** para **3** infrações; **1/4** para **4** infrações; **1/3** para **5** infrações; **1/2** para **6** infrações; e **2/3** para **7** ou mais infrações. Não sendo possível precisar o número exato de ilícitos praticados, este Superior Tribunal de Justiça entende que a fração de aumento deve ser fixada com base na sua duração (HC 442.316/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

b) **Crime continuado específico**: é o previsto no parágrafo único do art. 71; aplicável aos crimes dolosos, mediante violência ou grave ameaça, com vítimas diferentes:

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e

as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Portanto, para além dos requisitos aplicáveis à caracterização do crime continuado genérico, a sua configuração na modalidade *específica* ainda exige que os crimes sejam dolosos, contra vítimas diferentes e praticados mediante violência ou grave ameaça.

A análise das circunstâncias judiciais e da quantidade de crimes para definição do aumento também será procedida pelo sistema da **exasperação**, com a diferença de que o máximo permitido, aqui, será o triplo da pena. Assim:

- ✓ se as penas forem **distintas**, aplica-se a mais grave, aumentada de 1/6⁸ até o triplo;
- ✓ se as penas forem **iguais**, aplica-se uma delas, aumentada de 1/6 até o triplo.

A fração de aumento da continuidade delitiva específica, prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela associação dos elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, considerado o desvalor da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias do crime (AgRg no HC 506.187/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019).

Imperioso notar que, nos termos da parte final do dispositivo, a figura do concurso material benéfico deverá também ser observada em relação ao crime continuado, assim como o resultado final da pena não poderá representar um tempo de cumprimento superior a 40 (quarenta) anos de pena privativa de liberdade (art. 75 do CP).

Sugestão de abordagem do tema – continuidade delitiva:

Da continuidade delitiva. Na forma do art. 71, caput do Código Penal, o acusado, dolosamente, mediante mais de uma ação (ou omissão), praticou duas (2) violações de direito autoral (expôs à venda, com o intuito de lucro, mídias contrafeitas - em duas oportunidades distintas). Dessa forma, reconheço a continuidade delitiva, tendo o último delito como continuação e desdobramento do primeiro, visto que cometidos nas mesmas condições de tempo (no dia

⁸ Veja que o art. 71, parágrafo único do CP não prevê mínimo de aumento pelo reconhecimento da continuidade delitiva específica, apenas o máximo. Diante dessa lacuna, o STJ já consolidou o entendimento de que deverá ser utilizado o mínimo previsto para o crime continuado genérico (1/6): "De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior "A lei somente estipula a exasperação máxima da continuidade delitiva específica (até o triplo), não apontando a fração mínima aplicável. Contudo, em sintonia com o caput do art. 71 do Código Penal, impõe-se a utilização do parâmetro mínimo de 1/6, sob pena da continuidade delitiva específica tornar-se inútil, por ser substituída pelo concurso material, cujo critério do cúmulo material é o teto da exasperação da continuidade. Por conseguinte, na quase totalidade das vezes seria a exasperação descartada a adoção do critério do art. 69 do Código Penal" (HC 440.465/DF [...]) (AgRg no HC 518.187/SC, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, 6ª T., j. em 26/11/2019).

seguinte), lugar (no centro da cidade) e com maneira de execução semelhante (exposição em via pública). Considerando a prática de dois (2) crimes, aumento a pena do mais grave em um sexto (1/6), resultando em reclusão de XX anos e XX meses e pagamento de XX dias-multa.

6.3 PENA DE MULTA

Dispõe o art. 32 do CP:

Art. 32 - As penas são:

I - privativas de liberdade;

II - restritivas de direitos;

III - **de multa.**

A pena de multa, no Direito Penal brasileiro, pode se apresentar de duas formas:

- ✓ como pena comum (isolada, cumulada ou alternativamente); e
- ✓ como pena substitutiva à pena privativa de liberdade – multa vicariante⁹ (isolada ou cumulada).

Em relação à multa como pena comum, a sua cominação em abstrato se verifica da leitura do preceito secundário do tipo penal, que empregará as expressões "*Pena – multa*"; "*...e multa*"; "*...ou multa*", a exemplos dos crimes de furto e violação de domicílio (arts. 155 e 150 do CP):

Art. 155. [...] Pena - reclusão, de um a quatro anos, **e multa.**

Art. 150. [...] Pena - detenção, de um a três meses, **ou multa.**

Inexistindo essa previsão, como ocorre no crime de homicídio (art. 121 do CP), não haverá incidência de multa como pena, seja ela isolada, cumulada ou alternativa, não devendo constar da sentença:

Art. 121. [...] Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Perceba que, quando prevista como pena, o legislador não estipulou limites para a sua aplicação em cada tipo penal. Em vez disso, optou-se pelo estabelecimento de parâmetros universais na parte geral do CP, em seu art. 49:

⁹ Será oportunamente referida no tópico da "substituição das penas privativas de liberdade".



Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. **Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.**

§ 1º - O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário.

Pela redação do art. 49 do CP, costuma-se dizer que a aplicação da pena de multa segue um critério bifásico:

- 1) fixação da quantidade de dias-multa;
- 2) fixação do valor de cada dia-multa.

6.3.1 Quantidade de dias-multa

Prevalece o entendimento segundo o qual a quantidade de dias-multa deve ser fixada em observância ao sistema trifásico¹⁰ que vigora em relação à dosimetria da pena privativa de liberdade; isto é, analisam-se as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, as circunstâncias legais atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição ou aumento. A pena de multa vai variando e sofrendo os reflexos juntamente com a pena privativa de liberdade.

Esse entendimento decorre do princípio de que a quantidade de dias-multa deve ser dosada a partir dos mesmos critérios valorados para a fixação da pena privativa de liberdade (sistema trifásico), o que resulta na necessidade das penas serem coerentes e proporcionais entre si (SCHMITT, 2011).

É a visão adotada no STJ:

1. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, após afirmar que a quantidade de dias-multa deveria obedecer aos critérios dispostos no art. 59 do Código Penal, passou a definir que a pena de multa deveria ser estabelecida de forma proporcional à privativa de liberdade imposta, obedecendo ao sistema trifásico (art. 68 do Código Penal).

2. Desse modo, a pena de multa do art. 49 do Código Penal, em razão da proporcionalidade, deve refletir a pena corpórea estipulada, de modo a serem consideradas as circunstâncias judiciais, as agravantes e as atenuantes e, ainda, as

¹⁰ Não confunda os termos. O critério bifásico (referido anteriormente) diz respeito à existência de uma fase de fixação da quantidade de dias-multa e de uma fase de fixação do seu valor. O sistema trifásico corresponde às três etapas dentro das quais a pena privativa de liberdade é calculada e que também será observado para o estabelecimento da quantidade de dias-multa.

causas de diminuição e de aumento. (REsp 1756117/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019).

Tendo em vista essa identidade de análise entre a pena privativa de liberdade e a fixação da quantidade de dias-multa, **recomenda-se o seu tratamento em conjunto por ocasião da dosimetria da pena, aproveitando-se os mesmos fundamentos.**

Ressalte-se que há desvinculação entre a gravidade do crime e o estabelecimento da quantidade de dias-multa. Em não havendo previsão legal diversa no tipo, o seu cálculo partirá do mínimo legal, 10 (dez) dias-multa, sobre os quais incidirão as frações de exasperação e redução tratadas na dosimetria de pena.

Embora possa parecer ilógico (e efetivamente é), a jurisprudência pacífica do STJ, seguida amplamente pelos tribunais de segunda instância, é no sentido de que o patamar inicial deve ser de 10 dias-multa, independentemente do tipo de crime ou da pena privativa de liberdade em abstrato. Assim, por exemplo, o patamar mínimo a ser considerado no início da fixação da pena de multa, na primeira fase da dosimetria, será de 10 dias-multa tanto para um crime de furto simples (cuja pena privativa de liberdade mínima em abstrato é de 1 ano), como para o crime de roubo simples (cuja pena privativa de liberdade mínima é de 4 anos) (LUNARDI e REZENDE, 2020).

Situação diversa se verifica em crimes cujos tipos penais prevejam os próprios limites de fixação da pena de multa, como ocorre no crime de abandono material (art. 244, CP – exceção à regra geral do CP) e em delitos previstos em legislações penais especiais (como o tráfico de drogas – art. 33 da Lei 11.343/2006):

Art. 244. [...]. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 33. Importar, [...]. Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Por fim, note-se que eventuais casas decimais resultantes dos cálculos de exasperação ou redução da multa devem ser desconsiderados. A título de exemplo, se a incidência de uma fração resulta em uma pena (base, provisória ou definitiva) de 30,33 dias-multa, desconsidera-se o 0,33, remanescendo 30 dias-multa; se a exasperação da pena resulta em 20,66 dias-multa, descarta-se o 0,66, chegando-se a 20 dias-multa e assim em diante.

Sugestão de abordagem do tema – dosimetria completa com cálculo simultâneo da multa:

DOSIMETRIA DA PENA – receptação simples (180, 'caput' do CP):

Considerando as disposições do artigo 59 e seguintes, especialmente o artigo 68 do Código Penal, que acabam por eleger o sistema trifásico para a quantificação da sanção, passo a fixar as penas, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Primeira fase – circunstâncias judiciais (art. 59 do CP):



Culpabilidade: normal para a espécie.

Antecedentes: o réu ostenta uma condenação transitada em julgado, a qual será valorada na segunda etapa da dosimetria.

Conduta social: antes de ser preso, trabalhava como ensacador, com carteira assinada; vem de família aparentemente humilde; tem pouca instrução (8ª série incompleta); nada que o prejudique.

Personalidade: longe de se fazer, nesse ponto, uma análise técnica e minudente – até porque o Juízo não domina conteúdos de psicologia, antropologia ou psiquiatria, – cumpre, apenas (em havendo) destacar alguns pontos mais objetivos em relação ao modo habitual de ser e agir do apenado, elementos que o distinguem de outras pessoas. Nada a destacar.

Motivos: lucro fácil – normal para o tipo.

Circunstâncias do crime: as circunstâncias não trazem pormenores que devam ser considerados.

Consequências do crime: o crime não teve maiores consequências. A bicicleta, embora riscada, foi recuperada e restituída ao proprietário.

Comportamento da vítima: em nada contribuiu na realização da figura típica.

Ponderadas as referidas circunstâncias judiciais, estabeleço a pena-base em reclusão de 1 (um) ano e 10 (dez) dias-multa, o mínimo legal.

Segunda fase – circunstâncias legais agravantes e atenuantes:

Sem olvidar da Súmula nº 231 do STJ (a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal), destaco:

i) Agravantes (arts. 61 e 62, CP): reincidência, conforme evidencia a folha de antecedentes do acusado no ev. XX.

ii) Atenuantes (arts. 65 e 66, CP): não há atenuantes.

Diante do reconhecimento da reincidência, exaspero a pena em 1/6, fixando-a, provisoriamente, em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Terceira fase de dosimetria – majorantes e minorantes

Não ocorrem causas de aumento ou diminuição de pena. A pena definitiva para o crime fica estabelecida em reclusão de 1 (um) ano e 2 (dois) meses e pagamento de 11 (onze) dias-multa, estes fixados à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

6.3.2 Valor do dia-multa

Definida a quantidade de dias-multa, falta a fixação do valor de cada um deles. Os *limites* para isso são conferidos pelo art. 49, § 1º do CP; o *critério* para essa valoração, no art. 60, *in verbis*:

§ 1º. O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a **um trigésimo** do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a **5 (cinco) vezes** esse salário

Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à **situação econômica do réu**.



ESCLARECENDO!



A *ratio* na aplicação do dia-multa é punir o sentenciado com o pagamento de uma multa correspondente a um dia do seu trabalho; assim, diante de um agente que auferir 1 (um) salário mínimo ao mês, deverá ser fixado o valor do dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo; lado outro, comprovando-se que o agente auferir 30 salários mínimos mensais, a fixação de cada dia-multa em um salário mínimo é plenamente proporcional. Inexistindo provas nos autos a respeito das condições financeiras do acusado, o valor será fixado no mínimo legal.

Ao contrário do caminho percorrido para a fixação a quantidade de dias-multa, a definição do seu valor não leva em consideração as circunstâncias judiciais e legais do crime, como ressalta BITTENCOURT:

Enfim, para a fixação do valor do dia-multa, leva-se em consideração, tão somente, a situação econômica do acusado, pois a gravidade do crime e a culpabilidade já foram valoradas na primeira operação (primeira fase) para fixar a quantidade de dias-multa. Para a verificação da real situação financeira do apenado, especialmente o quanto ganha por dia, o magistrado poderá determinar diligências para apurar com mais segurança a verdadeira situação do infrator, para se evitar a aplicação de pena exorbitante, algumas vezes (para o pobre), e irrisória e desprezível, outras vezes (para o rico). Dessa forma, atende-se à previsão do ordenamento jurídico-penal, que determina que se leve em conta, principalmente, e não exclusivamente, a situação econômica do acusado ().

Caso o valor do dia-multa seja fixado no máximo legal (cinco vezes o salário mínimo), o art. 60, § 1º do CP ainda prevê a possibilidade de o juiz triplicá-la, caso constate a sua ineficácia em relação à situação econômica do réu:

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

Em suma:

- ✓ para estabelecer a quantidade de dias multa: seguimos as fases de aplicação da pena, partindo de 10 dias-multa (o mínimo);
- ✓ para fixar o valor de cada dia-multa: observamos a situação econômica do réu. 💰

Por fim, prevalece o entendimento de que incide correção monetária sobre a pena de multa a partir da data do fato¹¹, como esclarece ESTEFAM:

¹¹ Não nos parece razoável considerar a data do fato. Isso porque o valor do salário mínimo já sofre reajuste, o que poderia implicar duplicidade de 'correções' da moeda.



Depois da edição da Lei n. 9.268/96, que alterou o regime jurídico da multa transformando-a em dívida de valor após o trânsito em julgado, ficou claro que sobre ela deve incidir correção monetária, desde a data do fato, a teor do disposto na Súmula 43 do STJ ("A correção monetária decorrente de dívida de ato ilícito deve incidir da data do efetivo prejuízo") (ESTEFAM, 2020).

Sugestão de abordagem do tema – logo após a fixação da pena definitiva e da quantidade de dias-multa:

O valor do dia-multa, tendo como referência a condição econômica demonstrada pelo acusado, que trabalha como servente de pedreiro, é arbitrado em 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo.

6.3.3 Concurso de crimes e multa

Estabelece o art. 72 do CP:

Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Significa dizer que, diante de concurso de crimes, independentemente da soma ou exasperação das sanções corporais, as penas de multa serão somadas.

O STJ fixou entendimento no sentido de que as disposições do art. 72 se aplicam ao concurso material e ao concurso formal, **mas não ao crime continuado**:

Conforme jurisprudência desta Corte, a regra do art. 72 do Código Penal - CP é aplicada às hipóteses de concurso formal ou material, não incidindo o referido dispositivo aos casos em que há reconhecimento da continuidade delitiva (AgRg no REsp 1843797/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020).

6.4. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

Estabelecida a reprimenda definitiva ao réu, o juiz deverá fixar o regime inicial para o seu cumprimento:

- a. fechado;
- b. semiaberto; ou
- c. aberto.

Penas de *reclusão* admitem qualquer dos três regimes; penas de *detenção* somente regime semiaberto ou aberto (como regime inicial), nos termos do art. 33, *caput* do CP:



Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Havendo concurso entre crimes punidos com *reclusão* e com *detenção*, o regime, segundo entendimento que sempre prevaleceu, deveria ser fixado separadamente, na medida em que, como visto, essas penas (distintas) não poderiam ser simplesmente somadas ou consideradas como se fossem uma só. A parte final do art. 69 e o art. 76 do CP parecem ir nesse sentido:

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

Em outros termos: de acordo com essa compreensão, mesmo o total da pena privativa de liberdade sendo superior a 8 anos, a *detenção*, especificamente, não poderia ser cumprida em regime fechado, na medida em que o art. 33 do CP não permitiria isso.

Por outro lado, repare na redação art. 111 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal):

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.



No que se refere à fase de execução da pena, então, surge a seguinte questão: as penas (de detenção e de reclusão) devem ser somadas/unificadas para efeito de estabelecer o regime de cumprimento, ou não?

O STJ tem tido entendimentos contraditórios nesse ponto. A título ilustrativo das divergências, inicialmente pela **possibilidade de unificação**, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 111 DA LEP. RÉU CONDENADO ÀS PENAS DE RECLUSÃO E DE DETENÇÃO. SOMATÓRIO DE AMBAS AS REPRIMENDAS PARA FIXAÇÃO DO REGIME. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No caso, o Tribunal de origem manteve a unificação das penas de reclusão e de detenção do paciente realizada pelo Juízo de Execução, fazendo com que sua pena de detenção seja cumprida já inicialmente em regime fechado, como se reclusão fosse. 2. Ao interpretar o art. 111, da LEP, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as penas de reclusão e as de detenção constituem reprimendas de mesma espécie, e portanto, para efeito de fixação do regime prisional, devem ser consideradas cumulativamente. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 418.296/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E DE RECLUSÃO. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. SANÇÕES DA MESMA ESPÉCIES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. As reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, haja vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no HC 502.549/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019)

Em outras oportunidades, a mesma Corte reafirma o entendimento que sempre prevaleceu, pela **impossibilidade de unificação**:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO DE INFRAÇÕES. REGIME PRISIONAL. DETENÇÃO E RECLUSÃO. ORDEM DE CUMPRIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Dispõe o art. 69 do Código Penal que "no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, executa-se primeiro aquela". 2. A pena de reclusão é cumprida inicialmente nos regimes fechado, semiaberto e aberto, enquanto que a detenção, em princípio, somente pode ter início nos regimes semiaberto ou aberto. 3. Para a fixação do regime, o juiz deve estabelecer o regime compatível para a reclusão e, depois, o compatível para a detenção. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1807188/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2019)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SOMATÓRIO PARA DETERMINAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. PRERROGATIVA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. 1. A teor do art. 76 do Código Penal, em casos de concurso de infrações com tipos de gravidade diferentes, deve-se executar primeiro a pena mais grave. 2. No cálculo da liquidação das penas impostas, é imprescindível que seja observada a ordem de gravidade dos delitos, ressaltando-se a impossibilidade de unificação das penas de reclusão e detenção para determinar o regime de cumprimento de pena. 3. Habeas corpus concedido. (HC 505.768/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019)

O STF é que, aparentemente, está mudando o entendimento ortodoxo. Nesse sentido:

DECISÃO: Ementa: Processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Unificação das penas. Penas privativas de liberdade. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido de concessão de liminar, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E DE RECLUSÃO. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE. SANÇÕES DA MESMA ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes. 2. As

reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, haja vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie. Precedentes do STF e desta Corte Superior de Justiça. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.” 2. Extraí-se dos autos que o Juízo das Execuções Penais procedeu à unificação da penas do paciente determinando o cumprimento no regime fechado. A defesa interpôs Agravo em Execução perante o Tribunal local, que negou provimento ao recurso defensivo. 3. Contra esta decisão sobreveio a impetração de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça. O Relator do HC 538.896, Min. Ribeiro Dantas, indeferiu a liminar e, posteriormente, não conheceu do *habeas corpus*. Interposto agravo regimental, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade, negou provimento ao recurso. 4. Neste recurso ordinário, a defesa sustenta que “as penas de detenção e de reclusão possuem cada uma delas particularidades que devem ser respeitadas no momento da unificação”. Com essa argumentação requer a concessão da “ordem para determinar que a pena de detenção imposta ao recorrente fique sobrestada até que possa ser cumprida simultaneamente com a de reclusão”. Decido. 5. O recurso ordinário não deve ser provido. 6. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “o art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão. De modo que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão” (RHC 118.626, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia). Veja-se a ementa do referido precedente: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS REGRAS DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. O art. 111 da Lei de Execução Penal estabelece que, em condenação por mais de um crime, para a determinação do regime de cumprimento considera-se o resultado da soma ou unificação das penas, independentemente de serem de detenção ou reclusão. 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que a soma ou unificação das penas em execução definem o regime prisional de seu cumprimento, podendo o resultado implicar a regressão. Precedentes. 3. Recurso ao qual se nega provimento.” 7. No caso, a autoridade impetrada não divergiu desse entendimento ao entender que, “ao interpretar o art. 111, da LEP, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as penas de reclusão e as de detenção constituem reprimendas de mesma espécie, e portanto, para efeito de fixação do regime prisional, devem ser consideradas cumulativamente”. 8. Diante do exposto, com base no art. 192, c/c o art. 312, ambos do RI/STF, nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus. Publique-se. Brasília, 20 de abril de 2020. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator (RHC 184218, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/04/2020)

Diante das divergências, temos de esperar que a jurisprudência se consolide, defina o impasse e traga segurança jurídica. Nos parece, s.m.j., que deve ser uma opção ou outra. Não conseguimos enxergar razão para adoção de entendimentos diferentes (*discrimen*) em fase de conhecimento e em fase de execução, até porque o art. 111 da LEP refere a unificação no “mesmo processo ou em processos distintos”. E não faria sentido o juiz da sentença adotar um critério e o juiz da execução, logo que se inicia o cumprimento da pena, outro.



Nesse sentido, fazendo o *discrimen*, citamos um último julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DAS PENAS DE DETENÇÃO E RECLUSÃO. SOMATÓRIO. POSSIBILIDADE. ART. 111 DA LEP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O presente recurso cuida de hipótese de unificação de penas, regida pelo art. 111 da Lei de Execução Penal, e não de fixação inicial de regime inicial de cumprimento das reprimendas, no caso de concurso de infrações, situação em que são aplicáveis os arts. 69 e 76 do Código Penal. 2. Em se tratando de execução penal "[a]s reprimendas de reclusão e de detenção devem ser somadas para fins de unificação da pena, haja vista que ambas são modalidades de pena privativa de liberdade e, portanto, configuram sanções de mesma espécie" (AgRg no HC n.º 538.896/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020.) 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1619879/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020)

ESCLARECENDO!



De qualquer modo, a recomendação atual é que, pelo menos em fase de conhecimento (e para efeito de elaboração de sentença em concursos), sigamos no entendimento ortodoxo e majoritário nos tribunais do país, respaldados pelos arts. 33, 69 e 76 do Código Penal. Ou seja, com as palavras do próprio STJ: *Para a fixação do regime, o juiz deve estabelecer o regime compatível para a reclusão e, depois, o compatível para a detenção, sem a unificação ou a soma na sentença.*

Indo adiante, os §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal estabelecem critérios para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Diante disso, conclui-se que a fixação do regime de cumprimento de pena levará em consideração:

- i) a natureza da pena privativa de liberdade;
- ii) o *quantum* da pena definitiva;
- iii) a reincidência (ou não) do réu;



- iv) a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima (art. 59 do CP);
- v) a detração de pena.

Assim, não obstante a quantidade de pena, nada impede seja fixado regime mais gravoso ao réu do que o em tese aplicável pelo art. 33, § 2º do CP – desde que haja a devida fundamentação. A título de exemplo, pode-se fixar o regime inicial fechado para o cumprimento de uma pena inferior a 8 (oito) anos, desde que as peculiaridades do caso assim recomendem e seja essa conclusão idoneamente fundamentada. Aliás, dispõe a Súmula 719 do STF:

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Mostra-se inviável a fixação do modo aberto para o início do cumprimento da pena, não obstante a sanção cominada à ré seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável (os maus antecedentes) e da reincidência, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal e da Súmula 269/STJ (AgRg no HC 559.387/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Ademais, quanto ao modo prisional imposto ao Agravante, diante da sua reincidência, não verifico ilegalidade na estipulação do regime inicial fechado, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal e a reprimenda final não exceda a 8 (oito) anos de reclusão, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal. (AgRg no HC 524.600/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2020).

Não obstante a pena do agravante ter sido fixada em *quantum* inferior a 4 anos, o regime prisional a ser imposto deve ser o mais gravoso - no caso, o semiaberto, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, tendo em vista tratar-se de réu reincidente (AgRg no AREsp 1617068/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020).

A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes. (HC 516.607/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019).

FIQUE ATENTO!



Ainda quanto ao regime inicial de pena, importantíssimas as seguintes súmulas:

Súmula 269/STJ. É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.



Súmula 440/STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Súmula 718/STF. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

6.4.1 Detração

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, o juiz ainda deverá levar em consideração eventual detração da pena, nos termos do art. 387, § 2º do CPP:

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Essa espécie de detração, portanto, nada mais é do que o desconto do tempo em que o réu tenha permanecido preso ou internado a ser operado sobre a pena definitiva para a determinação do regime inicial. O resultado da operação é, então, cotejado com as disposições do art. 33, § 2º do CP; caso o desconto diminua a pena a ponto de fazer incidir regime de pena menos gravoso, o juiz poderá aplicá-lo¹²; caso não haja tempo a descontar ou não redunde ele em qualquer diferença, o regime não se altera.

Justamente em razão de a detração constituir mais um critério de fixação do regime, recomenda-se a sua análise concomitante ou anterior aos demais fatores a fim de que se proceda a essa avaliação apenas uma vez. Assim, evita-se a contraproducente hipótese de, por exemplo, fixar-se o regime *fechado* de cumprimento de pena para, imediatamente depois, modificá-lo para o *semiaberto* em virtude da detração.

Note-se, contudo, que essa operação é feita de forma hipotética, apenas para fixação do regime; o *quantum* fixado para a pena definitiva continuará o mesmo. Com efeito, a detração aqui tratada não se confunde com a detração propriamente dita prevista no art. 42 do CP e art. 66, III, "c" da Lei de Execuções Penais, a qual é reconhecida pelo juízo da execução.

¹² Diz-se "poderá" porque eventual redução da pena para alguém de um patamar estabelecido no art. 33, § 2º do CP pela detração, por si só, não significará a fixação do regime menos gravoso. Ora, a consideração dos demais elementos do caso concreto, como a reincidência e as circunstâncias judiciais, continua sendo de rigor e não podem ser desprezadas. Nesse sentido, o STJ: "E, embora a reprimenda não tenha ultrapassado 8 anos, a circunstância judicial desfavorável (quantidade da droga) justifica a fixação do regime inicial fechado, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, §2º, do Código de Processo Penal - CPP). (AgRg no REsp 1846545/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020).

De plano se pode visualizar uma modalidade diferente de detração a ser reconhecida na própria sentença condenatória. Impende destacar de início que não se trata de detração do tempo de privação de liberdade na pena e sim de sua consideração para a fixação do regime penitenciário para o início do seu cumprimento. Significa que o magistrado não poderá modificar a pena definitiva fixada. O total da pena imposta, sem a detração, deverá ser considerado para todos os demais efeitos penais e incidentes na execução. (Pacelli, et al., 2018).

Em verdade, caberia, por boa técnica, em se reconhecendo detração de pena, mencionar a quantidade de pena remanescente a ser cumprida ao final do item destinado à fixação do regime.

Ainda, registre-se que nem sempre será possível realizar esse cálculo durante a sentença condenatória. Em algumas hipóteses o juiz pode se abster de aplicar essa 'detração', deixando a questão para o juízo da execução penal. Diante de outras condenações, por exemplo, pode se fazer necessária a unificação das penas para fixar o regime de cumprimento – tarefa que ficará ao encargo do juízo da execução:

[...] se a regra, doravante, é que a detração seja feita na própria sentença condenatória (CPP, art. 387, § 2º), não se pode olvidar que, em certas situações, é praticamente inviável exigir-se do juiz sentenciante tamanho grau de aprofundamento em relação à situação prisional do condenado. Basta supor hipótese de acusado que tenha contra si diversas prisões cautelares decretadas por juízos diversos, além de inúmeras execuções penais resultantes de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Nesse caso, até mesmo como forma de não se transformar o juiz do processo de conhecimento em verdadeiro juízo da execução, o que poderia vir de encontro ao princípio da celeridade e à própria garantia da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), haja vista a evidente demora que a análise da detração causaria para a prolação da sentença condenatória na audiência una de instrução e julgamento, é possível que o juiz sentenciante se abstenha de fazer a detração naquele momento, o que, evidentemente, não causará maiores prejuízos ao acusado, já que tal benefício será, posteriormente, analisado pelo juízo da execução. Para tanto, deverá o juiz do processo de conhecimento apontar, fundamentadamente, os motivos que inviabilizaram a realização da detração na sentença condenatória (LIMA, 2018).

Por fim, conforme já consolidado na jurisprudência do STJ, na detração do art. 387, § 2º do CPP não se verifica qualquer relação com o instituto da progressão de regime e seus requisitos específicos, que é matéria afeta ao juízo da execução. Trata-se apenas de análise quanto à fixação do regime:

A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal **não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime**, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração (HC n. 540.742/SP [...]) (AgRg no AREsp 1617068/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2020).

O art. 387, § 2º, do CPP se refere à possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do CP. Ocorre que, se estiverem ausentes, nos autos, os elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, é consolidado o entendimento desta Corte Superior no sentido de que caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do envolvido autoriza a fixação de regime mais brando, como no presente caso. (AgRg no HC 575.711/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020).

Sugestão de abordagem do tema – fixação de regime e análise da detração:

- 1)** *O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto (art. 33, § 2º, “b” e § 3º do Código Penal), tendo em vista a quantidade da pena fixada e a reincidência do acusado. Atento às disposições da Lei nº 12.736/2012, saliento que o curto período de tempo que o acusado permaneceu preso não altera o regime inicial de cumprimento de pena.*
- 2)** *O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, tendo em vista não só o aspecto objetivo/quantitativo previsto no artigo 33 do Código Penal, mas levando em consideração também as circunstâncias previstas no § 3º desse dispositivo penal – todas favoráveis ou neutras ao acusado. Não houve qualquer custódia provisória do acusado, de maneira que não há detração a se avaliar nos termos do art. 387, § 2º do CPP.*
- 3)** *Pela análise da detração da pena (art. 387, §2º, do CPP), verifica-se que o acusado permaneceu preso provisoriamente nestes autos de 29-10-2014 (data do fato) até 29-05-2015, conforme informação de cumprimento de alvará de soltura constante no evento XX. Assim, o período de 7 meses em que réu esteve preso provisoriamente deve ser ‘descontado’ da pena definitiva fixada para efeito de determinação de regime inicial de pena privativa de liberdade. Dessa forma, resta ao acusado o cumprimento de pena privativa de liberdade em relação a oito (meses) de reclusão. Diante disso, o regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, tendo em vista não só o aspecto objetivo/quantitativo previsto no artigo 33 do Código Penal, mas levando em consideração também as circunstâncias previstas no § 3º desse dispositivo penal*
- 4)** *O regime inicial de cumprimento de pena para o crime punido com reclusão será o fechado; para os delitos sancionados com detenção, o semiaberto. Nesse ponto, não obstante o ‘quantum’, há se levar em conta a multirreincidência e a existência de circunstância judicial desfavorável. As penas de reclusão e detenção deverão ser cumpridas na forma do artigo 69, ‘caput’, c/c artigo 76, ambos do Código Penal. Atento às disposições da Lei nº 12.736/2012, saliento que o curto período durante o qual o acusado permaneceu preso e a existência de condenações anteriores recomendam (ante a provável unificação/soma das penas - art. 111, LEP) que o regime de cumprimento seja avaliado pelo juízo das execuções penais.*

6.5. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

As penas restritivas de direito são importantes alternativas às penas privativas de liberdade, devendo substituí-las quando preenchidos os requisitos legais para tanto e se mostrarem como a



resposta punitiva mais eficaz ao condenado, na medida em que a restrição da liberdade nem sempre, como se sabe, cumprirá esse papel.

Como leciona ESTEFAM, são três as principais características dessa espécie de pena:

- **autônomas**: não são penas 'accessórias', até porque essa diferenciação foi abandonada com a Reforma do Código Penal em 1984;
- **substitutivas**: em regra, não são previstas diretamente no tipo penal como a sanção aplicável, mas fixadas em substituição às penas privativas de liberdade. Exemplo de exceção a essa regra são os artigos 302 e 303 do Código de Trânsito Brasileiro, que também preveem a suspensão ou proibição em relação à permissão ou habilitação para condução de veículos;
- **conversíveis em prisão**: o descumprimento da pena restritiva de direitos durante a fase executória *deverá* (art. 44, § 4º do CP) e a superveniência de condenação que seja incompatível com o seu cumprimento *poderá* (§ 5º) ensejar a sua conversão em pena privativa de liberdade (ESTEFAM, 2020).

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

Havendo descumprimento injustificado das condições impostas, no tocante à pena restritiva de direitos, o sentenciado perderá o benefício que lhe foi concedido, regressando à reprimenda inicial, qual seja, privativa de liberdade, como se pode depreender do disposto no artigo 44, § 4º, primeira parte, do Código Penal.

Esta Corte já firmou entendimento no sentido da possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos, na modalidade de prestação pecuniária, em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do Código Penal (AgRg no HC 516.321/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª TURMA, julgado em 24/09/2019).

6.5.1 Espécies de penas restritivas de direito

O art. 43 do CP prevê cinco tipos de penas restritivas de direito (PRDs), *in verbis*:

Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I - prestação pecuniária;

II - perda de bens e valores;

III - limitação de fim de semana.

IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V - interdição temporária de direitos

I – Prestação pecuniária: prevista no art. 45, §§ 1º e 2º do CP:



§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

A *quantum* da prestação pecuniária levará em consideração as peculiaridades do caso concreto e a situação econômica do agente, tendo como norte a necessária repressão ao delito, sem se olvidar do seu caráter reparatório/indenizatório:

A jurisprudência uníssona das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte entende que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com a situação econômica do réu e as peculiaridades do caso concreto, decidir o *quantum* do ajuste da multa substitutiva [referindo-se à prestação pecuniária], suficiente para prevenir e reprimir o delito, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (AgRg no AREsp 1195182/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2019).

Outrossim, segundo entendimento do STJ, o valor do salário mínimo a ser levado em consideração é o da época do pagamento:

A pena restritiva de direitos consistente na prestação pecuniária deve ser calculada com base no valor do salário mínimo vigente à época do pagamento. (EDcl no HC 529.379/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020).

II – Perda de bens e valores: encontra previsão no art. 45, § 3º do Código Penal:

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

Por “bens e valores” entenda-se o patrimônio do condenado, de modo que essa pena incidirá sobre bens e valores lícitos de sua propriedade. Essa pena restritiva não deve ser confundida com o *confisco*, como *efeito da pena* (art. 91, II do CP), o qual incide sobre os *instrumentos e produtos do crime*, como registra BITTENCOURT:

Há duas distinções básicas entre “confisco-pena” e “confisco-efeito da condenação”:
1ª) o *confisco-efeito* destina-se à *União*, como receita não tributária, enquanto o *confisco-pena* destina-se ao Fundo Penitenciário Nacional; 2ª) o objeto do *confisco-efeito* são os *instrumentos e produtos do crime* (art. 91, II, do CP), enquanto o objeto do *confisco-pena* é o *patrimônio* pertencente ao condenado (art. 45, § 3º, do CP). Não é, lamentavelmente, nem a *reparação do prejuízo* causado nem o *proveito do crime*.



Esses dois — prejuízo causado e proveito do crime — servem apenas de parâmetro para o cálculo (BITTENCOURT, 2020).

III – Limitação de fim de semana: prevista no art. 48 do Código Penal:

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

Na ausência de casa de albergado (é a regra), entende o STJ que o cumprimento da limitação será realizado em outro estabelecimento adequado ou no próprio domicílio do condenado:

Nas situações em que não houver casa de albergado na localidade, esta Corte já entendeu que o cumprimento da pena de limitação de fim de semana deve se dar em outro estabelecimento adequado ou em regime domiciliar. (REsp 1716888/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018).

IV – Prestação de serviços à comunidade: trata-se de pena restritiva de direitos aplicável a condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade. É detalhada no art. 46 do CP:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada.

Perceba que não caberá ao juiz sentenciante a fixação do modo de cumprimento da prestação de serviços (v.g. qual entidade receberá o serviço, dias e horários do cumprimento, carga horária diária etc.), porquanto isso será matéria de definição pelo juízo da execução, nos termos do art. 149 da Lei de Execuções Penais.

Portanto, não precisamos nos preocupar com isso quando da elaboração da sentença.



V – Interdição temporária de direitos: o Código Penal, em seu art. 47, prevê cinco espécies de interdição temporária de direitos:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV - proibição de frequentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

O referido rol deve ser analisado em conjunto com os arts. 56 e 57 do Código Penal:

Art. 56 - As penas de interdição, previstas nos incisos I e II do art. 47 deste Código, aplicam-se para todo o crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhes são inerentes.

Art. 57 - A pena de interdição, prevista no inciso III do art. 47 deste Código, aplica-se aos crimes culposos de trânsito.

Assim, conclui-se que as interdições previstas nos incisos I a III do art. 47 são **interdições específicas** – aplicáveis apenas a determinadas espécies de crimes; a seu turno, as previstas nos incisos IV e V são **genéricas** – aplicáveis independentemente do tipo penal.

6.5.2 Requisitos para substituição

Nos termos do art. 44 do CP, a substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos possui os seguintes requisitos:

- 1) nos crimes *dolosos*:
 - a. crime não praticado mediante violência ou grave ameaça e;
 - b. pena privativa de liberdade aplicada não superior a 4 (quatro) anos;
- 2) nos crimes *culposos*: independentemente da pena;



- 3) réu, em regra, não reincidente em crime doloso¹³;
- 4) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

6.5.3 Critérios a serem adotados e a multa vicariante

Diante de um caso de substituição da pena, os critérios a serem considerados pelo magistrado estão elencados no art. 44, § 2º do CP, que pode ser assim sintetizado:

- **condenação igual ou inferior a um ano** (§ 2º, primeira parte): a pena privativa de liberdade poderá ser substituída por multa ou por uma pena restritiva de direitos;
- **condenação superior a um ano** (§ 2º, *in fine*): pode ser substituída por pena restritiva de direitos + multa, ou por duas restritivas de direitos.

Observe-se que a multa, como pena substitutiva – *vicariante*, é prevista diversamente em dois dispositivos do Código Penal:

Art. 44. § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

Art. 60. § 2º - A pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Em razão de a previsão do art. 44, § 2º ser não apenas mais recente como também mais benéfica ao condenado, entende-se que o art. 60, § 2º, que limita a substituição por pena de multa às condenações não superiores a 6 (seis) meses, encontra-se tacitamente revogado.

Ao demais, em havendo a previsão cumulativa da pena de multa no tipo penal (*v.g.* "...e multa"), não deverá haver a substituição da pena privativa de liberdade por uma segunda pena de multa:

Súmula 171/STJ. Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.

¹³ Não obstante a verificação da reincidência do acusado, ainda assim poderá o magistrado substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, observando, para tanto, as disposições do § 3º do art. 44 do CP: "*§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime*".

Atualmente o STJ estendeu o referido entendimento sumulado aos demais casos:

Nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, não se mostra socialmente recomendável a aplicação de uma nova pena de multa, em caráter substitutivo, no caso de o preceito secundário do tipo penal possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se privilegiar a incidência de duas medidas restritivas de direitos nessa hipótese. (AgRg no HC 480.970/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019).

Sugestões de abordagem do tema:

1) *Substituição da pena: a pena privativa de liberdade não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e o réu não é reincidente, com circunstâncias judiciais favoráveis (art. 44, CP). Assim, substituo a pena privativa de liberdade (superior a 1 ano - § 2º) por duas restritivas de direito, a saber, a prestação de serviços à comunidade (art. 46, CP), à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e a limitação de fim de semana (art. 48, CP). Registre-se que a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado (§ 4º).*

2) *A pena privativa de liberdade não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e a ré não é reincidente, com circunstâncias judiciais favoráveis (art. 44, CP). Assim, substituo a pena privativa de liberdade (inferior a 1 ano - § 2º) por uma restritiva de direitos, a saber: a prestação pecuniária, no importe de um (1) salário mínimo (âmbito nacional), porque mais adequada e suficiente à reprovação e prevenção do crime*

3) *Suspensão e substituição da pena: incabíveis por empeco legal (art. 44 e 77 do CP) – ‘quantum’ de pena e reincidência, também por demonstrar o condenado que esses benefícios não seriam necessários e suficientes para a reprovação e prevenção dos crimes (art. 44, I e III c/c art. 59, CP).*

6.6 SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (SURSI)

Trata-se de mais um instituto de política criminal imbuído do espírito de evitar o recolhimento do condenado à prisão. O *sursis* consiste na suspensão da execução da pena por um determinado prazo (período de prova), ficando o condenado obrigado ao cumprimento de algumas condições durante esse tempo.

Assinale-se que a suspensão condicional da pena apenas será avaliada caso não seja cabível ou indicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos do art. 44 do CP.

Em relação aos crimes hediondos, há precedentes no STF e STJ sobre a aplicabilidade da suspensão condicional da pena:

NORMAS PENAIAS - INTERPRETAÇÕES. As normas penais restritivas de direitos não de ser interpretadas de forma teleológica - de modo a confirmar que as leis são feitas para os homens -, devendo ser afastados enfoques ampliativos. **SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - CRIME HEDIONDO - COMPATIBILIDADE.** A interpretação sistemática dos textos relativos aos crimes hediondos e à suspensão condicional da

pena conduz à conclusão sobre a compatibilidade entre ambos. (HC 84414, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/09/2004).

Esta Corte Superior de Justiça se posicionou no sentido da possibilidade de conceder a suspensão condicional da pena a condenado por crime hediondo, desde que preenchidos os requisitos do art. 77, § 2º, do Código Penal. (REsp 1320387/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016).

6.6.1 Espécies de *sursis*

A doutrina aponta, pelo cotejo dos arts. 77 e 78 do CP, a existência de quatro espécies de *sursis*:

1) ***Sursis simples***: é o previsto no art. 77 c/c art. 78, § 1º do CP:



- Pressupostos: pena privativa de liberdade não superior a 2 anos;
- Período de prova: 2 a 4 anos;
- Requisitos para concessão:
 - i) condenado não reincidente em crime doloso¹⁴;
 - ii) circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis;
 - iii) não ser indicada ou cabível a substituição do art. 44 do CP.
- Condições: arts. 78, § 1º e 79 do CP:

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado

2) ***Sursis especial***: previsto no art. 77 c/c art. 78, § 2º do CP:

- Pressupostos:
 - i) pena privativa de liberdade não superior a 2 anos;
 - ii) reparação do dano ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo;
 - iii) condições judiciais inteiramente favoráveis.
- Período de prova: igual ao *sursis* simples;

¹⁴ Condenação anterior por pena de multa não obsta o *sursis*, nos termos do art. 77, § 1º do CP e também da Súmula 499 do STF: "Não obsta à concessão do "sursis" condenação anterior à pena de multa".

- Requisitos para concessão: iguais ao *sursis* simples;
- Condições: arts. 78, § 2º e 79 do CP:

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de frequentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

3) *Sursis* etário: previsto no art. 77, § 2º, primeira parte, do CP:

- Pressupostos: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos.
- Período de prova: 4 a 6 anos.
- Requisitos: condenado maior de 70 (setenta) anos de idade.
- Condições: as mesmas do *sursis* simples ou, caso tenha reparado o dano ou comprovado a impossibilidade de fazê-lo, as mesmas do *sursis* especial.

4) *Sursis* humanitário: previsto no art. 77, § 2º, segunda parte, do CP:

- Pressupostos: iguais ao do *sursis* etário;
- Período de prova: igual ao do *sursis* etário;
- Requisitos: condenado com problemas de saúde que justifiquem a concessão do benefício;
- Condições: idem ao *sursis* etário.

Sugestões de abordagem do tema:

1) Deixo de conceder o benefício do 'sursis' em razão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 77, III do CP).

2) O 'sursis' é incabível por conta da substituição operada (art. 77, III do CP).

3) A substituição e a suspensão condicional da pena são incabíveis por empeco legal (art. 44 e 77 do CP) – quantum de pena e reincidência, também por demonstrar o condenado que esses



benefícios não seriam necessários e suficientes para a reprovação e prevenção dos crimes (art. 44, I e III c/c art. 59, CP).

4) Suspensão condicional da pena: diante da pena aplicada e levando em conta o teor do art. 77 do CP, há se garantir ao acusado o benefício da suspensão condicional da pena, pelo prazo de dois (2) anos, na forma do art. 78 do CP. Com fundamento no art. 156 e seguintes da Lei de Execução Penal, bem como nos arts. 77 e seguintes do Código Penal, tomando em conta a inexistência de dano efetivo e as circunstâncias judiciais favoráveis, durante a integralidade do período de prova, o acusado deverá cumprir as seguintes condições:

- a) proibição de frequentar bares, prostíbulos e estabelecimentos afins;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz, quando a ausência perdurar por mais de 8 dias;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

6.7. EFEITOS DA CONDENAÇÃO

O trânsito em julgado da sentença penal condenatória submete o condenado a uma série de consequências penais e extrapenais, denominadas de *efeitos da condenação*. Esses efeitos se subdividem em **principal/primário** e **secundários**.

6.7.1 Efeito principal ou primário da condenação



É a imposição da sanção penal – pena ou medida de segurança.

Perceba-se, todavia, que a medida de segurança, aqui, diz respeito àquela aplicada em sentença condenatória em desfavor de réu semi-inimputável (art. 26, parágrafo único do CP). A medida segurança aplicada a réu inimputável, em sede de absolvição imprópria, naturalmente, não será efeito de ‘condenação’.

6.7.2 Efeitos secundários da condenação

Podem ser **penais** ou **extrapenais**.

1. **Efeitos secundários penais**: são as consequências automáticas que uma condenação transitada em julgado opera em relação aos vários institutos de Direito Penal e Processual Penal. Justamente por serem automáticos, não precisam ser constar expressamente na sentença.

Assim, uma sentença penal condenatória transitada em julgado:

- 1.1. induz a reincidência do agente, caso haja prática de nova infração penal;
- 1.2. impede, em regra, futura suspensão condicional da pena ou suspensão condicional do processo;
- 1.3. implica revogação obrigatória ou facultativa da suspensão condicional da pena;



- 1.4. implica revogação de livramento condicional;
- 1.5. interrompe e aumenta o prazo da prescrição da pretensão executória;
- 1.6. impede o reconhecimento de privilegiadora em determinados tipos penais (v.g. furto, estelionato e receptação).
2. **Efeitos secundários extrapenais**: consequências que desbordam do campo penal. Podem ser gerais/genéricos ou específicos.

2.1. Efeitos secundários extrapenais gerais/genéricos: estão previstos no art. 91 do CP. Também são consequências automáticas da condenação criminal transitada em julgado, sendo, em regra, desnecessária a sua expressa menção na sentença.

2.1.1. Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (inc. I):

A sentença condenatória constitui título executivo judicial apto a ser executado no juízo cível, nos termos do art. 63 do CPP:

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.

Perceba-se que, em havendo pedido expresso nesse sentido, o juiz fixará, na própria sentença, valor mínimo para indenização do ofendido, considerando os prejuízos sofridos em decorrência do crime (art. 387, IV do CPP):

Esta Corte Superior de Justiça, conforme consignado no *decisum* reprochado, possui entendimento consolidado no sentido de que "a aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa" (AgRg no AREsp n. 1.309.078/PI [...]) (AgRg no REsp 1867135/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

2.1.2. Confisco – perda, em favor da União, de instrumentos e produtos do crime (inc. II):

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Os instrumentos do crime consistem nos objetos utilizados para a prática da infração (como gazuas, armas de fogo não registradas, petrechos para falsificação de moedas etc.). BITTENCOURT, com razão, adverte:

Nem sempre o confisco será obrigatório. A lei determina a apreensão dos instrumentos utilizados na prática do crime (art. 240, § 1º, d, do CPP), quaisquer que sejam eles. No entanto, não admite o confisco indistintamente de todo e qualquer instrumento do crime, mas tão somente daqueles instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, II, a, do CP). Na verdade, confiscam-se aqueles instrumentos que, por sua destinação específica, são usados na prática de crimes, ou cujo uso ou porte sejam proibidos. Com essa previsão, nosso legislador visou evitar o confisco de utensílios profissionais, de trabalho, de estudo, enfim, objetos de uso lícito. Assim, o bisturi do médico, o automóvel que atropela a vítima, a navalha do barbeiro, embora *instrumenta sceleris*, não podem ser confiscados ().

Ainda, percebe-se que o dispositivo ressalva o direito de lesados ou terceiros de boa-fé; embora eventual restituição, a bem da verdade, seja excepcional, na medida em que os instrumentos do crime tratados já carregam em si um 'ar' de ilicitude.

A propósito, o STJ consolidou a orientação de que nos crimes de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/2003), sequer será concedido prazo para regularização do armamento – o que seria possível em caso de 'posse' (art. 16) –, ocorrendo sua perda em favor da União:

3. No que se refere à aplicação do art. 25 da Lei n. 10.826/2003, melhor sorte assiste ao recorrente, haja vista a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça determinar o perdimento de armas de fogo nas hipóteses em que há a condenação pelo art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, conforme o caso concreto.

4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a condenação por porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento do armamento apreendido, em razão do disposto nos arts. 91, II, 'a', do CP e 1º da LCP (REsp 83.359/SP, Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/1999, DJ 21/02/2000). [...] O perdimento do armamento apreendido é um efeito da prática da conduta tipificada no art. 14, *caput*, do Estatuto do Desarmamento, não podendo ser conferido prazo para regularização do artefato, haja vista que tal providência somente é cabível nos casos de posse de arma de fogo, não sendo aplicada à hipótese de porte, como o caso dos autos (REsp n. 1.666.879/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018).

5. Recurso especial parcialmente provido para cassar o acórdão recorrido, no sentido de determinar o perdimento da arma de fogo em favor da União, nos termos do art. 25 da Lei n. 10.826/2003 (REsp 1756202/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019).

Produtos e proveitos do crime são “as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto, auferido pelo agente com a prática criminoso. É indispensável, no entanto, que uma seja a causa do outro, isto é, que haja a demonstração inequívoca do vínculo entre a infração penal praticada e o proveito obtido (a coisa ou vantagem adquirida)” (BITTENCOURT, 2020).

CURIOSIDADE



A propósito, por não se tratar de um efeito penal da condenação, entende-se que os produtos e proveitos dos crimes podem ser exigidos dos sucessores do condenado, não incidindo, aqui, a intranscendência ou personalidade da pena.

O não encontro dos produtos e proveitos do crime ou o fato de eles se encontrarem no exterior permite que o magistrado decrete a perda de bens ou valores equivalentes, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 91:

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Ao demais, note-se que a perda de instrumentos e produtos ou proveitos do crime também pode estar prevista em legislações especiais, hipótese em que prevalecerão as disposições específicas. É o que ocorre na Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento, art. 25 e parágrafos; Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, art. 63¹⁵; e Lei 9.605/1998 – Lei de Crimes Ambientais, art. 25 e parágrafos:

Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei; [...]

Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: (Redação dada pela Lei nº 13.840, de 2019)

I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; [...]

¹⁵ Perceba-se que, no caso da previsão da Lei de Drogas, há menção à necessidade de o magistrado decidir acerca da perda do bem na sentença.

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

§ 1º Os animais serão prioritariamente libertados em seu habitat ou, sendo tal medida inviável ou não recomendável por questões sanitárias, entregues a jardins zoológicos, fundações ou entidades assemelhadas, para guarda e cuidados sob a responsabilidade de técnicos habilitados.

§ 2º Até que os animais sejam entregues às instituições mencionadas no § 1º deste artigo, o órgão atuante zelará para que eles sejam mantidos em condições adequadas de acondicionamento e transporte que garantam o seu bem-estar físico.

§ 3º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.

§ 4º Os produtos e subprodutos da fauna não perecíveis serão destruídos ou doados a instituições científicas, culturais ou educacionais.

§ 5º Os instrumentos utilizados na prática da infração serão vendidos, garantida a sua descaracterização por meio da reciclagem.

2.1.3. 'Confisco alargado' e confisco nas organizações criminosas – art. 91-A, caput e § 5º do CP

Com o advento da Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime – e a consequente inclusão do art. 91-A ao Código Penal, instituiu-se uma nova modalidade de confisco, que vem sendo denominado de *confisco alargado*:

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

Aplicando-se apenas a infrações penais com pena máxima prevista (perceba que o dispositivo não emprega o termo 'aplicada') superior a 6 anos, o confisco alargado atinge a diferença entre o valor do patrimônio do condenado e o valor compatível com seu rendimento lícito, acoimando-a de 'produto ou proveito do crime'.

Todavia, para que haja incidência dessa modalidade de confisco, exige-se que a medida seja expressamente requerida por ocasião do oferecimento da peça acusatória, possibilitando-se o exercício do contraditório e ampla defesa pelo réu:

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.



Em sendo cabível a sua decretação na sentença, o magistrado deverá declarar o valor da diferença constatada no patrimônio do condenado e especificar os bens sobre os quais incidirá a medida:

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

Por fim, a aludida lei também estabeleceu a possibilidade de perda de instrumentos do crime empregados por organizações criminosas, em favor da União ou dos Estados, mesmo que, em tese, inofensivos:

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.

2.1.4. Suspensão dos direitos políticos – art. 15, III da CF

Enquanto durarem os efeitos da condenação penal transitada em julgada, por imperativo constitucional, o condenado estará com seus direitos políticos suspensos:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Como expõe ESTEFAM, “a essência de referidos direitos consiste no direito eleitoral de votar (direito político ativo) e ser votado (direito político passivo)” (ESTEFAM, 2020).

Com a extinção da punibilidade do condenado pelo cumprimento da pena, os direitos políticos serão restabelecidos.

2.2. Efeitos secundários extrapenais específicos: previstos no art. 92 do CP, são consequências que não decorrem automaticamente da sentença penal condenatória transitada em julgada. Apenas terão incidência diante de pronunciamento judicial expresso, quando cabíveis.

Os efeitos específicos da condenação, em suas três versões, objetivam afastar o condenado da situação criminógena, impedindo que se oportunizem as condições que, provavelmente, poderiam levá-lo à reincidência: reforça a proteção dos bens jurídicos violados e previne a reiteração da conduta delituosa ().

2.2.1. Perda de cargo, função pública ou mandato eletivo (inc. I)

As alíneas do referido inciso dão conta de que essa perda ocorrerá em *duas* situações:



- a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Portanto, admite-se esse efeito extrapenal em caso de:

- a) Condenação por crimes cometidos com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública a uma *pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano*;
- b) Condenação por qualquer crime a uma *pena privativa de liberdade superior a 4 anos*. O critério, aqui, é unicamente quantitativo; não importa a existência ou não de relação entre o crime praticado e o cargo, função pública ou mandato eletivo.

Não será admitido, por consequência:

- a) Em penas privativas de liberdade inferiores a um ano;
- b) Quando operada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nos termos do parágrafo único do art. 92, a aplicação deste efeito deverá ser motivada na sentença:

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

2.2.2. Incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela (inc. II)

Será aplicável em caso de condenação por crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão praticados contra outro titular do mesmo poder familiar, filhos, descendentes, tutelados ou curatelados:

II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

A incapacidade ora examinada não exige como requisito o abuso do pátrio poder, tutela ou curatela, presumindo, simplesmente, a incompatibilidade para o seu exercício (BITTENCOURT, 2020).

Perceba-se, ainda, que não se exige a efetiva aplicação da pena de reclusão, apenas que ao crime pelo qual o agente foi condenado seja ela prevista. Assim, eventual substituição da pena por restritivas de direito não impedirá o reconhecimento desse efeito.

Repise-se novamente que, como efeito secundário extrapenal específico da condenação, sua aplicação deverá constar, motivadamente, da sentença (art. 92, parágrafo único do CP).



2.2.3. Inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para prática de crime doloso (inc. III)

O presente efeito é aplicável nos casos em que o veículo é utilizado como *meio* para a prática de crime doloso; isto é, para utilizado para fins ilícitos. **Não se confunde, pois, com a pena alternativa de interdição temporária de direitos do art. 47, III do CP** – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo – **aplicável em crimes culposos no trânsito.**

A inabilitação deverá ser declarada e motivada expressamente na sentença.

6.7.3 Efeitos que deverão constar na sentença

Diante de todo o exposto, apenas os *efeitos secundários extrapenais específicos* (art. 92 do CP) deverão ser expressamente aplicados na sentença, exigindo-se, para tanto, idônea motivação (parágrafo único).



ACORDE!

Excepcionam-se a essa regra o perdimento de bens previsto no art. 63 da Lei 11.343/2006 e a fixação de valor mínimo a título de reparação à vítima (art. 387, IV do CPP), desde que haja pedido nesse sentido.

Finalmente, rememore-se que os efeitos da condenação apenas incidirão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória:

Por fim, não podemos nos esquecer que qualquer efeito imposto na sentença apenas terá efetividade depois do trânsito em julgado do *decisum* condenatório. Por isso, no julgado o juiz sentenciante deverá reservar a comunicação da medida ao órgão ou entidade competente para após o trânsito em julgado da sentença, momento no qual ser-lhe-á lícito determinar que seja oficiado para o devido conhecimento e cumprimento da sanção imposta (SCHMITT, 2011).

6.8 EFEITOS DA ABSOLVIÇÃO

6.8.1 Efeitos principais

Podemos verificar os efeitos elementares da absolvição no parágrafo único do art. 386 do Código de Processo Penal. Vamos analisá-los separadamente.

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

O principal efeito da sentença absolutória, como não poderia deixar de ser, é a **colocação do réu que estiver preso em liberdade**. Ao se declarar o *estado de inocência* do acusado, seria um contrassenso mantê-lo preso aguardando eventual interposição e análise de recurso por instância superior.



Então, quando o juiz profere uma sentença absolutória num processo de réu preso – e não importa a causa ou o inciso do art. 386 do CPP –, necessariamente deverá determinar a soltura do acusado, com imediata expedição de alvará de soltura, independentemente do trânsito em julgado da decisão.

Alguns poderiam pensar: e se o Ministério Público recorresse da sentença? Mesmo assim seria o caso de soltura? SIM, nos exatos termos do art. 596 do Código de Processo Penal.

Art. 596. A apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto imediatamente em liberdade.

Importante assimilar que a soltura vai se aplicar para todas as situações em que, naquele processo, o réu esteja preso. Não importam os antecedentes do acusado, sua periculosidade ou qualquer outra condição pessoal. Também não interessa se o crime imputado é grave ou não. A expressão *se for o caso*, prevista no inc. I, atualmente não tem qualquer aplicação prática e resta revogada tacitamente.

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

Sabemos que as medidas cautelares não têm prazo legal de duração; entretanto, pelo dispositivo em referência, percebemos que quando absolve o juiz deve ordenar a *cessação* de qualquer uma delas que eventualmente tenha sido imposta ao réu.

Lembre-se que todas as medidas cautelares, inclusive a prisão, são acessórias (uma das suas características), não tem 'vida própria' ou autonomia e um dos seus pressupostos elementares é o *fumus comissi delicti*. A sentença de absolvição desnatura, por completo, esse pressuposto, fazendo necessária e inarredável a revogação de eventual cautelar que tenha sido imposta durante a persecução penal.

Assim, os réus não poderão continuar submetidos a medidas cautelares a partir do momento em que são absolvidos – não faz sentido. Por exemplo: se o réu está cumprindo recolhimento domiciliar e monitoração eletrônica (art. 319, incisos V e IX do CPP), quando for sentenciado o juiz *ordenará a cessação* (linguagem imperativa – dever) dessas medidas de natureza provisória, na própria sentença.

III - aplicará medida de segurança, se cabível.

Esse efeito é específico para as sentenças absolutórias impróprias – aquelas em que o juiz afasta o crime por ausência de culpabilidade, mas reconhece 'injusto penal', em estado de inimputabilidade, a justificar medida de segurança (art. 96, Código Penal).

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em mais de uma oportunidade, que a medida de segurança, por ser constitutiva de liberdade, só pode ser aplicada diante do *devido processo legal*. Evidente: o fato de o sujeito ser inimputável não afasta o contraditório, a ampla defesa, dentre outros direitos e garantias individuais que a todos se estende – muito pelo contrário.

A aplicação dessa medida de segurança não é automática e para todos os casos. É preciso distinguir as situações.



Na hipótese de *sentença absolutória imprópria*, da qual resulta a aplicação de medida de segurança, há de se ficar atento ao caso concreto:

a) se o acusado foi submetido ao longo de toda a persecução penal à medida cautelar de **internação provisória** (CPP, art. 319, VII, com redação determinada pela Lei nº 12.403/11), significa dizer que o juiz visualizou a presença de *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*. Logo, por ocasião da sentença absolutória imprópria, deve ser mantida a imposição da referida medida. Todavia, se o magistrado constatar a superveniente cessação da periculosidade, é plenamente possível a revogação da medida, a fim de que o acusado aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão, para, somente então, ser executada a medida de segurança;

b) se, a despeito da constatação da inimputabilidade à época do fato delituoso, o acusado tiver permanecido em liberdade durante o curso do processo, significa dizer que o juiz não vislumbrou a necessidade de imposição da medida cautelar de internação provisória. Logo, em regra, se o inimputável permaneceu solto durante o curso da persecução, deve permanecer solto, a não ser que surjam motivos que autorizem a imposição da medida cautelar de internação provisória.

Portanto, **não se pode falar em aplicação provisória de medida de segurança**, restando prejudicado o disposto no art. 596, parágrafo único, do CPP, à luz da regra de tratamento que deriva do princípio da presunção de inocência. A medida de internação provisória a que se refere o art. 319, VII, do CPP, só poderá ser decretada se presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, jamais como efeito automático da sentença absolutória imprópria, e desde que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça e haja risco de reiteração (LIMA, 2018).

6.8.2 Efeitos secundários

A doutrina chama de *efeitos secundários da absolvição* aqueles que não estão no parágrafo único do art. 386 do CPP, mas sim dizem respeito a hipóteses específicas que atingem apenas alguns casos.

Vamos trazer as disposições legais (primeiro do CPP), para que fique claro.

Art. 337. Se a fiança for declarada sem efeito ou passar em julgado sentença que houver absolvido o acusado ou declarada extinta a ação penal, **o valor que a constituir, atualizado, será restituído sem desconto**, salvo o disposto no parágrafo único do art. 336 deste Código.

Restituição da fiança é um dos efeitos, portanto, da sentença absolutória. Interessante notar que esse efeito, diferente dos outros analisados até agora, só se opera com o trânsito em julgado. Fiança é caução/garantia e diante do fim do processo não há razão para mantê-la.

Art. 131. O sequestro será levantado:[...]

III - **se for** julgada extinta a punibilidade ou **absolvido o réu**, por sentença transitada em julgado.

Art. 141. O arresto será levantado ou cancelada a hipoteca, se, por sentença irrecurável, o réu for absolvido ou julgada extinta a punibilidade.

Estamos diante de medidas cautelares de natureza patrimonial. A absolvição também vai implicar no levantamento delas - são *instrumentais*; perdem a utilidade com a improcedência da imputação.

Outro efeito da sentença absolutória está na Lei 12.037/2009, que trata da identificação criminal:

Art. 7º No caso de não oferecimento da denúncia, ou sua rejeição, ou **absolvição**, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito, ou trânsito em julgado da sentença, **requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo**, desde que apresente provas de sua identificação civil.

Retirada da identificação fotográfica - cuida-se de um efeito que depende da iniciativa do interessado/réu e condicionado à apresentação de provas da sua identificação civil.

Alguns autores apontam a impossibilidade de ser processado novamente pelo mesmo fato (princípio do *ne bis in idem*)¹⁶ e o impedimento da propositura de ação civil de indenização (conforme a hipótese de absolvição) como efeitos, também, da sentença absolutória.

6.9 PROVIDÊNCIAS FINAIS

6.9.1. Prisão ou liberdade

Como acabamos de ver, em caso de sentença absolutória própria, o magistrado ordenará a soltura do réu (determinará a expedição de alvará em relação àquele processo julgado) e a cessação de medidas cautelares impostas no curso do respectivo processo, como determina o art. 386, parágrafo único, I e II do CPP:

Parágrafo único. Na sentença absolutória, o juiz:

I - mandará, se for o caso, pôr o réu em liberdade;

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

A seu turno, em caso de condenação, o juiz deverá avaliar acerca da necessidade de manutenção da prisão preventiva eventualmente ordenada durante o processo ou de sua decretação neste momento processual:

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

¹⁶ Nos parece que isso tem mais a ver com a coisa julgada.

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

Trata-se do 'direito de apelar em liberdade', que deverá ser analisado de acordo com os pressupostos e requisitos da prisão preventiva dos arts. 312 e 313 do CPP. Normalmente, tendo o réu respondido ao processo em liberdade, não haverá motivos para decretação da prisão preventiva na sentença. Lado outro, tendo o réu permanecido preso durante o trâmite do processo, é imperioso que se analise se as causas que justificaram a decretação da prisão preventiva ainda se mantêm. A título de exemplo, a custódia cautelar do acusado baseada somente no requisito da 'conveniência da instrução criminal' provavelmente não mais se afigurará necessária, justamente em razão do encerramento dessa etapa processual.

De todo modo, ressalte-se que a custódia analisada aqui em nada tem a ver com a execução da pena; ainda se trata de prisão processual ou cautelar. A propósito, com exceção das penas superiores a 15 (quinze) anos decorrentes de condenação pelo Tribunal do Júri (art. 492, I, "e" do CPP), **não há se falar em execução provisória da pena no ordenamento pátrio**, segundo o último entendimento do STF.

Sugestões de abordagem do tema:

Disposições finais:

- 1)** *A prisão é desnecessária. O acusado foi condenado ao cumprimento da reprimenda em regime aberto, cuja pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. Expeça-se alvará de soltura clausulado.*
- 2)** *A prisão é desnecessária; o acusado respondeu ao processo em liberdade e assim poderá permanecer caso queira recorrer. Note-se, ainda, que inexistente qualquer motivo que justifique a prisão preventiva, mormente em face da sanção aplicada.*
- 3)** *O réu permanecerá em custódia. O 'fumus comissi delicti' foi confirmado, agora, com a condenação. O 'periculum libertatis' também continua presente. Por brevidade faço remissão aos fundamentos lançados nas decisões anteriores (fl. XX), que ainda se mantêm. O acusado registra condenação e praticou o crime pelo qual é condenado, nesta oportunidade, durante o cumprimento de pena – tudo isso a indicar risco de reiteração criminosa. A prisão, portanto, é imprescindível como forma de garantia da ordem pública. Acrescento, finalmente, do contrassenso em se soltar quando são condenados réus que permaneceram presos durante o processo; essa atitude relega a efetividade do direito penal e não milita em prol da prevenção geral.*
- 4)** *A prisão é necessária. Os fundamentos lançados na decisão de fls. XX continuam presentes e agora se reforçam com a condenação (fundamentação por referência). O risco de reiteração criminosa é evidente. O réu é multirreincidente. Uma de suas condenações é por tráfico de drogas. Além disso, o acusado praticou os crimes pelos quais é condenado nesta oportunidade durante o cumprimento de pena. Esse quadro recomenda a manutenção do cárcere provisório como forma de garantia da ordem pública (art. 312 do CPP).*



6.9.2 Custas processuais

Preveem os arts. 804 e 805 do CPP:

Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.

Art. 805. As custas serão contadas e cobradas de acordo com os regulamentos expedidos pela União e pelos Estados.

Desta forma, o réu, diante de uma sentença penal condenatória, será também condenado ao pagamento das custas processuais, nos termos das regulamentações específicas dos Estados.

Para o STJ, essa condenação às custas processuais se aplica mesmo aos réus beneficiários de justiça gratuita, embora possa essa exigibilidade ser suspensa:

É devida a condenação do réu, ainda que beneficiário da justiça gratuita, ao pagamento das custas processuais, cuja exigibilidade poderá ficar suspensa diante de sua hipossuficiência, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

2. Não é possível em recurso especial analisar o pedido de justiça gratuita que visa suspender, desde já, a exigibilidade do pagamento das despesas processuais, uma vez que o momento adequado de verificação da miserabilidade do condenado, para tal finalidade, é na fase de execução, diante da possibilidade de alteração financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. (AgRg no REsp 1699679/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019).

De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, "nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais" (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014) (AgRg no AREsp 1399211/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019).

Por outro lado, em recente julgado da Sexta Turma da Corte Superior, assentou-se, brevemente, ser desnecessária a análise acerca da gratuidade de justiça pleiteada pelo condenado, na medida em que não seriam devidas custas nos processos penais, ressalvadas as ações penais de iniciativa privada:

[...] GRATUIDADE DA JUSTIÇA. DESNECESSIDADE. [...] 1. O art. 7º da Lei 11.636/2007 dispõe que não são devidas custas nos processos de *habeas data*, *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*, e nos demais processos criminais, salvo a ação penal privada (AgRg no REsp 1791285/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020).



De todo modo, por não se tratar de entendimento consolidado e considerando que a Lei em referência é aplicável (em princípio) 'no âmbito do STJ', recomendamos que conste a condenação ao pagamento das custas processuais. Em havendo mais de um acusado, também recomendamos a divisão proporcional das custas a cada um.

Sugestão de abordagem do tema:

1) Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, condeno o acusado ao pagamento das custas processuais;

2) Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, condeno os acusados, com exceção de XX (porquanto absolvida), ao pagamento das custas processuais, em proporção.

6.9.3 Expedição da guia de execução

A fim de que posteriormente possa ser dado início ao cumprimento da sanção perante o juízo da execução, na sentença condenatória, com pena privativa de liberdade, deverá ser determinada a expedição da *guia de execução* ou *recolhimento*, após o trânsito em julgado, nos termos do art. 604 do CPP e 105 da Lei de Execuções Penais:

Art. 674. Transitando em julgado a sentença que impuser pena privativa de liberdade, se o réu já estiver preso, ou vier a ser preso, o juiz ordenará a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena.

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Também deverá ser expedida a guia de execução no caso de aplicação de medida de segurança (art. 171 da Lei de Execuções Penais):

Art. 171. Transitada em julgado a sentença que aplicar medida de segurança, será ordenada a expedição de guia para a execução.

Sugestão de abordagem do tema:

Disposições finais:

a) [...]

b) Expeça-se guia de execução, de acordo com as disposições do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça;

6.9.4 Comunicação ao Tribunal Regional Eleitoral

Sendo a suspensão dos direitos políticos uma consequência automática da condenação penal enquanto durarem seus efeitos (art. 15, III da CF), deverá ser determinada a sua comunicação à Justiça Eleitoral, após o trânsito em julgado.

Nesse sentido, estabelece o art. 71, § 2º do Código Eleitoral:



§ 2º No caso de ser algum cidadão maior de 18 (dezoito) anos privado temporária ou definitivamente dos direitos políticos, a autoridade que impuser essa pena providenciará para que o fato seja comunicado ao juiz eleitoral ou ao Tribunal Regional da circunscrição em que residir o réu.

Sugestão de abordagem do tema:

Disposições finais: [...]

c) comunique-se a Justiça Eleitoral, diante do contido na Constituição Federal (art. 15, inciso III);

6.9.5 Comunicação/intimação da vítima

Em havendo vítima, deverá ela ser intimada do teor da sentença penal, nos termos do art. 201, § 2º do CPP, a não ser que tenha ela expressamente informado seu desinteresse na comunicação:

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

Sugestão de abordagem do tema:

Disposições finais: [...]

d) respeitando a vítima, envie-se a ela correspondência comunicando-lhe o resultado final desta sentença, constando expressamente o advento da condenação e a pena aplicada, de acordo com o artigo 201, § 2º do CPP;

6.9.6 Rol dos culpados – providência revogada

A inscrição do nome do condenado no 'rol dos culpados' era uma providência final prevista no art. 393 do CPP que foi revogada pela Lei 12.403/2011. Assim, não deverá ser mencionada.

6.9.7 Providências específicas e destinação de bens

A depender da espécie de crime, poderão ser necessárias outras providências.

a) Em caso de aplicação de pena de suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (*v.g.* condenação por homicídio culposo na direção de veículo automotor – art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro).

Com o trânsito em julgado da condenação, deverão ser determinadas as providências previstas nos arts. 293, § 1º e 295 do CTB:

Art. 293. A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos.



§ 1º Transitada em julgado a sentença condenatória, o réu será intimado a entregar à autoridade judiciária, em quarenta e oito horas, a Permissão para Dirigir ou a Carteira de Habilitação.

Art. 295. A suspensão para dirigir veículo automotor ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação será sempre comunicada pela autoridade judiciária ao Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN, e ao órgão de trânsito do Estado em que o indiciado ou réu for domiciliado ou residente.

Exemplo de abordagem:

Disposições finais: [...]

*e) comunique-se ao CONTRAN e ao DETRAN/PR, na forma do artigo 295 da Lei n. 9.503/97;
f) intime-se o condenado para entregar a Carteira Nacional de Habilitação (artigo 293, § 1º da Lei n. 9.503/97);*

b) Em caso de apreensão de arma de fogo.

Não havendo localização do regular proprietário do armamento, nem pedido de sua restituição, ordenar-se-á seu encaminhamento ao Comando do Exército para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, consoante art. 25 e parágrafos da Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento:

Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei.

Cabe lembrar que, para o STJ, não é possível a regularização do armamento apreendido na hipótese do crime de 'porte' ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003.

Sugestão de abordagem:

Disposições finais: [...]

d) Em caso de inércia ou de não localização do regular proprietário, encaminhe-se o armamento ao Comando do Exército para destruição ou doação nos termos do art. 25 da Lei nº 10.826/2003.

c) Em caso de apreensão de drogas.

Conforme estabelece o art. 50, § 3º da Lei 11.343/2006, durante o processo provavelmente já terá sido determinada a incineração das drogas apreendidas, guardando-se amostra para realização do laudo definitivo e para eventual contraprova:

§ 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição

das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo.

Posteriormente, ao final do processo, determinar-se-á a destruição das próprias amostras remanescentes (ou da totalidade de droga apreendida, caso ainda não tenha sido incinerada), consoante o art. 72:

Art. 72. Encerrado o processo criminal ou arquivado o inquérito policial, o juiz, de ofício, mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ou a requerimento do Ministério Público, determinará a destruição das amostras guardadas para contraprova, certificando nos autos.

Sugestão de abordagem:

Disposições finais: [...]

f) Encaminhe-se a droga, inclusive as amostras guardadas para contraprova, para destruição, nos termos do art. 72 da Lei 11.343/2006.

d) Em caso de apreensão de outros objetos.

Caso eventuais objetos apreendidos, de propriedade do acusado, não configurem instrumentos ou produto/proveito do crime atingidos pelo efeito do confisco (art. 91, II do CP), deverão ser a ele restituídos. Outrossim, devem ser restituídos, a quem de direito, os objetos de propriedade de terceiros (*v.g.* bens subtraídos de vítimas), mediante comprovação.

Sugestão de abordagem do tema:

Disposições finais: [...]

g) Devolva-se o aparelho celular apreendido ao réu, porquanto é de sua propriedade (ev. XX) e não restou comprovado que tenha sido utilizado como instrumento do crime.

h) Restitua-se o televisor apreendido à vítima, mediante comprovação de propriedade.

6.9.8 Arquivamento

A última providência será a determinação do arquivamento do processo, a ser procedido após o trânsito em julgado da sentença e o cumprimento das demais disposições finais.

Sugestão de abordagem:

Disposições finais: [...]

i) Oportunamente, archive-se o processo.

6.10 EPÍLOGO

Diz respeito às atividades cartorárias que deverão ser realizadas sobre a sentença: *publicação* (art. 389, primeira parte, do CPP), *registro* (art. 389, *in fine*, do CPP) e *intimações* (arts. 390 a 392 do CPP).



A redação do epílogo é fixa e deve constar da seguinte maneira, logo após a providência de arquivamento:

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

6.11 AUTENTICAÇÃO

Trata-se do fecho da sentença, que, como qualquer outro documento no âmbito forense, necessita da indicação do *local, data, nome completo e cargo* de quem subscreve e a respectiva *assinatura*. Já foram feitas algumas observações sobre a autenticação da sentença ao início, enquanto tratávamos dos elementos da sentença.



De todo modo, como bem lembram LUNARDI & REZENDE (LUNARDI e REZENDE, 2020), durante uma prova de sentença, não se deve fornecer qualquer informação que possa redundar em 'identificação do candidato', sob pena de provável eliminação. Em não havendo expressa orientação no enunciado acerca das informações constantes do fecho, **deve-se preferir pela menor especificação possível**. Diante disso, recomenda-se a seguinte redação genérica:

Local, data.

Assinatura do(a) Juiz(a)

Nome do(a) Juiz(a)

Juiz(a) de Direito Substituto(a)

7. PECULIARIDADES EM ALGUNS CRIMES

Na sequência, sem pretensão de esgotar os assuntos e os mais variados casos, traremos algumas informações pontuais em relação a alguns crimes muito comuns na praxe forense.

7.1. FURTO

7.1.1 Momento da consumação

A jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica no sentido de ser aplicada a teoria da *apreensão* ou *amotio*, segundo a qual basta a **inversão da posse do bem**, sendo desnecessária que essa posse, pelo agente, seja pacífica, mansa ou desvigiada:

A decisão ora questionada está em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a consumação do furto ocorre no momento da subtração, com a inversão da posse da *res*, independentemente, portanto, de ser pacífica e desvigiada da coisa pelo agente. (HC 135674, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2016).

Consuma-se o crime de furto com a posse de fato da *res furtiva*, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente, sendo prescindível a posse



mansa e pacífica ou desviada (Tese firmada no tema/repetitivo nº 934 – Terceira Seção do STJ).

7.1.2 Insignificância

Como já abordado durante a análise do substrato 'tipicidade', o princípio da insignificância é um tema deveras cobrado em provas de concurso (e por repetidas vezes em questões discursivas nas provas de magistratura estadual). O crime de furto, embora não seja o único, é certamente o tipo penal em que mais se visualiza a aplicação dessa excludente de tipicidade material.

Assim, rememoremos os requisitos erigidos pelo STF para a sua aplicabilidade:

- i) mínima ofensividade da conduta do agente;
- ii) ausência de periculosidade social da ação;
- iii) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

São elementos aferidos, a princípio, de maneira objetiva, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Todavia, o terceiro requisito – reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento – acaba por apresentar uma faceta de cunho subjetivo, que também deve ser analisada na constatação de aplicabilidade ou não do princípio. Nesse sentido, tanto o Plenário do STF quanto o STJ já fixaram a orientação no sentido de que a **reiteração delitiva** do agente em crimes, mormente contra o patrimônio, sugere um grau de reprovabilidade do comportamento apto a tornar incompatível a aplicação do princípio da insignificância. Confira os elucidativos julgados:

Supremo Tribunal Federal:

1. A orientação firmada pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL é no sentido de que a aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade, em crimes contra o patrimônio, envolve um juízo amplo, que vai além da simples aferição do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados (HC 123.533, Relator Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, DJe de 18/2/2016).

2. Busca-se, desse modo, evitar que ações típicas de pequena significação passem a ser consideradas penalmente lícitas e imunes a qualquer espécie de repressão estatal, perdendo-se de vista as relevantes consequências jurídicas e sociais desse fato decorrentes. [...]

4. Não se mostra possível acatar a tese de atipicidade material da conduta, pois não há como afastar o elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes, ainda mais considerando os registros do Tribunal local dando conta de que o paciente é contumaz na prática delituosa, o que desautoriza a aplicação do princípio da insignificância, na linha da jurisprudência desta CORTE. (HC 135164, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 23/04/2019).

Superior Tribunal de Justiça

Não se mostra possível reconhecer um reduzido grau de reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete vários delitos ou comete habitualmente atos infracionais. Deste modo, o acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior, no sentido de que "*a reiteração delitiva tem sido compreendida como obstáculo inicial à tese da insignificância, por evidenciar maior grau de reprovabilidade da conduta do acusado, ressalvada excepcional peculiaridade do caso penal*" (AgRg no AREsp 904.286/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 07/12/2016).

3. Situação concreta em que o Agravante possui duas condenações definitivas por crimes patrimoniais, constatando-se, pela sua Folha de Antecedentes, que dizem elas respeito a roubo majorado, além de haver outras anotações, também por delitos patrimoniais, tais como dano e receptação, o que evidencia a sua habitualidade delitiva. (AgRg no AREsp 1550027/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

Ressalte-se, de qualquer modo, que a reincidência ou habitualidade delitiva não constituem hipóteses peremptórias de inaplicabilidade do princípio da insignificância, mas circunstâncias que devem ser devidamente sopesadas durante a análise:

A despeito da vivência delitiva da ré, o pequeno valor dos produtos alimentícios subtraídos de supermercado, pouco superior a 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, restituídos ao estabelecimento comercial, permite a incidência do princípio da insignificância, pois nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal (AgRg no AREsp 1495244/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

Por fim, tanto a Quinta quanto a Sexta Turma do STJ adotam o patamar de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos como um limite quantitativo para o instituto:

O valor da res furtiva é superior a 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos. É certo que o pequeno valor da vantagem patrimonial ilícita não se traduz, automaticamente, no reconhecimento do crime de bagatela. Assim, a referida quantia do caso em tela, nos termos do entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser considerada insignificante. Precedentes. AgRg no AREsp 1550027/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

Assim, para aplicação do princípio da insignificância é considerado o valor total dos bens subtraídos, que não podem ser superior a 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, o que evidencia a expressividade da lesão jurídica provocada (AgRg no AREsp 1626886/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020).

Todavia, não obstante a eleição desse parâmetro, não se afasta a necessidade de uma análise global do caso concreto a fim de que se conclua ser recomendável ou não o reconhecimento da insignificância:



Não se desconhece a posição majoritária desta Corte Superior acerca da não aplicação do princípio da insignificância nas hipóteses em que a *res furtiva* seja avaliada em patamar superior a 10% do salário mínimo vigente à época do delito. **Contudo**, no caso concreto, devem ser sopesadas as demais circunstâncias fáticas, admitindo-se a incidência do aludido princípio, conforme reconhecido pelo Tribunal de origem. 3. Em face da constatada primariedade dos agentes, bem como do montante, em sua integralidade, ter sido restituído à vítima, mostra-se presente a excepcionalidade que autoriza a incidência do princípio da insignificância (AgRg no REsp 1791592/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019).

Outrossim, embora a restituição da *res furtiva* à vítima constitua elemento a ser sopesado durante a análise dos requisitos, não é, por si só, motivo para a sua aplicação:

A restituição da *res furtiva* à vítima, na forma do entendimento consolidado desta Corte Superior, não constitui, isoladamente, motivo suficiente para a aplicação do princípio da insignificância (AgRg no REsp 1796414/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019).

7.1.3 Súmulas aplicáveis

Súmula 442/STJ. É inadmissível aplicar, no furto qualificado, pelo concurso de agentes, a majorante do roubo.

Súmula 511/STJ. É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva.

Súmula 567/STJ. Sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.

7.2. ROUBO

7.2.1 Consumação

Igualmente ao crime de furto, os tribunais superiores já fixaram o entendimento de que o roubo se consuma com a **inversão da posse do bem**:

Conforme iterativa jurisprudência desta Corte, o crime de roubo se consuma quando, cessada a violência ou grave ameaça, o sujeito ativo tenha a posse da *res* fora da esfera da vigilância da vítima, ainda que por breve espaço de tempo e seguida de perseguição ao agente (cf. HC 98162, (...)). (RHC 133223, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 05/04/2016).

Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa

e pacífica ou desvigiada (Tese firmada no tema/repetitivo nº 916 – Terceira Seção do STJ).

O entendimento foi, inclusive, sumulado:

Súmula 582/STJ. Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.

7.2.2 Arma de fogo desmuniada e majorante

Consolidou-se no STJ a orientação de que o fato de a arma de fogo estar **desmuniada**, embora possa configurar grave ameaça apta a fazer incidir a figura do roubo, não tem o condão de ensejar o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista (atualmente) no art. 157, § 2º-A, I do CP (“se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo”):

A jurisprudência desta Corte Superior está sedimentada no sentido de que a utilização de arma desmuniada ou sem potencialidade para realização de disparo, utilizada como meio de intimidação, **serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como a causa de aumento de pena em questão.** [...] (HC 445.043/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019).

Por outro lado, entende a Corte Superior que caberia ao próprio imputado demonstrar a inofensividade do artefato por ele alegada:

3. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a utilização de arma carente de potencial lesivo, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém não permite o reconhecimento da majorante de pena, em face da sua ineficácia para a realização de disparos. No entanto, [...] cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão (REsp n. 961.863/RS, [...]).

4. O poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, provar tal evidência. Exegese do art. 156 do CPP. (AgRg no Ag no REsp n. 1.561.836/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma) (AgRg no REsp 1712795/AM, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018).

7.2.3 Apreensão da arma de fogo e majorante

Segundo a orientação remansosa na Corte Superior, a **apreensão do armamento não é imprescindível ao reconhecimento da majorante** referente ao emprego de arma de fogo, desde que o seu efetivo emprego na empreitada criminosa seja demonstrado por outras espécies de provas:



Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF (EREsp 961.863/RS, [...]). (AgRg no AREsp 1286741/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018).

Convém lembrar que, com as alterações promovidas pela Lei 13.654/2018, a majorante referente ao emprego de arma de fogo está contida no § 2º-A do art. 157, como já antes mencionado. De todo modo, o teor da orientação mantém-se até os dias atuais.

7.2.4 Unidade de contexto fático e pluralidade de vítimas

O Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o roubo praticado contra várias vítimas em um mesmo contexto, dentro de uma mesma ação, configura hipótese de **concurso formal de crimes** e não de continuidade delitiva ou mesmo de crime único. Nesse sentido, a Tese nº 5 do 'Jurisprudência em Teses' do STJ, ed. 51:

5) O roubo praticado em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, enseja o reconhecimento do concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único.

7.2.5 Súmulas aplicáveis

Outras constatações sobre o crime de roubo já foram feitas ao longo do material, principalmente quando tratamos da terceira fase da dosimetria. De todo modo, confira as Súmulas dos tribunais superiores que dizem respeito ao crime de roubo:

Súmula 174/STJ. No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena – CANCELADA.

Súmula 443/STJ. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

7.3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES

7.3.1 Laudo definitivo

Em regra, exige-se a juntada do **laudo toxicológico definitivo** para que se comprove, suficientemente, a materialidade apta a justificar a condenação do agente às sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006:

Para a condenação pela prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é imprescindível a elaboração do laudo de exame toxicológico definitivo, sob pena de se impor a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do ato. 2. Somente em casos excepcionalíssimos, seria



possível a condenação por ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas mesmo sem a juntada do laudo toxicológico definitivo, situação não caracterizada nos autos (AgInt no AREsp 1520620/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019).

Como se percebe, **excepcionalmente**, tem a Corte Superior admitido o édito condenatório mesmo diante da ausência do laudo toxicológico definitivo. Essa excepcionalidade se verifica quando é possível a clara constatação da materialidade pela conjugação do laudo toxicológico provisório com as demais provas produzidas durante a investigação e o processo:

Tendo sido juntado laudo preliminar de constatação da substância entorpecente, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína, e estando corroborado com as demais provas dos autos, a materialidade do crime de tráfico de drogas encontra-se devidamente comprovada, sendo prescindível a existência de laudo toxicológico definitivo (AgRg no AREsp 1578818/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019).

O entendimento adotado pelo Tribunal *a quo* está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual conquanto o laudo toxicológico definitivo, via de regra, seja imprescindível para provar a materialidade do delito de tráfico de drogas, a ausência da mencionada prova técnica não afasta a possibilidade de que em casos excepcionais, essa comprovação se dê "[...] pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo." (REsp 1.544.057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016). (AgRg no REsp 1710211/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2019).

7.3.2 Majorantes

O art. 40 da Lei 11.343/2006 contempla um rol de majorantes específicas aos crimes previstos no seu bojo que devem ser analisadas por ocasião da terceira fase de aplicação da pena. *In verbis*:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

- I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- II - o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de



recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV - o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI - sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação;

VII - o agente financiar ou custear a prática do crime.

Em relação ao reconhecimento e valoração dessas causas de aumento de pena, o STJ já estabeleceu alguns posicionamentos.

O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado de que, para a incidência da majorante prevista no artigo **40, III**, da Lei 11.343/2006, é suficiente que o tráfico de drogas tenha sido praticado nas imediações dos locais especialmente protegidos pela norma, sendo desnecessário que a mercancia tenha como alvo os frequentadores destes estabelecimentos (AgRg no HC 563.027/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

A prática de crime de tráfico de drogas em praça pública, por si só, não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/06, porquanto não prevista em lei, sendo vedado o uso da analogia *in malam partem* (AgRg no AREsp 1495549/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020).

Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal - circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso **V do art. 40** -, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito (AgRg no HC 553.537/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020).

Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima, não sendo suficiente a mera indicação do número de causas de aumento, em analogia ao disposto na Súmula 443 do STJ, que dispõe: "*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes*" (HC 510.095/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019).

Para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento (Tese firmada no tema/repetitivo nº 1052 – Terceira Seção do STJ)¹⁷

7.3.3 Minorante – tráfico privilegiado

Outro ponto importante referente ao crime de tráfico de drogas é a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, a ensejar o reconhecimento do denominado *tráfico privilegiado*. Assim prevê o dispositivo:

§ 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~~¹⁸, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

São, pois, requisitos para o reconhecimento da causa de diminuição da pena (de 1/6 a 2/3):

- a) primariedade;
- b) bons antecedentes;
- c) não dedicação a atividades criminosas;
- d) não participação em organização criminosa.

Confirmam-se algumas orientações fixadas no STJ acerca desses requisitos:

A condenação por associação para o tráfico de drogas obsta a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de *animus* associativo estável e permanente entre os agentes no cometimento do delito, evidenciando, assim, a dedicação do agente à atividade criminosa (HC 516.642/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019).

Admite-se a consideração de **ações penais em curso** para se concluir que o acusado pelo crime de tráfico de drogas se dedica a atividades criminosas, circunstância que

¹⁷ Aguarda o trânsito em julgado do acórdão proferido no processo afetado. Acesso em 04/06/2020. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1619265.

¹⁸ Resolução do Senado Federal nº 05/2012: "Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS".



pode afastar a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC 557.018/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, **inquéritos policiais e ações penais em andamento**, bem como **condenações por fatos posteriores podem obstar a aplicação do benefício descrito no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006**, porquanto demonstra a prática reiterada de condutas nocivas, bem como a incursão do acusado em atividades criminosas. A existência de apenas um fato isolado - processo em curso por suposto tráfico de drogas - revela-se insuficiente, por si só, para fins de demonstrar dedicação à atividade criminosa por parte do agravado, condenado pelo tráfico de 1,85 g de cocaína (AgRg no HC 534.212/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

Acerca da redução da pena para as chamadas '**mulas do tráfico**', conquanto não se possa excluir, pura e simplesmente, a possibilidade de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, tal redução não pode alcançar a proporção máxima. 3. Esta Corte Superior de Justiça é firme no entendimento de que, "*havendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento no patamar de 1/6, sobretudo em razão de 'estar-se diante de quem se prestou a atuar na condição popularmente conhecida como 'mula' do tráfico' (fl. 252), não há contrariedade ao disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas*" (AgRg no AREsp n. 684.780/AM, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 19/5/2016). (AgRg no AREsp 1611320/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

Esta Corte tem reiterada orientação de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação à atividade criminosa. 4. Não obstante ser válido o argumento adotado pelas instâncias de origem acerca da quantidade da droga apreendida, tal argumento, por si só, não justifica a fração mínima da benesse. 5. A apreensão de 210,1g (duzentos e dez gramas e um decigrama) de maconha e 4,4g (quatro gramas e quatro decigramas) de cocaína não se mostra suficiente para concluir pela dedicação do ora agravado à atividade criminosa, razão pela qual cabe a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima (AgRg no HC 506.354/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada no julgamento do ARE n. 666.334/AM, veda a valoração concomitante da quantidade e da natureza da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria, sob pena de *bis in idem*, tão somente quando tais vetores são utilizados para elevar a pena-base e para definir a fração de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, **não ocorre o duplo apenamento no cálculo penal, se as circunstâncias descritas no art. 42 da Lei de drogas justificam simultaneamente a exasperação da sanção inicial e o afastamento da causa especial de diminuição**, aliadas ao caso concreto que demonstram a dedicação à atividade criminosa (AgRg no AgRg no AREsp 1600819/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020).



7.3.4 Associação para o tráfico

O tipo penal previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 não raramente é verificado e analisado no mesmo contexto do tráfico de drogas, quando presentes mais de um agente. Dispõe o aludido dispositivo:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: [...]

Para o STJ, a caracterização do crime exige das duas ou mais pessoas o **dolo de se associarem de forma estável e permanente**, não bastando o mero concurso de agentes:

O Tribunal local condenou a paciente pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, ao fundamento de que o tipo não exige estabilidade e permanência para sua caracterização, bastando a ação conjunta direcionada ao vil comércio. Tal entendimento, porém, não está em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte acerca do tema, segundo a qual, para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, uma vez que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não é suficiente para a configuração do tipo do art. 35 da Lei 11.343/2006 (AgRg no HC 573.479/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020).

7.3.5 Súmulas aplicáveis

Súmula 522/STF. Salvo ocorrência de tráfico para o Exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes.

Súmula 492/STJ. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente.

~~**Súmula 512/STJ. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. – CANCELADA.**~~

Súmula 528/STJ. Compete ao juiz federal do local da apreensão da droga remetida do exterior pela via postal processar e julgar o crime de tráfico internacional.

Súmula 587/STJ. Para a incidência da majorante prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da Federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual.

Súmula 607/STJ. A majorante do tráfico transnacional de drogas (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) configura-se com a prova da destinação internacional das drogas, ainda que não consumada a transposição de fronteiras.

Súmula 630/STJ. A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

7.4. RECEPÇÃO

7.4.1 Ônus da prova e procedência (i)lícita do bem

Consolidou-se no STJ o entendimento de que é incumbência do acusado em crime de receptação a demonstração da origem lícita do objeto apreendido em seu poder, não constituindo isso uma hipótese de inversão do ônus da prova.

Estando o conjunto probatório robusto o suficiente a demonstrar o dolo do agente e a sua consciência acerca da ilicitude da *res furtiva*, caso venha a alegar tese defensiva em sentido contrário, caberá a ele próprio comprovar as alegações. Perceba-se, então, que não se atribui à defesa o encargo de demonstrar a **inocência** do réu. Segundo o STJ, portanto, não se trata isso de inversão do ônus da prova, mas a sua *correta distribuição*:

"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do acusado, cabe à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova" (AgRg no AREsp 979.486/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/3/2018, DJe 21/3/2018) (AgRg no AREsp 1616823/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020).

Verificando-se que a condenação se fundamentou em fatos e provas carreados aos autos, que revelaram que o paciente conhecia a procedência ilícita da bicicleta, argumentar que a defesa não se desincumbiu de demonstrar o contrário não revela inversão do ônus da prova, mas a correta divisão do ônus no processo penal. (HC 345.778/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2016).

No caso dos autos, ao contrário do alegado pelo impetrante, não se atribuiu à defesa o encargo de comprovar a inocência do paciente, haja vista que a condenação se baseou no conjunto probatório dos autos, além da prisão em flagrante do acusado na posse da *res furtiva*. Além disso, o acusado não se desincumbiu de provar que desconhecia a origem ilícita do objeto, motivo pelo qual não há falar em nulidade do acórdão em razão da inversão do ônus da prova para a condenação. (HC 317.453/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016).

Como dito, são apenas alguns apontamentos em relação a determinados crimes.

Procuramos aqui trazer informações importantes ou essenciais para a elaboração de uma sentença criminal. Evidente que uma peça bem construída e fundamentada depende de muito mais; a



atividade, complexa que é, está relacionada ao conhecimento de inúmeras informações de direito processual e material que são assimiladas ao longo de muito estudo, dedicação e prática.

Que isso sirva como um roteiro, como um material consolidado e de fácil consulta para que você possa ir assimilando a técnica de elaboração e aprofundando os temas a partir dele... Essa foi nossa pretensão!

Instagram: [@prof.leotavares](https://www.instagram.com/prof.leotavares)

Facebook: <https://www.facebook.com/prof.leotavares>

Telegram: <https://t.me/processopenal>

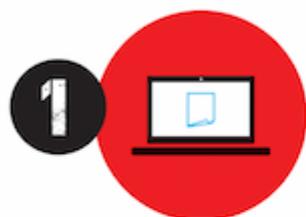
REFERÊNCIAS

- AVENA, N. **Processo penal**. 9ª. ed. São Paulo: Método, 2017.
- BADARÓ, G. **Processo penal**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal - vol. 01**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CUNHA, R. S. **Manua de direito penal - parte geral**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DEZEM, G. M. **Curso de processo penal**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2018.
- ESTEFAM, A. **Direito Penal - parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2020.
- FILHO, F. D. C. T. **Código de Processo Penal comentado**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- JÚNIOR, A. L. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- JÚNIOR, J. C. N. D. L. **Dosimetria da Culpa**. 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.
- LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal**. 5ª. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.
- LIMA, R. B. D. **Manual de processo penal**. 6ª. ed. Salvador: JusPodvim, 2018.
- LUNARDI, F. C.; REZENDE, L. O. **Curso de sentença penal**. Salvador: JudPodivm, 2020.
- MARCÃO, R. F. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NUCCI, G. D. S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. RJ: Forense, 2015.
- PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PACELLI, E.; FISCHER, D. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 10ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- SCHMITT, R. A. **Sentença penal condenatória - teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SCHMITT, R. A. **Sentença Penal Condenatória**. 14ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- TÁVORA, N. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: JusPodvim, 2017.



ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.



1 Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.



2 Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).



3 Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).



4 Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).



5 Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).



6 Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).



7 Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.



8 O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.