

INFORMATIVOS STF
2014-2018
TESES E FUNDAMENTOS

Organizado por matérias

DIREITO PENAL

VOLUME 10

INFORMATIVOS STF
2014-2018
TESES E FUNDAMENTOS

Organizado por matérias

Direito Penal

volume 10

Brasília, 2019



Secretaria-Geral da Presidência

Daiane Nogueira de Lira

Secretaria de Documentação

Naiara Cabeleira de Araújo Pichler

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência

Andreia Fernandes de Siqueira

Equipe Técnica: Diego Oliveira de Andrade Soares, Fernando Carneiro Rosa Fortes, João de Souza Nascimento Neto, Ricardo Henriques Pontes e Tiago Batista Cardoso

Revisão: Amélia Lopes Dias de Araújo, Camila Lima Canabarro, Juliana Silva Pereira de Souza, Letycia Luiza de Souza, Lilian de Lima Falcão Braga, Márcia Gutierrez Aben-Athar Bemerguy, Rochelle Quito e Rosa Cecília Freire da Rocha

Capa: Patrícia Amador Medeiros

Projeto gráfico: Eduardo Franco Dias

Diagramação: Camila Penha Soares, Eduardo Franco Dias e Neir dos Reis Lima e Silva

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Supremo Tribunal Federal – Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF).

Informativos STF 2014-2018 [recurso eletrônico] : teses e fundamentos : direito penal / Supremo Tribunal Federal. -- Brasília : STF, Secretaria de Documentação, 2019.

Organizado por matérias.

Modo de acesso: < <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=informativoSTF> >.

1. Tribunal Supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Direito penal, jurisprudência. I Título.

CDDir-341.4191

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro José Antonio **Dias Toffoli** (23-10-2009), Presidente

Ministro **Luiz Fux** (3-3-2011), Vice-Presidente

Ministro José **Celso de Mello** Filho (17-8-1989), Decano

Ministro **Marco Aurélio** Mendes de Farias Mello (13-6-1990)

Ministro **Gilmar** Ferreira **Mendes** (20-6-2002)

Ministro Enrique **Ricardo Lewandowski** (16-3-2006)

Ministra **Cármén Lúcia** Antunes Rocha (21-6-2006)

Ministra **Rosa Maria Pires** **Weber** (19-12-2011)

Ministro Luís **Roberto Barroso** (26-6-2013)

Ministro Luiz **Edson Fachin** (16-6-2015)

Ministro **Alexandre de Moraes** (22-3-2017)

APRESENTAÇÃO

Tanto nas faculdades de Direito como nos manuais das disciplinas desse ramo do conhecimento, é notável o destaque que vem sendo dado aos posicionamentos judiciais. Na mesma esteira, a atuação dos profissionais do Direito é cada vez mais lastreada em precedentes dos tribunais superiores e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal (STF).

Nesse contexto, é possível inferir que há crescente interesse por obras que franqueiem, de forma organizada e de fácil consulta, o acesso à jurisprudência emanada pelo STF.

Com o intuito de atender tal demanda, o Tribunal vem publicando, desde 1995, o *Informativo STF*, espécie de “jornal jurídico” que veicula resumos, originalmente semanais, das circunstâncias fáticas e processuais e dos fundamentos proferidos oralmente nas sessões de julgamento.

Conforme consta do cabeçalho de todas as edições do periódico, os boletins são elaborados “a partir de notas tomadas nas sessões de julgamento das Turmas e do Plenário”, de modo que contêm “resumos não oficiais de decisões proferidas pelo Tribunal”. Faz-se tal observação para esclarecer ao leitor que, embora o conteúdo não possa ser considerado oficial, baseia-se estritamente em informações públicas.

A obra que ora se apresenta é uma edição especial, que abarca um período de cinco anos – 2014 a 2018. Cada volume contém um ramo do Direito e tem por referência casos que foram noticiados no *Informativo STF*. O acesso aos argumentos de Suas Excelências, na exatidão precisa do vernáculo escrito, permite explorar a riqueza técnica neles contida e estudar com mais rigor a fundamentação das decisões do Tribunal.

É bom ressaltar que o leitor pode acompanhar mensalmente este trabalho ao acessar o *Boletim de Acórdãos Publicados* disponível no site do Tribunal (Portal do STF/ Jurisprudência/ Boletim de Acórdãos Publicados).

Um novo ponto de vista sobre a jurisprudência

É da essência do *Informativo STF* produzir uma síntese de decisões proferidas pela Corte durante as sessões de julgamento, sem avançar em análise abstrata da juris-

prudência do Tribunal. Já o livro *Teses e fundamentos* percorre caminho diverso e se aprofunda nos julgados do STF para oferecer um produto mais complexo.

Desse modo, o livro tem por objetivos:

I – Elaborar teses, redigidas com base no **dispositivo**¹ dos acórdãos e abstraídas das notícias de julgamento; e

II – Analisar a fundamentação adotada pelo Tribunal e, na sequência, esboçar um panorama do entendimento da Corte sobre os ramos do Direito.

A proposta é que as teses apontem como caminho a jurisprudência da Suprema Corte brasileira ao longo dos anos e, ainda, permitam vislumbrar futuros posicionamentos do Tribunal, tendo por referência os processos já julgados. Cumpre destacar que essas teses – com os respectivos fundamentos – não traduzem necessariamente a pacificação da jurisprudência num ou noutro sentido. Elas se prestam simplesmente a fornecer mais um instrumento de estudo da jurisprudência e a complementar a função desempenhada pelo *Informativo STF*.

Tendo isso em vista, os textos que compõem o livro estruturam-se em: **tese jurídica extraída do julgado**² e **resumo da fundamentação**². Pretende-se, com esse padrão, que o destaque dado aos dispositivos dos acórdãos seja complementado por seus respectivos fundamentos.

Os **dados do processo em análise**² são apresentados no cabeçalho de cada resumo e, com o objetivo de garantir acesso rápido ao conteúdo de teses fixadas, no fim da obra foi incluída uma lista de todas as teses contidas no livro.

As decisões acerca da redação e da estrutura do livro foram guiadas também pela busca da otimização do tempo de seu público-alvo. Afinal, a leitura de acórdãos, de votos ou mesmo de ementas demandaria esforço interpretativo e tempo dos quais o estudante ou o operador do Direito muitas vezes não dispõe. Assim, deu-se preferência a formato de redação que destacasse o dispositivo do acórdão e seus fundamentos, ao mesmo tempo que traduzisse de forma sintética o entendimento do STF.

Em busca de mais fluidez e concisão, decidiu-se retirar do texto principal as referências que não fossem essenciais à sua redação. Assim, foram transpostos para **notas de fim**², entre outras informações pertinentes: relatórios de situações fáticas e observações processuais, quando necessários à compreensão do caso; precedentes jurisprudenciais; e transcrições de normativos ou de **doutrina**³.

A mesma objetividade que orientou a estrutura redacional dos resumos norteou a organização dos julgados em disciplinas do Direito e em temas. Estes, por sua vez, foram subdivididos em **assuntos**² específicos. Tal sistematização do conteúdo visa,

mais uma vez, facilitar o trabalho dos estudantes e dos operadores do Direito, que compõem o público-alvo desta obra.

A esse respeito, sob o ângulo dos ramos do Direito, optou-se pela análise vertical dos julgados em cada ano, o que propicia rápida visualização e comparação de matérias semelhantes decididas pelos órgãos do STF. A obra permite, assim, que o leitor verifique, de forma fácil e segura, a evolução jurisprudencial de um dado tema ao longo do tempo.

A ideia foi, em resumo, aliar a objetividade característica do *Informativo STF* com a profundidade e a riqueza técnico-jurídica contida nos acórdãos e nos votos dos ministros. Para cumprir tal finalidade, foi necessário interpretar os acórdãos dos julgamentos.

Todavia, se por um lado é certo que a redação de resumos demanda algum grau de liberdade interpretativa dos documentos originais, por outro a hermenêutica reconhece ser inerente à interpretação jurídica certa dose de subjetividade.

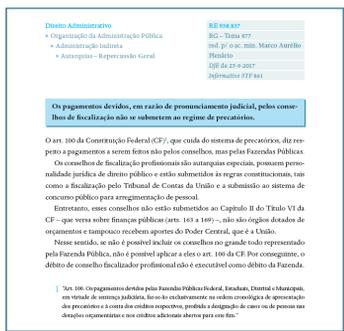
Nessa perspectiva, embora os analistas responsáveis pelo trabalho tenham se esforçado para – acima de tudo – manter fidelidade aos entendimentos do STF, ao mesmo tempo que conciliavam concisão e acuidade na remissão aos fundamentos das decisões, não se deverá perder de vista que os resultados do exame da jurisprudência aqui expostos são fruto de interpretação desses servidores.

Espaço para participação do leitor

Os enunciados aqui publicados tanto podem conter trechos do julgado original – na hipótese de estes sintetizarem a ideia principal – quanto podem ser resultado exclusivo da interpretação dos acórdãos pelos analistas responsáveis pela compilação. Na obra, estão disponíveis os *links* de acesso à íntegra dos acórdãos, o que facilita a conferência da acuidade dessa interpretação. O leitor poderá encaminhar dúvidas, críticas e sugestões para o *e-mail*: cdju@stf.jus.br.

Ademais, entre as razões que motivaram a edição deste trabalho está justamente o propósito de fomentar a discussão e de contribuir para a difusão do “pensamento” do Tribunal e para a construção do conhecimento jurídico. Com isso, promove-se maior abertura à participação da sociedade no exercício da atividade constitucionalmente atribuída ao STF.

- 1 Deve-se ter em mente que muitas vezes os dispositivos dos acórdãos se limitam a “dar (ou negar) provimento ao recurso” ou, ainda, “conceder (ou não) a ordem”. Embora esses comandos jurisdicionais efetivamente componham o dispositivo da sentença, do ponto de vista da análise das decisões judiciais – e da jurisprudência – eles significam muito pouco. Por evidente, o objeto deste trabalho é o tema decidido pela Corte, seja ele de direito material, seja de direito processual, e não o mero resultado processual de uma demanda específica. Nesse sentido, talvez seja possível discernir entre o conteúdo formal da decisão, que seria, exemplificativamente, o resultado do recurso (conhecido/não conhecido, provido/não provido) ou da ação (procedência/improcedência), e o conteúdo material da decisão, que efetivamente analisa a questão de direito (material ou processual) debatida e possui relevância para a análise da jurisprudência. Em outras palavras, o conteúdo material da decisão corresponderia aos fragmentos do provimento jurisdicional que têm aptidão para transcender ao processo em análise e constituir o repertório de entendimentos do Tribunal sobre o ordenamento jurídico brasileiro.
- 2 Ver Infográfico, página 8.
- 3 Informações entre colchetes não constam do texto original.



INFOGRÁFICO

Direito Administrativo

- » Organização da Administração Pública
- » Administração Indireta
- » Autarquias – Repercussão Geral

Assunto

RE 938.837

RG – Tema 877

red. p/ o ac. min. Marco Aurélio

Plenário

DJE de 25-9-2017

Informativo STF 861

Dados do processo em análise

Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos conselhos de fiscalização não se submetem ao regime de precatórios.

Tese jurídica extraída do julgado

O art. 100 da Constituição Federal (CF)¹, que cuida do sistema de precatórios, diz respeito a pagamentos a serem feitos não pelos conselhos, mas pelas Fazendas Públicas.

Os conselhos de fiscalização profissionais são autarquias especiais, possuem personalidade jurídica de direito público e estão submetidos às regras constitucionais, tais como a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União e a submissão ao sistema de concurso público para arrematação de pessoal.

Resumo da fundamentação

- ¹ “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

Nota de fim

SUMÁRIO

Siglas e abreviaturas	10
Siglas de classes e incidentes processuais	11
Princípios e garantias penais	13
Crime.....	19
Penas.....	21
Extinção da punibilidade	60
Crimes contra a pessoa.....	73
Crimes contra o patrimônio	77
Crimes contra a propriedade imaterial	82
Crimes contra a dignidade sexual	84
Crimes contra a família	90
Crimes contra a paz pública	92
Crimes contra a fé pública	95
Crimes contra a Administração Pública.....	99
Legislação penal especial.....	120
Índice de teses	184

SIGLAS E ABREVIATURAS

ac.	acórdão
1ª T	Primeira Turma
2ª T	Segunda Turma
DJ	Diário da Justiça
DJE	Diário da Justiça Eletrônico
j.	juízo
P	Plenário
red. p/ o ac.	redator para o acórdão
rel. min.	relator o ministro
RG	Repercussão Geral
T	Turma

SIGLAS DE CLASSES E INCIDENTES PROCESSUAIS

AC	Ação Cautelar
ACO	Ação Cível Originária
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AO	Ação Originária
AP	Ação Penal
AR	Ação Rescisória
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CC	Conflito de Competência
ED	Embargos de Declaração
EDv	Embargos de Divergência
EI	Embargos infringentes
EP	Execução Penal
Ext	Extradição
HC	Habeas Corpus
IndCom	Indulto ou Comutação
Inq	Inquérito
MC	Medida Cautelar
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
Pet	Petição
ProgReg	Progressão de Regime
QO	Questão de Ordem
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
REF	Referendo
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
Rp	Representação
SE	Sentença Estrangeira

CRIMINAL

DIRETTO
PENAL

PRINCÍPIOS
E GARANTIAS
PENAIAS

Direito Penal

- » Princípios e garantias penais
 - » Política criminal
 - » Princípio da consunção

HC 121.652

rel. min. **Dias Toffoli**

1ª Turma

DJE de 4-6-2014

Informativo STF 743

Crime tipificado no Código Penal (CP) não pode ser absorvido por infração descrita na Lei de Contravenções Penais (LCP).

Em regra, o princípio da consunção é aplicável quando um delito de alcance menos abrangente (crime-meio) praticado pelo agente for meio necessário ou fase preparatória ou executória para a prática de um delito de alcance mais abrangente (crime-fim).

Assim, o crime de uso de documento falso (CP, art. 304) não pode ser absorvido pela contravenção penal de exercício ilegal da profissão ou atividade econômica (LCP, art. 47), o que afasta, dessa forma, a incidência do princípio da consunção.

- » Princípios e garantias penais
 - » Política criminal
 - » Princípio da insignificância

Não é possível acatar a tese de atipicidade material da conduta em face do elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes.

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 verificação do resultado material da conduta, abrangendo também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.¹

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 decorrentes desses fatos.

A aplicação do princípio da insignificância não depende apenas da magnitude do resultado da conduta. Essa ideia se reforça pela previsão, na legislação penal, da possibilidade de mensuração da gravidade da ação, o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode desembocar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal.

Nesse sentido, considerando-se que o réu tem diversos registros criminais, entre os quais uma condenação com trânsito em julgado por delito de natureza patrimonial, desautoriza-se a aplicação do princípio da insignificância

Nada obstante, em sendo as circunstâncias judiciais favoráveis – razão pela qual a pena-base foi estabelecida no mínimo legal –, a imposição do regime inicial semiaberto, com arrimo na reincidência, parece colidir com a proporcionalidade da escolha do regime que melhor se coaduna com as circunstâncias da conduta de furto de bem, avaliado em R\$ 31,20, pertencente a estabelecimento comercial.²

Nesse caso, quanto ao modo de cumprimento da reprimenda penal, há quadro de contrangimento ilegal a ser corrigido de ofício, de modo que a conversão da reprimenda corporal em penas restritivas de direito melhor se amolda à espécie.

¹ HC 123.533, rel. min. Roberto Barroso, P.

² Idem.

Direito Penal

- » Princípios e garantias penais
 - » Política criminal
 - » Princípio da insignificância

HC 123.108
DJE de 1º-2-2016
HC 123.533
DJE de 18-2-2016
HC 123.734
DJE de 2-2-2016
rel. min. Roberto Barroso
Plenário
Informativo STF 793

A incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso, com observância das consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante de sua aplicação.

Negar a tipicidade a certa conduta significa afirmar que, do ponto de vista penal, ela é lícita e imune a qualquer espécie de repressão. Porém, isso está em descompasso com o conceito social de justiça, visto que determinado modo de agir, embora penalmente irrelevante, não é aceitável socialmente.

Aferir a insignificância como requisito negativo da tipicidade, especialmente no caso de crimes contra o patrimônio, envolve juízo muito mais abrangente do que a simples expressão do resultado da conduta. Importa investigar o desvalor da ação criminosa em sentido amplo, traduzido pela ausência de periculosidade social, pela mínima ofensividade e pela ausência de reprovabilidade. Isso impede que, a pretexto da insignificância do resultado meramente material, o objetivo do legislador, quando formulada a tipificação legal, seja desvirtuado.

Portanto, para se conduzir à atipicidade da conduta, é necessário ir além da irrelevância penal prevista em lei. É indispensável averiguar o significado social da ação e a adequação da conduta, para que a finalidade da lei seja alcançada.

Em suma, a aplicação do princípio da insignificância envolve um juízo amplo (conglobante), que vai além da simples aferição do resultado material da conduta. Abrange também a reincidência ou contumácia do agente, elementos que, embora não determinantes, devem ser considerados.

Nesse sentido, a reincidência também não deve ser considerada apenas sob o aspecto jurídico. O seu reconhecimento não pode, por si só, impedir que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto.

Na hipótese de o juiz considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações nas quais tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal (CP) no caso concreto.

A imposição de regime inicial diverso é desproporcional para a reprovação e prevenção quanto à conduta imputada. Afinal, a pena privativa de liberdade deve se restringir às hipóteses de reconhecida necessidade, tendo em vista o custo elevado e as consequências nocivas para infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação.

Assim, há situações que, mesmo enquadráveis no enunciado normativo, não mereceriam as consequências concebidas pelo legislador. Cabe ao intérprete calibrar eventuais excessos e produzir a solução mais harmônica com o sistema jurídico e com a regra geral de proporcionalidade, compatível com a natureza e a repercussão do delito.

É indispensável, portanto, que a avaliação ocorra caso a caso. A uniformização de tratamento não é desejável, tendo em vista as díspares realidades sociais, econômicas e culturais existentes no País. É necessário, portanto, valorar os vetores subjetivos da causa penal (CP, art. 59) e individualizar a pena.

- » Princípios e garantias penais
 - » Política criminal
 - » Princípio da insignificância

Segundo a teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos¹, a contumácia de infrações penais cujo bem jurídico não seja o patrimônio não pode ser valorada como fator impeditivo à aplicação do princípio da insignificância em crimes dessa natureza.

Para se afirmar que a insignificância pode conduzir à atipicidade, é indispensável averiguar a adequação da conduta do agente em seu sentido social amplo, a fim de apurar se o fato imputado, que é formalmente típico, tem ou não relevância penal. Esse contexto social ampliado certamente comporta, também, juízo sobre a contumácia da conduta do agente.

Assim, não se pode considerar atípica, por irrelevante, a conduta formalmente típica de delito contra o patrimônio, praticada por paciente que possui expressiva ficha de antecedentes e é costumeiro na prática de crimes da espécie.

No entanto, diversamente, a prévia condenação, com trânsito em julgado, pela prática de lesão corporal [Código Penal (CP), art. 129] não impede a incidência do princípio da bagatela a acusado da subtração de bens (CP, art. 155) avaliados em R\$ 16,00, uma vez que é inegável a presença, no caso, dos requisitos para aplicação do referido postulado: mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzida reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

¹ HC 111.077, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

CRIME

Direito Penal

» Crime

» Exclusão de ilicitude

» Legítima defesa

HC 120.678

red. p/ o ac. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 6-4-2015

Informativo STF 775

A excludente de ilicitude da legítima defesa em crime de homicídio não se comunica ao delito autônomo de porte ilegal de arma, ainda que este tenha se consumado com o propósito de exercer a legítima defesa.

A aplicação da norma prevista no art. 23, II, do Código Penal deve se restringir ao crime de homicídio e a suas consequências legais, não se estendendo ao crime de porte ilegal de arma de fogo, tipo penal que possui natureza jurídica diversa.¹

¹ No caso, o réu sofria ameaças de morte por parte da vítima – que teria envolvimento com o tráfico de drogas e se utilizava, com frequência, de arma de fogo. Nesse cenário, o acusado, numa postura de autodefesa, adquiriu um revólver com numeração suprimida e munições, sem qualquer autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, vindo a praticar o homicídio.

PENAS

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.^{1 e 2}

Essa situação viola duas garantias constitucionais: a individualização da pena [Constituição Federal (CF), art. 5º, XLVI³] e a legalidade (CF, art. 5º, XXXIX⁴).

O direito à individualização da pena tem caráter normativo. De um lado, a Constituição incumbe ao legislador a tarefa de conferir densidade normativa adequada à garantia. De outro, permite a ele liberdade de conformação razoavelmente ampla.

A legislação prevê que as penas privativas de liberdade são cumpridas em três regimes – fechado, semiaberto e aberto [Código Penal (CP), art. 33, *caput*]. O regime é inicialmente fixado pelo juiz da condenação, com base no tipo de pena (reclusão ou detenção) (CP, art. 33, *caput*⁵), no tempo de pena (§ 2º) e na culpabilidade (§ 3º).

Durante a execução penal, o condenado tem a expectativa de progredir ao regime imediatamente mais favorável, após cumprir, com bom comportamento carcerário, uma fração da pena (art. 112 da Lei 7.210/1984⁶). Assim, não há dúvida de que os regimes de cumprimento de pena concretizam a individualização da pena, no plano infraconstitucional, em suas fases de aplicação e execução.

Ocorre que o regime progressivo não é a única ferramenta de nosso sistema voltada a satisfazer a garantia da individualização, que na execução inicia com a classificação criminal, arts. 5º e 6º da Lei 7.210/1984⁷.

O livramento condicional (CP, art. 83 *et seq.*), apesar de ser uma figura pouco valorizada em nosso direito, também atua na seara da individualização da execução. Serve de incentivo ao bom comportamento para obtenção da liberdade.

No entanto, o sistema carcerário brasileiro é estruturado tendo o regime de cumprimento de pena como ferramenta central da individualização da sanção, importante na fase de aplicação (fixação do regime inicial), e capital na fase de execução (progressão de regime). Sua supressão, sem correspondência em valoração de outros institutos de incentivo à disciplina carcerária – notadamente o livramento condicional – e talvez o

redimensionamento das quantidades de pena, reduziria excessivamente o espaço de individualização, nas fases de aplicação e de execução.

Assim, de acordo com o sistema atual, a inobservância do direito à progressão de regime, mediante manutenção do condenado em regime mais gravoso, viola o direito à individualização da pena.

A legislação brasileira prevê o sistema progressivo de cumprimento de penas. Logo, assiste ao condenado o direito à inserção em um regime inicial compatível com o título condenatório e à progressão de regime de acordo com seus méritos. Manter o condenado em regime mais gravoso é um excesso de execução, violando o seu direito.

De um lado, não se nega que o Estado tem o dever de proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes. A proteção à integridade da pessoa e a seu patrimônio contra agressões injustas está na raiz da própria ideia de estado constitucional. Em suma, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais contra agressões injustas de terceiros, como corolário do direito à segurança.

De outro, a execução de penas corporais em nome da segurança pública só se justifica com a observância de estrita legalidade. Regras claras e prévias são indispensáveis. Permitir que o Estado execute a pena de forma deliberadamente excessiva seria negar não só o princípio da legalidade, mas a própria dignidade humana dos condenados (CF, art. 1º, III⁸).

Por mais grave que seja o crime, a condenação não retira a humanidade da pessoa condenada. Ainda que privados de liberdade e dos direitos políticos, os condenados não se tornam simples objetos de direito, mas persistem em sua imanente condição de sujeitos de direitos.

Não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade, sem se desconsiderar que os presos também são pessoas, dotadas de imanente dignidade.

Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado.

A jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF) considera impossível manter o condenado no regime mais gravoso. Não se revela “aceitável que, por (crônicas) deficiências estruturais do sistema penitenciário ou por incapacidade de o Estado prover recursos materiais que viabilizem a implementação das determinações impostas pela Lei de Execução Penal – que constitui exclusiva obrigação do poder público –, venha a ser frustrado o exercício, pelo sentenciado, de direitos subjetivos que lhe são

conferidos pelo ordenamento positivo, como, p. ex., o de iniciar, desde logo, quando assim ordenado na sentença (...), o cumprimento da pena em regime semiaberto”⁹.

Indo além, do ponto de vista fático, os indicativos são de que a manutenção dos presos no regime mais gravoso contribui apenas para a perda do controle das prisões pelo Estado, enfraquecendo a própria segurança pública. O Estado tem o dever de garantir aos presos em geral a oportunidade de ressocialização. Se não garantir a segurança daquele que está em processo de ressocialização – progrediu ao regime semiaberto e está trabalhando –, estará falhando em cumprir a principal função da execução penal: a ressocialização.

Por todas essas razões, a manutenção do preso no regime mais severo não é uma alternativa.

Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes.

São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônias agrícolas, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (CP, art. 33, § 1º, b e c¹⁰).

É fundamental que o preso tenha a oportunidade de trabalhar.

O trabalho é, simultaneamente, um dever e um direito do preso – art. 39, V¹¹, e art. 41, II¹², da Lei 7.210/1984 –, e o Estado deve contribuir decisivamente para que os condenados tenham oportunidade de trabalho.

Não se pode deixar aos presos toda a responsabilidade por buscar colocação. Por óbvio, não se trata de permitir ao apenado demitir-se da tarefa de buscar qualificação, ou de tolerar preciosismos na adesão às vagas oferecidas. O preso tem o dever de aderir e executar o trabalho com humildade e responsabilidade. No entanto, o Estado tem, sim, compromisso com a oferta de trabalho aos apenados.

A prisão domiciliar é uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia.

Atualmente, há duas alternativas de tratamento do sentenciado que progride de regime, não havendo vagas suficientes: ou é mantido no regime mais gravoso ao que teria direito (fechado), ou é colocado em regime menos gravoso (prisão domiciliar).

Até que sejam estruturadas outras medidas que, embora não sejam gravosas como o encarceramento, não estejam tão aquém do “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, não é descartada a utilização da prisão domiciliar.

Essas medidas são diversas, mas menos gravosas ao sentenciado do que as previstas na lei e na sentença condenatória. Para sua adoção, dependem de adesão do condenado. Caberá a ele observar as regras disciplinares, submetendo-se à fiscalização dos órgãos da execução penal, sob pena de ser mantido no regime mais gravoso ou a ele regredir. Com isso, ainda que falte previsão expressa na lei para adoção dessas medidas em execução penal, não haverá violação ao princípio da legalidade – CF, art. 5º, XXXIX.

Havendo viabilidade, em vez da prisão domiciliar, deverão ser determinados:

1) A saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;

As vagas nos regimes semiaberto e aberto não são inexistentes, são insuficientes. Assim, de um modo geral, a falta de vagas decorre do fato de que já há um sentenciado ocupando a vaga. Dessa forma, tem-se como alternativa antecipar a saída de sentenciados que já estão no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir.

O sentenciado do regime semiaberto que tem a saída antecipada pode ser colocado em liberdade eletronicamente monitorada; o sentenciado do aberto, ter a pena substituída por penas alternativas ou estudo.

A saída antecipada deve ser deferida ao sentenciado que satisfaz os requisitos subjetivos e está mais próximo de satisfazer o requisito objetivo. Ou seja, aquele que está mais próximo de progredir tem o benefício antecipado. Para selecionar o condenado apto, é indispensável que o julgador tenha ferramentas de tecnologia da informação (TI) para verificar qual está mais próximo do tempo de progressão e que seja criado o Cadastro Nacional de Presos.

A utilização da TI na execução penal é prevista em lei como um dever para a Administração Pública. Nesse sentido, o art. 1º da Lei 12.714/2012 determina que os “dados e as informações da execução da pena, da prisão cautelar e da medida de segurança deverão ser mantidos e atualizados em sistema informatizado de acompanhamento da execução da pena”.

Esse sistema deve “informar tempestiva e automaticamente, por aviso eletrônico, as datas” previstas para “progressão de regime” e “livramento condicional”. Além disso, deve avisar o “enquadramento nas hipóteses de indulto ou de comutação de pena”¹³.

Por seu turno, a saída antecipada não deve ser aplicada em casos em que a progressão de regime é vedada legalmente, como no inadimplemento voluntário da multa (CP, art. 36, § 2º¹⁴) ou da obrigação de reparação do dano e de devolução do produto do ilícito nos crimes contra a Administração Pública (CP, art. 33, § 4º¹⁵).

Igualmente, não se dispensa a verificação dos requisitos subjetivos para a progressão. Atualmente, a lei prevê que o sentenciado deve “ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento”¹⁶. A jurisprudência permite o aprofundamento da investigação do merecimento e da aptidão do sentenciado para o benefício. Nesse sentido, pode-se determinar a realização do exame criminológico, a despeito da sua revogação pela Lei 10.792/2003 – Enunciado 26 da Súmula Vinculante¹⁷ e Enunciado 439 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁸.

Ao reconhecer a possibilidade da antecipação da saída de sentenciados, cria-se espaço para formulação de uma jurisprudência de base, que irá superar as lacunas e resolver os conflitos.

II) A liberdade eletronicamente monitorada;

A Lei 7.210/1984¹⁹ é bastante restritiva quanto ao cabimento da prisão domiciliar, admitindo-a apenas em caráter humanitário.

A prisão domiciliar tem vários inconvenientes. Cabe ao condenado providenciar uma casa na qual vai ser acolhido. Nem sempre ele tem meios para manter essa residência. Nem sempre tem uma família que o acolha.

Indo além, o sentenciado retorna ao pleno convívio da família e dos amigos. Em casos de crimes que tenham os membros da família como vítima, pode-se criar nova situação de risco, tornando a pena insuficiente para proteger as vítimas. Por outro lado, os associados para a prática de crimes passam a ter total acesso ao condenado. Eventuais restrições de movimentação não se estendem à comunidade, que não fica proibida de frequentar a casa na qual a pena é cumprida.

O recolhimento domiciliar puro e simples, em tempo integral, gera dificuldades de caráter econômico e social. O sentenciado passa a necessitar de terceiros para satisfazer todas as suas necessidades – comida, vestuário, lazer. Há uma considerável transferência da punição para a família. Surge a necessidade de constante comunicação com os órgãos de execução da pena, para controlar saídas indispensáveis – atendimento médico, manutenção da casa etc.

As possibilidades de trabalho sem sair do ambiente doméstico são limitadas. Sem trabalho, o preso dependerá economicamente de sua família e necessitará de seu apoio para satisfazer todas as suas necessidades. Mais grave, o ócio certamente não é contributivo para a ressocialização.

Destaca-se que a execução da sentença em regime de prisão domiciliar é mais proveitosa se for acompanhada de trabalho. A oportunidade de saída para trabalho é importante para garantir a manutenção econômica e a ressocialização. Todavia, existe uma grande dificuldade em fiscalizar o cumprimento pelo apenado das restrições impostas.

Nesse contexto, melhor do que a pura e simples prisão domiciliar é a liberdade eletronicamente vigiada, ficando o sentenciado obrigado a trabalhar e, se possível, estudar, recolhendo-se ao domicílio nos períodos de folga. A monitoração eletrônica dos sentenciados é instrumento adequado para a fiscalização do sentenciado (Lei 7.210/1984, art. 146-B, II e IV²⁰).

III) O cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

Em princípio, a liberdade eletronicamente monitorada pode ser aplicada aos regimes semiaberto e aberto. No entanto, seja para evitar a sobrecarga, seja para assegurar uma medida que melhor permita o cumprimento da pena e a ressocialização, há medidas alternativas mais eficientes para os sentenciados em regime aberto.

Se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito.

As penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade, mesmo em regime aberto. Além disso, as penas alternativas dependem sempre de adesão do sentenciado, que, recusando, poderá ser submetido ao encarceramento. Assim, a substituição não é vedada pela reserva de legalidade (CF, art. 5º, XXXIX).

Por outro lado, nem todos os sentenciados podem ser encaminhados para penas alternativas. O sentenciado ao regime aberto inicial que tem negada a substituição pelo juiz da ação penal, por não satisfazer os requisitos legais, não poderá ser beneficiado.

Outra medida alternativa à prisão domiciliar é o estudo. O estudo dá ensejo à remissão da pena (Lei 7.210/1984, art. 126²¹) e torna o sentenciado uma pessoa mais produtiva. Assim, a obrigação de frequentar educação formal regular – ensino fundamental, médio ou superior – pode ser imposta no lugar de uma pena restritiva de direitos.

O magistrado deve observar as penas restritivas de direito previstas no art. 43 do Código Penal (CP)²² e o estudo como alternativas ao regime aberto, observando os limites do art. 44, § 2º, do CP²³.

Desse modo, afasta-se o excesso da execução – manutenção do sentenciado em regime mais gravoso – e dá-se aos juízes das execuções penais a oportunidade de desenvolver soluções que minimizem a insuficiência da execução – cumprimento da sentença em prisão domiciliar ou outra modalidade sem o rigor necessário.

O STF pode adotar decisão que modifica o conteúdo do ordenamento jurídico por meio da técnica de decisões manipulativas.

A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição.²⁴

Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo.

A decisão manipulativa de efeitos aditivos, mais comum, verifica-se quando a Corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência.

As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade de parte de lei, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional.²⁵

Como espécies de decisões com alguma eficácia aditiva, ainda devem ser referidas as decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando é suprimida uma lei inconstitucional constritora de direitos), as aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) e as aditivas de princípio (nas quais são fixados princípios que o legislador deve observar ao prover a disciplina que se tem por indispensável ao exercício de determinado direito constitucional).

Em lição perfeitamente adequada ao direito pátrio, Augusto Martín de La Vega²⁶ ressaltou ser possível compreender a proliferação das decisões manipulativas de efeitos aditivos, levando-se em conta três fatores: a) a existência de uma Carta política de perfil marcadamente programático e destinada a progressivo desenvolvimento; b) a permanência de um ordenamento jurídico-positivo com marcados resquícios autoritários; e c) a ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às

exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional.

A complexidade do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. O STF pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, tanto por meio das ações do sistema concentrado de controle tal como nas ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos, quanto por meio dos remédios constitucionais individuais.

A solução da questão constitucional posta requer mais do que uma simples declaração do direito aplicável. Pede a adoção de medidas transformativas, num campo em que a magistratura das execuções penais tem atribuição de atuar.

Há providências de ordem administrativa e de política judiciária que poderão ser implementadas mesmo sem reformas legislativas.

O apoio dos órgãos existentes no Poder Judiciário e no Ministério Público para desenvolvimento e fiscalização das soluções a serem adotadas é fundamental. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem papel importante na supervisão do sistema carcerário.²⁷ De forma paralela, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) também pode ser chamado a tomar parte ativa nesse procedimento, atuando em conjunto com o CNJ. A participação do CNJ e do CNMP é um convite à participação de todos, da comunidade jurídica, das autoridades federais, estaduais e municipais, da comunidade em geral. Com apoio dos conselhos, é possível adotar decisão que acolha medidas concretas a serem fiscalizadas pelo STF.

Trata-se de matéria na qual há ponto de conexão entre a atividade administrativa e judicial.

Os juízes têm competências administrativas, entre elas “zelar pelo correto cumprimento”²⁸ das penas e inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos da execução, podendo chegar a sua interdição. A transposição dessas competências para o STF, como uma espécie de órgão jurisdicional central, na medida em que analisa a questão constitucional, é recomendada pela eficácia expansiva que os recursos extraordinários com repercussão geral possuem.

Assim, em sede de interpretação conforme a Constituição, determinou-se:

- i. Excluir qualquer interpretação que permita o contingenciamento do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), criado pela Lei Complementar (LC) 79/1994;

- ii. Estabelecer que a utilização de recursos do Funpen para financiar centrais de monitoração eletrônica e penas alternativas é compatível com a interpretação do art. 3º da LC 79/1994.²⁹

O programa estabelecido pela legislação para execução das penas nos regimes semiaberto e aberto está longe de uma implementação satisfatória.

A legislação sobre execução penal atende aos direitos fundamentais dos sentenciados. No entanto, o plano legislativo está tão distante da realidade que sua concretização é absolutamente inviável.

Assim, requer-se do legislador que avalie a possibilidade de reformular a execução penal e a legislação correlata, para:

- i. Reformular a legislação de execução penal, adequando-a à realidade, sem abrir mão de parâmetros rígidos de respeito aos direitos fundamentais;
- ii. Compatibilizar os estabelecimentos penais à atual realidade;
- iii. Impedir o contingenciamento do Funpen;
- iv. Facilitar a construção de unidades funcionalmente adequadas – pequenas, capilarizadas;
- v. Permitir o aproveitamento da mão de obra dos presos nas obras de civis em estabelecimentos penais;
- vi. Limitar o número máximo de presos por habitante, em cada unidade da Federação, e revisar a escala penal, especialmente para o tráfico de pequenas quantidades de droga, para permitir o planejamento da gestão da massa carcerária e a destinação dos recursos necessários e suficientes para tanto, sob pena de responsabilidade dos administradores públicos;
- vii. Fomentar o trabalho e estudo do preso, mediante envolvimento de entidades que recebem recursos públicos, notadamente os serviços sociais autônomos;
- viii. Destinar as verbas decorrentes da prestação pecuniária para criação de postos de trabalho e estudo no sistema prisional.

¹ Enunciado 56 da Súmula Vinculante: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.”

² Na espécie, o tribunal de origem reconheceu, em sede de apelação em ação penal, a inexistência de estabelecimento adequado ao cumprimento de pena privativa de liberdade no regime semiaberto, e, como consequência, determinou o cumprimento da pena em prisão domiciliar até que disponibilizada vaga.

- 3 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 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;”
- 4 CF/1988: “Art. 5º (...) XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”
- 5 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. (...) § 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 semiaberto; 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.”
- 6 Lei 7.210/1984: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”
- 7 Lei 7.210/1984: “Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal. Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.”
- 8 CF/1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana;”
- 9 HC 93.596, rel. min. Celso de Mello, 2ª T.
- 10 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. § 1º Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.”
- 11 Lei 7.210/1984: “Art. 39. Constituem deveres do condenado: (...) V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;”
- 12 Lei 7.210/1984: “Art. 41. Constituem direitos do preso: (...) II – atribuição de trabalho e sua remuneração;”

- 13** Lei 12.714/2012: “Art. 4º O sistema referido no art. 1º deverá conter ferramentas que: I – informem as datas estipuladas para: a) conclusão do inquérito; b) oferecimento da denúncia; c) obtenção da progressão de regime; d) concessão do livramento condicional; e) realização do exame de cessação de periculosidade; e f) enquadramento nas hipóteses de indulto ou de comutação de pena; II – calculem a remição da pena; e III – identifiquem a existência de outros processos em que tenha sido determinada a prisão do réu ou acusado. § 1º O sistema deverá ser programado para informar tempestiva e automaticamente, por aviso eletrônico, as datas mencionadas no inciso I do *caput*: I – ao magistrado responsável pela investigação criminal, processo penal ou execução da pena ou cumprimento da medida de segurança; II – ao Ministério Público; e III – ao defensor. § 2º Recebido o aviso previsto no § 1º, o magistrado verificará o cumprimento das condições legalmente previstas para soltura ou concessão de outros benefícios à pessoa presa ou custodiada e dará vista ao Ministério Público.”
- 14** CP: “Art. 36. O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado. § 1º O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga. § 2º O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.”
- 15** 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. (...) § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”
- 16** Lei 7.210/1984: “Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.”
- 17** Enunciado 26 da Súmula Vinculante: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”
- 18** Enunciado 439 da Súmula do STJ: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.”
- 19** Lei 7.210/1984: “Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.”

- 20 Lei 7.210/1984: “Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando (...) II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (...) IV – determinar a prisão domiciliar;”
- 21 Lei 7.210/1984: “Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”
- 22 CP: “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; VI – limitação de fim de semana.”
- 23 CP: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) § 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.”
- 24 GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 222.
- 25 Caso em que o Tribunal proferiu decisão manipulativa de efeitos substitutivos: ADI 2.332 MC, rel. min. Roberto Barroso, P.
- 26 DE LA VEJA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 229-230.
- 27 Em razão da utilização da técnica de decisão manipulativa de caráter aditivo, deverá o CNJ apresentar projeto de estruturação do Cadastro Nacional de Presos, com etapas e prazos de implementação, devendo o banco de dados conter informações suficientes para identificar os mais próximos da progressão ou extinção da pena; relatório sobre a implantação das centrais de monitoração e penas alternativas, acompanhado, se for o caso, de projeto de medidas ulteriores para desenvolvimento dessas estruturas; projeto para reduzir ou eliminar o tempo de análise de progressões de regime ou outros benefícios que possam levar à liberdade. Relatório deverá avaliar: a adoção de estabelecimentos penais alternativos; o fomento à oferta de trabalho e o estudo para os sentenciados; a facilitação da tarefa das unidades da Federação na obtenção e acompanhamento dos financiamentos com recursos do Funpen; a adoção de melhorias da administração judiciária ligada à execução penal.
- 28 Lei 7.210/1984: “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: (...) VI – zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei;”
- 29 LC 79/1994: “Art. 3º Os recursos do Funpen serão aplicados em: I – construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais; II – manutenção dos serviços penitenciários; III – formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário; IV – aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais; V – implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado; VI – formação educacional e cultural do preso e do internado; VII – elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos; VIII – programas

de assistência jurídica aos presos e internados carentes; IX – programa de assistência às vítimas de crime; X – programa de assistência aos dependentes de presos e internados; XI – participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior; XII – publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica; XIII – custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos; XIV – manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica; XV – implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.” (Conferir art. 1º da Lei 13.500/2017, que alterou a redação do dispositivo.)

É constitucional o § 4º do art. 33 do Código Penal (CP), que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a Administração Pública à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultada a possibilidade de parcelamento da dívida.

Em matéria de crimes contra a Administração Pública – como também nos crimes de colarinho branco em geral –, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, é a de natureza pecuniária, uma vez que essa, sim, tem o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvam a apropriação de recursos públicos.

Por outro lado, não é o direito fundamental à liberdade do condenado que está em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deve se dar em regime mais favorável ou não, o que afasta a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida.

Nesse sentido, a norma em questão não é a única prevista na legislação penal a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, basta uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano:

- I – pode ser causa de revogação obrigatória do *sursis*;
- II – impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses;
- III – pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto;
- IV – afasta a atenuante genérica do art. 65, III, *b*, do Código Penal (CP), entre outros.¹

Ademais, apesar da existência de corréus – devedores solidários –, o valor integral da dívida pode ser exigido de cada um, nada a impedir que, eventualmente, rateiem entre eles o pagamento devido.

Nesse sentido, sendo do sentenciado o interesse de quitar a dívida para o fim de progressão de regime, cabe a ele, espontaneamente, tomar as providências para isso.

A esse propósito, e como regra, decisões judiciais devem ser cumpridas voluntariamente, sem necessidade de se aguardar a execução coercitiva.

Não há impedimento, contudo, para que o agravante firme com a União acordo de parcelamento, nos moldes adotados para outros devedores, aplicando-se, por analogia, o art. 50 do CP.

- 1 O ministro Dias Toffoli, ao assentar a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP, ressaltou seu entendimento quanto à admissão da possibilidade de progressão de regime, desde que aquele que pleiteie o benefício venha efetivamente a comprovar total impossibilidade de reparação do dano, em uma leitura conjugada do dispositivo em análise com o inciso IV do art. 83 do CP. No ponto, foi acompanhado pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (presidente).

- » Penas
 - » Aplicação da pena
 - » Fixação da pena

Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal.

A dosimetria da pena, além de não admitir soluções arbitrárias e voluntaristas, supõe, como pressuposto de legitimidade, adequada fundamentação racional, revestida dos predicados de logicidade, harmonia e proporcionalidade com os dados empíricos em que se deve basear. Assim, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena faz parte do processo de individualização da pena, tendo, no âmbito do Código Penal (CP), interpretação sistemática dos arts. 33¹ e 59², ou seja, a integração do critério referente ao *quantum* da pena e os vetores subjetivos relacionados às circunstâncias judiciais.

Quando, além de o *quantum* da pena permitir a imposição de regime inicial mais brando, o réu for primário e a pena-base for fixada no mínimo legal, impõe-se a eleição do regime prisional mais adequado. Ademais, em prol do princípio da legalidade, deve haver criteriosa e coerente observância dos limites impostos pelo legislador ordinário.³

A estreita correlação entre as circunstâncias judiciais e o regime de pena consta, expressamente, da exposição de motivos do CP.⁴ Se o julgador “considerou todos os elementos do art. 59 favoráveis, estabelecendo a pena no patamar mínimo, também o regime deve merecer idêntico critério, determinando-se o mais brando possível”⁵.

Implica manifesto “contrassenso ter sido a pena da paciente fixada no patamar mínimo legal, por inexistência de motivos hábeis à sua majoração, e, ao mesmo tempo, assentar-se o regime mais gravoso em torno de proposições não cogitadas na primeira fase da dosimetria”⁶.

Igualmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a interpretação consolidada, revertida no Enunciado 440 da Súmula do STJ, orienta que, “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”.

A justificativa adotada pelo magistrado exprime as elementares do delito e revela a opinião do julgador sobre a gravidade do delito, em absoluta desconformidade com o Enunciado 718 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF)⁷.

- 1 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. (...) § 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 semiaberto; 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.”
- 2 CP: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:”
- 3 HC 121.939, red. p/ o ac. min. Edson Fachin, 1ª T; RHC 125.435, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; HC 113.577, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T; e HC 83.605, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T.
- 4 Exposição de Motivos 211, de 9 de maio de 1983 (exposição de motivos do CP): “34. A opção pelo regime inicial da execução cabe, pois, ao juiz da sentença, que o estabelecerá no momento da fixação da pena, de acordo com os critérios estabelecidos no art. 59, relativos à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, bem como aos motivos e circunstâncias do crime.”
- 5 NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 260.
- 6 HC 99.996, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T.
- 7 Enunciado 718 da Súmula do 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.”

O condenado não reincidente cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto [Código Penal (CP), art. 33, § 2º, b], caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis.

A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso deve ser fundamentada, 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 (CP, art. 33, § 3º¹).

Nessa linha, conclui-se que “a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto”².

Por fim, “afigura-se inadmissível, por contrastar com os Enunciados 718³ e 719⁴ da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF), a fixação do regime inicial mais gravoso com base na mera opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime”⁵.

1 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. (...) § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

2 HC 133.028, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

3 Enunciado 718 da Súmula do 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.”

4 Enunciado 719 da Súmula do STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

5 RHC 119.893, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T.

Não é possível reconhecer o aumento da pena-base diante da culpabilidade reconhecida meramente por consciência da ilicitude.

A consciência da ilicitude é pressuposto da culpabilidade – art. 21, Código Penal (CP)¹ – e, portanto, circunstância inidônea à exasperação da pena.

A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Em observância ao princípio constitucional da não culpabilidade [Constituição Federal (CF), art. 5º, LVII²], somente a condenação penal transitada em julgado pode legitimar a consideração de o réu ostentar o *status* jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes.³

Assim, “a mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a perseguições criminais ainda em curso não basta, só por si ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes”⁴.

1 CP: “Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.”

2 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

3 RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, P.

4 RHC 113.381, rel. min. Celso de Mello, 2ª T.

Indicados os vetores que justificaram a exacerbação da pena-base, a sua fixação de forma conglobada – sem especificar o *quantum* de pena especificamente atribuído a cada um dos vetores considerados negativos – não viola os princípios da individualização da pena e da motivação.^{1 a 3}

Para satisfazer ao imperativo de motivar a fixação da pena, “a sentença não se há de subordinar necessariamente a fórmulas rígidas, particularmente à compartimentação estanque de sua fundamentação”⁴.

Ainda que recomendável a atribuição de um *quantum* de pena, isoladamente, a cada vetor considerado na primeira fase da dosimetria, sua inobservância não gera nulidade.

Com efeito, a fixação de pena-base conglobada não impede que as instâncias superiores exerçam o controle de sua legalidade e determinem seu reajustamento, se não houver base empírica idônea que confira suporte aos vetores invocados ou se desarrazoada a majoração havida.

Desde a égide da revogada Lei 6.368/1976, a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base.^{5 e 6}

Quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior o potencial lesivo à sociedade, a exigir que a resposta penal seja proporcional ao crime praticado.⁷

Da mesma forma, as circunstâncias judiciais – uso de empresas de fachada para dar cobertura ao envio da droga; ocultação da droga em partes de animais para ilaquear a fiscalização e desdobramento de atividade criminosa organizada, dotada de extensa base operacional, espreada por diversos Estados da Federação, e estruturada de forma empresarial – também demonstram o elevado grau de reprovabilidade da conduta do paciente e justificam o agravamento da pena-base.

A via estreita do *habeas corpus* não permite que se proceda à ponderação e ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal (CP), consideradas na sentença condenatória.⁸

“Em sede de *habeas corpus*, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ‘ao exame da motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão.’”^{9 e 10}

Para se chegar a conclusão diversa daquela adotada pelas instâncias ordinárias, seria necessário revolver-se o conjunto fático-probatório, o que não se admite em sede de *habeas corpus*.¹¹

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não examinou, definitivamente, as teses suscitadas na presente impetração, ao invocar o óbice do Enunciado 7 da Súmula daquela Corte, segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Dessa feita, sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), configuraria supressão de instância. Isso é inadmissível, uma vez que a Suprema Corte não pode, em exame *per saltum*, apreciar questão não analisada, em definitivo, pelo STJ.¹²

Outrossim, o *habeas corpus* não é meio idôneo “para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o paciente”¹³.

Nada obstante, cabe ressaltar que o STF admite a concessão de *habeas corpus* de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Os elevados custos da atuação estatal para apuração da conduta criminosa e o enriquecimento ilícito logrado pelo agente não constituem motivação idônea para a valoração negativa do vetor “consequências do crime” na primeira fase da dosimetria da pena (CP, art. 59¹⁴).

Essas circunstâncias não se subsomem no vetor “consequências do crime”, entendido como extensão do dano produzido pelo ilícito em si.

Ao juiz compete demonstrar, fundamentadamente, com base empírica idônea, os critérios e as circunstâncias de que se valeu na concretização da pena imposta, notadamente nas hipóteses de grande exasperação, em que a pena é fixada no máximo legal ou próximo a esse limite, a fim de se evitarem soluções arbitrárias.¹⁵

Ademais, a quantidade e a natureza da droga, uma vez valoradas negativamente a título de culpabilidade, não podem também ser valoradas a título de consequências do crime, sob pena de *bis in idem*.

Quanto aos motivos do crime, também é incabível a sua valoração negativa, ao fundamento de que “a motivação consignada na sentença (‘consubstanciados simplesmente no lucro fácil’) é inerente ao tipo penal de tráfico de entorpecentes e à própria criminalização”.

Não caracteriza *reformatio in pejus* o reajustamento da pena-base pela instância superior que, apesar de atribuir *quantum* diverso a determinados vetores, não extravasa a pena aplicada na primeira instância.¹⁶

“[A] jurisprudência contemporânea da Corte é assente no sentido de que o efeito devolutivo da apelação, ainda que em recurso exclusivo da defesa, ‘autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão somente pelo teor da acusação e pela prova produzida’.”¹⁷

Assim, o tribunal de origem, ao reconhecer uma motivação inidônea, pode impor aos demais vetores um *quantum* maior que o atribuído em primeiro grau. Por conseguinte, pode deixar de proceder ao decotamento correspondente na pena-base, ao fundamento de que os demais vetores negativamente valorados seriam suficientes, por si sós, para a manutenção do *quantum* fixado na sentença.

- 1 Constituição Federal (CF)/ 1988: “Art. 5º (...) 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;”
- 2 CF/1988: “Art. 93. (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”
- 3 Na espécie, houve motivação adequada para a valoração negativa da culpabilidade, das circunstâncias do crime e da conduta social do paciente. Demonstrou-se, com base em elementos concretos, o maior grau de censurabilidade da conduta, a justificar a acentuada exasperação da pena-base.
- 4 HC 67.589, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T.

- 5 Na espécie, não bastasse a elevada quantidade de droga apreendida (quase uma tonelada e setecentos quilos) e sua natureza (cocaína) – que constituiria, à época, a segunda maior apreensão do gênero no País –, o paciente cometeu os crimes durante dilatado lapso temporal, agindo ainda na condição de representante de um dos maiores compradores de cocaína colombiana, tudo a evidenciar a maior censurabilidade de sua conduta.
- 6 RHC 123.367, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; e RHC 122.598, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.
- 7 HC 121.389, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T.
- 8 HC 120.146, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T.
- 9 HC 69.419, rel. min. Sepúlveda Pertence, 2ª T.
- 10 RHC 119.894 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T.
- 11 RHC 105.150, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; RHC 121.092, rel. min. Luiz Fux, 1ª T; HC 118.602, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; HC 111.398, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T; e RHC 119.960, rel. min. Luiz Fux, 1ª T.
- 12 HC 111.171, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; HC 113.172, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; HC 118.836 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T; HC 116.857 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; HC 114.583, rel. min. Cezar Peluso, 2ª T; HC 92.264, rel. min. Menezes Direito, 1ª T; e HC 90.654, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T.
- 13 HC 94.655, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T; e RHC 121.602, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T.
- 14 CP: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:”
- 15 HC 101.118, red. p/ o ac. min. Celso de Mello, 2ª T.
- 16 RHC 135.524, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T.
- 17 HC 106.113, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T; e RHC 135.524, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T.

O comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos não se confunde com seus antecedentes criminais.¹

Antes da reforma da parte geral do Código Penal (CP) de 1984, a análise dos antecedentes abrangia todo o passado do agente e incluía, além dos registros criminais, o seu comportamento em sociedade.

Com a Lei 7.209/1984, a conduta social, prevista no art. 59 do CP², passou a ter configuração própria. Introduziu-se um vetor apartado com vistas a avaliar os antecedentes sociais do réu, os quais não mais se confundem com seus antecedentes criminais.

Nesse contexto, exasperar a pena-base mediante a invocação de antecedentes sociais exige do magistrado a clara demonstração de subsunção da realidade fática ao preceito legal, dentro dos limites típicos.

1 HC 122.152, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; e HC 121.758, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

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

Direito Penal

» Penas

» Aplicação da pena

» Fixação da pena

HC 94.620

HC 94.680

rel. min. **Ricardo Lewandowski**

Plenário

DJE de 24-11-2015

Informativo STF 791

Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.^{1 e 2}

Logo, “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais”.

O lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutive potencializa a atuação da polícia judiciária, bem como a precariedade de certos pronunciamentos judiciais.

Nesse sentido, elementos passíveis de perder a sustentação fática não podem ser usados como reveladores de antecedentes.

No entanto, tendo em conta as manifestações proferidas e o fato de se tratar de *habeas corpus*, a Corte pronunciou-se no sentido da possibilidade de rever, em recurso extraordinário a ser oportunamente apreciado, a tese firmada no mencionado precedente em repercussão geral.

1 Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”

2 Aplicado o entendimento firmado no Tema 129 da repercussão geral, *leading case*: RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, P.

Não configura constrangimento ilegal a fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, exclusivamente em decorrência do fato de a pena-base haver sido estabelecida acima do mínimo legal pela valoração negativa de duas das circunstâncias judiciais (circunstâncias e consequências do crime).

Desde que as circunstâncias judiciais sejam desfavoráveis ao réu e que a decisão judicial esteja devidamente fundamentada, mediante apresentação de justificativa plausível, admite-se a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal (CP)¹ e do Enunciado 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF)².

1 CP: “Art. 33. (...) § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”

2 Enunciado 719 da Súmula do STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

O lançamento, no mundo jurídico, de enfoque ainda não definitivo e, portanto, sujeito a condição resolutiva potencializa a precariedade de certos pronunciamentos judiciais. Nesse sentido, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deve militar em favor do acusado.

Por outro lado, o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do Código Penal não é óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma.

Ademais, conflita com a ordem jurídica considerar, para a majoração da pena-base, processos que resultaram na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º), na concessão de remissão em procedimento judicial para apuração de ato infracional previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (com aplicação de medida de caráter reeducacional), na extinção da punibilidade, entre outros, excetuados os resultantes em indulto individual ou coletivo, ou em comutação de pena.

Para efeito de aferição dos maus antecedentes, deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa.

As condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não são aptas a desabonar os antecedentes, na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido, a incidência penal só serve para agravar a medida da pena quando ocorrida antes do cometimento do delito¹, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio.²

¹ HC 73.174, rel. min. Francisco Rezek, 2ª T.

2 O colegiado explicou que a jurisprudência da Corte sobre o tema está em evolução, e a tendência atual é no sentido de que a cláusula constitucional da não culpabilidade (Constituição Federal, art. 5º, LVII) não pode ser afastada. Há semelhante movimento por parte da doutrina, a concluir que, sob o império da nova ordem constitucional, somente podem ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis. Assim, não podem ser considerados para esse fim outras investigações ou processos criminais em andamento, mesmo em fase recursal. Esse ponto de vista está em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Ademais, há recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas no sentido de que o poder público deve abster-se de prejulgar o acusado. Colacionou, também, o Enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (“É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”).

Em tema de dosimetria penal, reputa-se destituída de fundamentação sentença condenatória que se abstenha de descrever, de maneira racionalmente adequada, o itinerário lógico percorrido pelo juiz na definição da *sanctio juris*, pois cumpre ao magistrado indicar, no ato de imposição da pena, as razões que, fundadas em dados da realidade constantes do processo de conhecimento, conferem expressão concreta aos elementos normativos abstratamente previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.¹

A especial exacerbação da pena-base deve ser ato decisório adequadamente motivado, que satisfaça, de modo pleno, a exigência de fundamentação substancial evidenciadora da necessária relação de proporcionalidade e de equilíbrio entre a pretensão estatal de máxima punição e o interesse individual de mínima expiação², tudo em ordem a inibir soluções arbitrárias ditadas pela só e exclusiva vontade do juiz.

No caso, observou-se que o juiz sentenciante considerou todas as circunstâncias do delito de modo global, em fase única, procedendo de maneira absolutamente incompatível com o modelo trifásico. Assim, não se identificou a necessária motivação no ato decisório em causa³, já que não descrito de maneira racionalmente adequada e de modo plenamente ajustado à realidade objetiva dos fatos constantes do processo penal de conhecimento, o “itinerário lógico que conduziu o juiz às conclusões inseridas na parte dispositiva de sua manifestação sentencial”⁴.

Nesse sentido, embora a divisão da droga em frações (54 “trouxinhas”) indique potencial de alcançar grande número de usuários, essa circunstância não prepondera sobre o fato de a quantidade da droga ser pequena (7,1 g). Além disso, a utilização da própria residência como ponto de venda de drogas, por si só, não enseja maior reprovabilidade da conduta delituosa.

Incorre, ainda, em *bis in idem* a utilização do fato de o réu estar cumprindo pena por crime idêntico para apontar a personalidade voltada para o crime e, simultaneamente, considerá-lo como antecedente desfavorável. Por fim, o uso contumaz de drogas não pode ser empregado como indicativo de necessidade de agravamento da reprimenda,

visto que a conduta do usuário que venda drogas para sustentar o próprio vício é menos reprovável do que a daquele que tenha contato com as drogas apenas com intuito de lucro.

- 1 “É de mister que o julgador deixe dito como e por que chegou à fixação ou dosagem das penas que impôs na sentença; como e por que reduziu certa quantidade de pena e não outra; como e por que segue este caminho ou outro distinto. A sentença não é um ato de fé, mas um documento de convicção racionada e as fases do cálculo de pena devem ser muito claras para que defesa e Ministério Público tenham ciência do julgado e possam dele recorrer. O Réu, especialmente ele, não tem apenas o direito de saber por que é punido, mas, também, o direito de saber por que lhe foi imposta esta ou aquela pena.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Pena e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 184 – Citação contida no voto do red. p/ o ac. min. Celso de Mello, no presente julgamento.)
- 2 HC 96.590, rel. min. Celso de Mello, 2ª T.
- 3 O recorrente foi condenado a nove anos e seis meses de reclusão pela prática do crime tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006.
- 4 RTJ 143/600, 604, rel. min. Sepúlveda Pertence.

Direito Penal

» Penas

» Aplicação da pena

» Fixação da pena

HC 119.200

rel. min. **Dias Toffoli**

1ª Turma

DJE de 12-3-2014

Informativo STF 735

A existência de condenação anterior, ocorrida em prazo superior a cinco anos, contado da extinção da pena, não pode ser considerada mau antecedente [Código Penal (CP), art. 59, *caput*].

Se o paciente não pode ser considerado reincidente diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores também não pode caracterizar maus antecedentes.¹

¹ RE 593.818 RG, rel. min. Roberto Barroso, P; e RE 591.054, rel. min. Marco Aurélio, P.

- » Penas
 - » Aplicação da pena
 - » Reincidência

As condenações transitadas em julgado e alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos, dada a redação do art. 64, I, do Código Penal, não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena.

O período depurador de cinco anos possui a aptidão de nulificar a reincidência, de forma que não pode mais influenciar no *quantum* de pena do réu e em nenhum de seus desdobramentos.

A *ratio legis* consiste em apagar da vida do indivíduo os erros do passado, já que houve o devido cumprimento de sua punição. Desse modo, é inadmissível atribuir à condenação o *status* de perpetuidade, sob pena de violação aos princípios constitucionais e legais, sobretudo o da ressocialização da pena.

A Constituição Federal (CF) veda expressamente, no art. 5º, XLVII, *b*¹, as penas de caráter perpétuo.

Esse dispositivo suscita a questão acerca da proporcionalidade da pena e de seus efeitos para além da reprimenda corporal propriamente dita. Nessa perspectiva, por meio de cotejo das regras basilares de hermenêutica, constata-se que, se o objetivo primordial fosse o de afastar a pena perpétua, reintegrando o apenado no seio da sociedade, com maior razão deve-se aplicar esse raciocínio aos maus antecedentes.

Ademais, o agravamento da pena-base com fundamento em condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos não encontra previsão na legislação pátria, tampouco na Constituição. Trata-se de uma analogia em prejuízo ao réu, método de integração vedado em nosso ordenamento.

1 CF/1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XLVII – não haverá penas: (...) b) de caráter perpétuo."

É válida a incidência concomitante de majorantes, sobretudo nos casos em que sua previsão seja arbitrada em patamar fixo pelo legislador e não comporte margem para a extensão judicial do *quantum exasperado*.

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal (CP)¹ estabelece, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade, e não um dever, de o magistrado, na hipótese de concurso de causas de aumento de pena previstas na parte especial, limitar-se a um só aumento.

Assim, não há que falar em arbitrariedade ou excesso que justifique a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal² relativamente à incidência simultânea dos incisos I e II do art. 226 do CP³, vigente à época dos fatos, na dosimetria da pena.

1 CP: “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. 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.”

2 Na espécie, o paciente teve sua pena majorada duas vezes ante a incidência concomitante dos incisos I e II do art. 226 do CP, uma vez que, além de ser padrasto da criança abusada sexualmente, consumou o crime mediante concurso de agentes.

3 CP: “Art. 226. A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;”

Os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes não se qualificam como fato típico único e devem ser punidos em concurso material.¹

Trata-se de crimes de espécies distintas, razão pela qual é inviável o reconhecimento da continuidade delitiva [Código Penal (CP), art. 71²].³

A principal diferença entre as duas figuras delituosas reside no fato de que na extorsão a participação da vítima é condição para que o crime seja praticado; ou seja, o apoderamento do objeto material depende da conduta da vítima. No roubo, o crime ocorrerá independentemente de uma ação ou omissão do sujeito passivo.

1 HC 106.433, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; RHC 112.676, rel. min. Rosa Weber, 1ª T.

2 CP: “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. 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.”

3 HC 113.900, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

Direito Penal

» Penas

» Aplicação da pena

» Crime continuado

HC 127.158

rel. min. Dias Toffoli

2ª Turma

DJE de 27-8-2015

Informativo STF 791

A imprecisão quanto ao número de crimes praticados não obsta a aplicação da causa de aumento de pena da continuidade delitiva em seu patamar máximo. Entretanto, deve haver elementos seguros que demonstrem terem sido vários os crimes praticados ao longo de dilatado lapso temporal.

O *quantum* de exasperação da pena, por força da continuidade delitiva, deve ser proporcional ao número de infrações cometidas.

Assim, ainda que não se saibam exatamente quantos delitos foram praticados, mas havendo reiteração no cometimento dos delitos, pode-se majorar a pena devido à continuidade delitiva.

- » Penas
 - » Suspensão condicional da pena
 - » Indulto

O cumprimento do período de prova da *sursis* não atende ao requisito objetivo de cumprimento de um sexto da pena em prisão provisória, expressamente estabelecido no art. 1º, XIV, da Lei 8.712/2013.

O art. 1º, XIV, do Decreto 8.172/2013 concedeu indulto aos condenados a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiados com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2013, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes.¹

O paciente não faz *jus* ao benefício do indulto requerido, pois a suspensão condicional não tem natureza jurídica de pena, mas de suspensão da execução da pena privativa de liberdade.

1 Decreto 8.172/2013: “Art. 1º Concede-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras: (...) XIV – condenadas a pena privativa de liberdade sob o regime aberto ou substituída por pena restritiva de direitos, na forma do art. 44 do Código Penal, ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que tenham cumprido, em prisão provisória, até 25 de dezembro de 2013, um sexto da pena, se não reincidentes, ou um quinto, se reincidentes;”

Os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal (CP) são decorrentes de sentença penal condenatória.

Os efeitos do art. 91 do CP, apesar de não possuírem natureza penal propriamente dita, constituem uma drástica intervenção estatal na realidade patrimonial dos acusados.

Por isso, embora operem *ex lege*, as medidas acessórias previstas no aludido preceito exigem a formação de um juízo prévio a respeito da culpa do investigado. Do contrário, haveria evidente ofensa ao devido processo legal.¹

A imposição desses efeitos somente poderá ser viabilizada mediante a observância de um devido processo, que garanta ao acusado a possibilidade de exercer o direito de resistência por todos os meios legais colocados à sua disposição.

A sentença relativa à transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76) possui natureza homologatória.

A sanção imposta com o acolhimento da transação não decorre de qualquer juízo estatal a respeito da culpabilidade do investigado. Afinal, é estabelecida antes mesmo do oferecimento de denúncia, da produção de prova e da prolação de veredicto.

Nesse caso, a sanção é ato judicial meramente homologatório, expedido de modo sumário em favor do interesse público na célere resolução de conflitos sociais de diminuta lesividade para os bens jurídicos tutelados pelo estatuto penal. Não há, portanto, qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante.

Assim, justamente porque a homologação da transação prescinde da instauração de processo formal para apurar a responsabilidade criminal, o juiz não pode, em caso de descumprimento dos termos do acordo, substituir a medida restritiva de direito consensualmente fixada por uma pena privativa de liberdade compulsoriamente aplicada.²

As consequências geradas pela transação penal da Lei 9.099/1995 são essencialmente aquelas estipuladas no instrumento do acordo.

Decretar o confisco de bem pertencente àquele que se submeteu tão somente à transação penal priva o proprietário da titularidade sem lhe oportunizar o exercício dos meios de defesa legalmente estabelecidos. Incorre-se, com isso, em manifesta transgressão às garantias constitucionais do art. 5º, LIV, LV, LVII e XXII.

A imposição da medida confiscatória sem o devido processo legal revela-se antagônica não apenas à acepção formal das garantias do art. 5º da Constituição Federal, como também ao seu significado material, destinado a vedar as iniciativas estatais que incorram, seja pelo excesso, seja pela insuficiência, em resultado arbitrário.

Apesar de as consequências da homologação da transação serem apenas aquelas estipuladas de modo consensual no termo de acordo³, nada impede que outros efeitos extrapenais sejam incluídos na proposta de transação.

Nesses termos, a realização ou não da transação penal dependerá da aceitação daquele a quem se propõe o acordo. Impede-se, apenas, que tais efeitos se deem de forma reflexa e automática em razão da homologação da transação penal.⁴

Por fim, cabe destacar que, além do que está no acordo, o único efeito acessório gerado pela homologação será o previsto ao final do § 4º do art. 76 da Lei 9.099/1995⁵. Os demais efeitos penais e civis decorrentes das condenações penais não serão consituídos (§ 6º do art. 76).

1 RE 362.047, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T.

2 Sobre a impossibilidade de conversão automática das sanções acordadas em transação penal em penas restritivas de direito, em caso de descumprimento: HC 83.598, rel. min. Sepúlveda Pertence, 1ª T.

3 HC 79.572, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T.

4 No caso, o procedimento penal foi instaurado para apurar a prática de contravenção tipificada no art. 58 do Decreto-Lei 3.668/1941 (“Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração”). Por ocasião da lavratura do termo circunstanciado, a motocicleta de propriedade do investigado foi apreendida em virtude de suposto uso na execução do ilícito. Ocorre que a transação penal ofertada pelo Ministério Público e aceita pelo recorrente impunha apenas pagamento de prestação pecuniária e medida restritiva de direitos. No entanto, após o integral cumprimento da pena, o juízo decretou a perda do veículo anteriormente apreendido.

5 Lei 9.099/1995: “Art. 76. (...) § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.”

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

- » Extinção da punibilidade
- » Indulto
- » Natureza jurídica

A concessão do indulto está inserida no exercício do poder discricionário do presidente da República.¹

O benefício configura típico ato de governo – praticado pelo presidente da República, com fundamento no inciso XII do art. 84 da Constituição Federal (CF)² – que se situa no âmbito da política criminal.³

A concessão do indulto se caracteriza pela “ampla discricionariedade, inobstante seja empreendido para a consecução de fins constitucionalmente preordenados e sujeitar-se ao controle de legalidade pelo Judiciário”⁴.

Trata-se, ademais, “de instrumento de política criminal de que dispõe o chefe do Executivo, configurando o seu emprego típica sanção premial, na consagrada terminologia de Hans Kelsen. E, em assim sendo, constitui decisão sujeita a critérios de conveniência e oportunidade, a ser empreendida sob a ótica da prevenção criminal, com amparo nos subsídios da Criminologia e demais ciências sociais”⁵.

Ao contrário da graça, o indulto (ou indulto individual) configura uma espécie de “clemência destinada a um grupo de sentenciados, tendo em vista a duração das penas aplicadas, podendo exigir requisitos subjetivos (tais como a primariedade, comportamento carcerário, antecedentes) e objetivos (v.g., cumprimento de certo montante da pena, exclusão de certos tipos de crimes)”⁶.

O indulto pode ser, ainda, “total, quando extingue todas as condenações do beneficiário, ou parcial, quando apenas diminui ou substitui a pena por outra mais branda. Neste último caso, não se extingue a punibilidade, chamando-se comutação”⁷.

Assim, considerando o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos do Decreto 8.380/2014 e o padrão adotado, com pequenas variações, desde 1998, para a edição desse ato, impõe-se a extinção da punibilidade do sentenciado (Código Penal, art. 107, II).

¹ ADI 2.795 MC, rel. min. Maurício Corrêa, P.

² CF/1988: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;”

3 HC 84.829, rel. min. Marco Aurélio, 2ª T.

4 HC 90.364, rel. min. Ricardo Lewandowski, P.

5 Idem.

6 “Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências.”

7 “i) entre os anos de 1998 e 2002, bastava que os condenados estivessem inseridos no regime prisional aberto, sem regressão, para que pudessem usufruir do indulto de natal; ii) entre 2003 e 2008, a inserção do apenado no regime aberto não era decisiva para concessão do indulto; iii) em 2009, faziam jus ao indulto os condenados a pena privativa de liberdade que estivessem no regime aberto, desde que a pena remanescente não fosse superior a seis anos, se não reincidente, e a quatro anos, se reincidente, desde que cumprido um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente; iv) em 2010, faziam jus ao indulto os condenados a pena privativa de liberdade que estivessem no regime aberto, desde que a pena remanescente não fosse superior a seis anos, se não reincidente, e a quatro anos, se reincidente, desde que cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente; v) entre os anos de 2011 e 2014, faziam jus ao indulto os condenados a pena privativa de liberdade que estivessem no regime aberto, desde que a pena remanescente não fosse superior a oito anos, se não reincidente, e a seis anos, se reincidente, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente;” (Trecho do voto do rel. min. Roberto Barroso no presente julgamento.)

- » Extinção da punibilidade
- » Prescrição
- » Prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva fica suspensa no período em que estiverem sendo cumpridas as condições de parcelamento do débito fiscal, desde que a inclusão no Programa de Recuperação Fiscal (Refis) tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia.¹

A adesão ao programa de parcelamento Refis (Lei 9.964/2000, art. 15²) suspende a ação penal durante o período em que cumpridas as condições estabelecidas. Ademais, essa lei se aplica inclusive em relação a fatos ocorridos antes de sua vigência³, pois é muito maior a vantagem da suspensão da pretensão punitiva do que a correspondente desvantagem da suspensão do prazo prescricional, sobretudo tendo em vista a possibilidade da extinção da punibilidade, se realizado o pagamento integral do débito tributário (Lei 9.249/1995 e Lei 10.684/2003).

Não haveria lógica em permitir que a prescrição seguisse seu curso normal no período de inclusão no Refis. Se assim fosse, a adesão ao programa, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo do que como um meio de promover a regularização dos débitos fiscais, que é a real finalidade do programa.

¹ HC 81.444, rel. min. Nelson Jobim, 2ª T.

² Lei 9.964/2000: “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. § 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.”

³ RE 339.535, rel. min. Sepúlveda Pertence, decisão monocrática.

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Prescrição da pretensão punitiva

Visando à declaração da prescrição pela pena em abstrato, inexistente interesse de agir quando o órgão julgador proclamar a prescrição com base na pena em concreto.

Juridicamente, não há diferença entre declarar a extinção da punibilidade com fundamento na prescrição pela pena em concreto ou pela sanção em abstrato, uma vez que o fundamento jurídico é o mesmo, o art. 107, IV, do Código Penal (CP)¹.

Descabe, assim, o uso de embargos de declaração, pois o Código de Processo Penal (CPP) condiciona a admissão de recursos à existência de interesse da parte em reformar ou modificar a decisão.² Ocorre que, quando há sentença declaratória de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva – em razão da pena em concreto ou em abstrato –, a decisão tem efeitos jurídicos idênticos aos da absolvição e, portanto, não há interesse recursal em modificar apenas o enquadramento legal do pronunciamento jurisdicional.³

1 CP: “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: (...) IV – pela prescrição, decadência ou preempção;”

2 CPP: “Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.”

3 HC 101.412, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T; e AI 528.695 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

Direito Penal

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Prescrição da pretensão punitiva

Inq 3.574 AgR

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 16-6-2015

Informativo STF 788

Não se admite a denominada prescrição em perspectiva.

O ordenamento jurídico não comporta interpretação que viabilize aplicar a prescrição da pretensão punitiva, considerada possível sentença condenatória.

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o agravo regimental em que se impugna decisão monocrática de integrante da Corte, mesmo que o agravante não mais detenha prerrogativa de foro.

A decisão atacada não pode ser decidida, sob o ângulo do mérito, por órgão distinto. Daí a irrelevância de o agravante não mais estar no exercício do mandato de deputado federal.

Assim, o julgamento de recurso contra decisão de ministro do Supremo é de competência da própria Corte. A atuação do juízo de primeiro grau, ainda que cessado o mandato do detentor de foro por prerrogativa de função, violaria as regras de competência funcional.

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Prescrição da pretensão punitiva

É constitucional o art. 110, § 1º, do Código Penal (CP)¹, com a redação dada pela Lei 12.234/2010.

A Lei 12.234/2010, ao conferir nova redação ao art. 110, § 1º, do CP, 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, o reconhecimento da prescrição entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou da queixa.

Essa modalidade de prescrição é denominada “retroativa” porque contada para trás, da condenação até a pronúncia ou o recebimento da denúncia ou queixa, conforme a espécie de crime. Com a promulgação da nova lei, a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de desprovido seu recurso, regula-se pela pena aplicada e não pode ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. Desse modo, foi vedada a prescrição retroativa incidente entre a data do fato e o recebimento da denúncia ou queixa.

Nessa perspectiva, não se opera a prescrição retroativa durante a fase do inquérito policial ou da investigação criminal, período em que ocorrida a apuração do fato, mas poderá incidir a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima em abstrato.

Essa vedação é proporcional em sentido amplo e não viola os princípios da dignidade da pessoa humana [Constituição Federal (CF), art. 1º, III], da humanidade da pena (CF, art. 5º, XLVII e XLIX), da culpabilidade, da individualização da pena (CF, art. 5º, XLVI), da isonomia (CF, art. 5º, II) ou da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ademais, a norma não retroage para atingir autores de crimes cometidos antes de sua entrada em vigor.

¹ CP: “Art. 110. (...) § 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.”

Direito Penal

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição, decadência e preempção
 - » Prescrição da pretensão punitiva

HC 114.422

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 27-5-2014

Informativo STF 745

Aplica-se, por analogia, à evasão do estabelecimento prisional – infração disciplinar de natureza grave – o prazo prescricional em conformidade com o art. 109, VI, do Código Penal.

Inexiste legislação específica quanto à prescrição de infrações disciplinares de natureza grave em execução penal.¹

O regime penitenciário do Estado-membro não tem o condão de regular a prescrição.

Trata-se de matéria de competência legislativa privativa da União (Constituição Federal, art. 22, I).

¹ HC 92.000, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª T.

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Prescrição da pretensão punitiva

Em se tratando de ação penal privada, deve ser atendido pleito de adiamento do julgamento, mesmo diante da previsibilidade da superveniência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

É direito fundamental do querelante ser representado por defesa técnica, de maneira que a continuidade do julgamento sem a presença do advogado implica nulidade. Ademais, nos termos do art. 21, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator é soberano para retirar de pauta um dado feito, conforme julgar conveniente.

Entretanto, no caso, a minoria dos ministros registrou, em divergência, que, embora se cuidasse de ação penal privada, o interesse de punir pertence ao Estado e é de ordem pública, de forma que o colegiado não poderia concorrer para a consumação da prescrição penal.

¹ Em 24-4-2014 foi declarada a extinção da punibilidade pela prescrição, nos termos do que dispõe o inciso IV do art. 107, combinado com o inciso IV do art. 109 e com os arts. 111 e 115, todos do Código Penal. Decisão publicada no DJE de 25-4-2014, com trânsito em julgado em 6-5-2014.

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Prescrição da pretensão executória

RE 696.533

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 5-3-2018

Informativo STF 890

Se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não cabe falar em prescrição da pretensão executória.

A prescrição da pretensão executória¹ pressupõe a inércia do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontra impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena², descabe falar em inércia do titular da pretensão executória³.

Não há como admitir o início da contagem do prazo da prescrição executória enquanto não puder ser efetiva e concretamente exercida a pretensão estatal. O simples trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação não pode ter o automático efeito de iniciar o curso da prescrição executória.

O entendimento de que a prescrição da pretensão executória se iniciaria com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, de uma Justiça efetiva.

Ademais, a existência de manobras procrastinatórias, como a sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia ao cargo que gera a prerrogativa de foro, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Tal entendimento apenas fomentaria a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal.

1 “A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia do Estado. Para Roberto Delmanto Júnior, ‘o instituto da prescrição, além do importantíssimo papel de evitar punições completamente extemporâneas e já sem significado como medida de prevenção especial e geral, retributiva e ressocializadora, possui a correlata função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário. (...) Celeridade que significa diligência e não precipitação, e que é um direito do acusado’ (*Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 403).” (Trecho do voto do red. p/ o ac. min. Roberto Barroso no presente julgamento.)

2 HC 84.078, rel. min. Eros Grau, P.

3 HC 107.710 AgR, rel. min. Roberto Barroso, 1ª T; e HC 115.269, rel. min. Rosa Weber, 1ª T.

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Prescrição da pretensão executória

Ext 1.397

rel. min. Dias Toffoli

2ª Turma

DJE de 3-8-2016

Informativo STF 814

Atendidos os postulados da dupla tipicidade e da punibilidade, não ocorre prescrição da pretensão executória se, no curso do prazo prescricional da pena imposta pelo Estado requerente, o extraditando for condenado por novos crimes no Brasil.

O postulado da dupla tipicidade impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como infração penal tanto no Estado requerente quanto no Brasil. No caso concreto, tal requisito foi preenchido, pois o crime imputado ao extraditando (roubo qualificado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes) encontra correspondência no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (CP) brasileiro¹ e na legislação chilena.

Além disso, o pressuposto da dupla punibilidade exige a inoccorrência da prescrição da pretensão executória sob a óptica tanto da legislação estrangeira como do ordenamento brasileiro.

Havendo a condenação no Brasil do extraditando pela prática de novos crimes, depois de transitar em julgado a sentença que no Estado requerente o tenha condenado, não se opera a prescrição da pretensão executória da pena. Nos termos do art. 117, VI, do CP brasileiro², a reincidência interrompe o curso da prescrição. Tal previsão legal também encontra guarida na legislação alienígena (CP chileno, art. 99).

Ademais, “depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo” (Código Penal brasileiro, art. 116, parágrafo único).

No que se refere aos compromissos assumidos pelo Brasil por meio de tratados internacionais, o requerente, Estado associado ao Mercosul, deverá assegurar a detração referente ao período em que o extraditando permaneceu preso à disposição do Supremo Tribunal Federal (Lei 6.815/1980, art. 91, II³, e Acordo de Extradicação entre os Estados-Partes do Mercosul, art. 17). Nessa perspectiva, deverá ser computado apenas o tempo de prisão provisória transcorrido entre a data da prisão do extraditando e a data do trânsito em julgado do acórdão da extradicação.

- 1 CP brasileiro: “Art. 157. Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: (...) § 2º A pena aumenta-se de um terço até metade: I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma; II – se há o concurso de duas ou mais pessoas;”
- 2 CP brasileiro: “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) VI – pela reincidência.”
- 3 Lei 6.815/1980: “Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: (...) II – de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;”

Direito Penal

- » Extinção da punibilidade
 - » Prescrição
 - » Causas interruptivas da prescrição

RHC 125.078

rel. min. **Dias Toffoli**

1ª Turma

DJE de 8-4-2015

Informativo STF 776

O marco interruptivo do prazo prescricional previsto no art. 117, IV, do Código Penal (CP)¹ (mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei 11.596/2007) é o da data da sessão de julgamento² e não o da publicação do acórdão.

A prescrição é a perda de uma pretensão pelo seu não exercício, dentro de um determinado prazo. Está associada, portanto, à inércia do titular do direito. Porém, realizada a sessão de julgamento, não é mais possível falar em inércia ou em prescrição.

1 CP: “Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se: (...) IV – pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;”

2 AP 409 AgR-segundo, rel. min. Teori Zavascki, P.

CRIMES CONTRA A PESSOA

- » Crimes contra a pessoa
- » Crimes contra a vida
- » Art. 121 – Homicídio¹

Causar a morte de alguém ao dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, além de fazê-lo na contramão, atrai a incidência do art. 121 c/c o art. 18, I², ambos do Código Penal (CP).

O dolo do delito cometido nessas circunstâncias não é direto, mas eventual, pois o condutor assumiu risco ou, no mínimo, não se preocupou com o risco de eventualmente causar lesão ou morte. Diante disso, há que se diferenciar a culpa consciente do dolo eventual, não havendo falar em aplicação do delito previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)³.

Dessa forma, ante o reconhecimento da evolução jurisprudencial na análise de que vem a ser dolo eventual e culpa consciente, é legítimo o tratamento como crime doloso (CP, art. 121, *caput* c/ c art. 18, I) e o julgamento pelo Tribunal do Júri daquele que causa a morte de alguém ao dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, além de fazê-lo na contramão.

1 CP: “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.”

2 CP: “Art. 18. Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;”

3 CTB: “Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas – detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.”

Direito Penal

- » Crimes contra a pessoa
- » Crimes contra a honra
- » Art. 138 e art. 140 – Calúnia e injúria

Inq 3.932

Pet 5.243

rel. min. **Luiz Fux**

1ª Turma

DJE de 9-9-2016

Informativo STF 831

Parlamentar, em tese, pratica o delito de injúria¹ ao afirmar, em entrevista à imprensa, que deputada federal “não merece ser estuprada”.

As declarações do parlamentar atingiram a honra subjetiva da querelante. Afinal, revelaram efetivamente potencial de rebaixar sua dignidade moral, expondo sua imagem à humilhação pública, além de associar as características da mulher à possibilidade de ser vítima de estupro.

A inicial da queixa-crime deve ser rejeitada quando não narrar de que maneira a afirmação do Deputado, de que teria sido chamado de “estuprador” pela querelante, teve por fim específico ofender a honra da deputada federal.

O crime de calúnia [Código Penal (CP), art. 138²] somente se configura quando o agente atribui à vítima a prática de fato criminoso específico, tendo por finalidade última ofender a reputação do caluniado.

¹ CP: “Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:”

² CP: “Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:”

- » Crimes contra a pessoa
 - » Crimes contra a honra
 - » Imunidade parlamentar

Inq 3.672

rel. min. Rosa Weber

1ª Turma

DJE de 21-11-2014

Informativo STF 763

A imunidade material de parlamentar [Constituição Federal (CF), art. 53, *caput*], quanto a crimes contra a honra, alcança as supostas ofensas irrogadas fora do Parlamento apenas quando guardarem conexão com o exercício da atividade parlamentar.

Longe de se tratar de privilégio de ordem pessoal, o que a Constituição objetiva é garantir ao parlamentar o exercício independente do mandato legislativo cuja titularidade detém e a ampla liberdade no exercício da atividade parlamentar.

Assim, a conduta de deputado federal que, em blogue pessoal, impute a delegado de polícia o fato de ter arquivado investigações sob sua condução para atender a interesses políticos de seus aliados – conduta definida como crime de corrupção passiva e/ou prevaricação – não se insere no exercício de sua atividade parlamentar nem guarda liame com ela. Por essa razão, a imunidade material não é aplicável ao caso concreto.

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

- » Crimes contra o patrimônio
- » Política criminal
- » Princípio da insignificância

HC 136.385

red. p/ o ac. min. **Alexandre de Moraes**

1ª Turma

DJE de 2-10-2018

Informativo STF 910

A aplicação do princípio da insignificância em crimes contra o patrimônio não depende apenas da magnitude do resultado da conduta.

A aferição da insignificância da conduta como requisito negativo da tipicidade 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.¹

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 decorrentes desse fato.

Essa ideia se reforça pelo fato de já haver previsão, na legislação penal, da possibilidade de mensuração da gravidade da ação², o que, embora sem excluir a tipicidade da conduta, pode culminar em significativo abrandamento da pena ou até mesmo na mitigação da persecução penal.

1 HC 123.533, rel. min. Roberto Barroso, P.

2 O legislador fez constar da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal que “não se distingue, para diverso tratamento penal, entre o maior ou menor valor da lesão patrimonial; mas, tratando-se de furto, apropriação indébita ou estelionato, quando a coisa subtraída, desviada ou captada é de pequeno valor, (...) pode o juiz substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um até dois terços, ou aplicar somente a de multa (arts. 155, § 2º, 170, 171, § 1º)”.

Direito Penal

- » Crimes contra o patrimônio
 - » Furto
 - » Art. 155, § 4º – Furto qualificado

HC 122.940

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 24-4-2017

Informativo STF 851

No crime de furto [Código Penal (CP), art. 155], a circunstância “rompimento de obstáculo” deve ser utilizada alternativamente ou como qualificadora do crime ou como causa de aumento da pena.

Configura *bis in idem* a utilização da circunstância de rompimento de obstáculo para qualificar o delito de furto (CP, art. 155, § 4º¹) e para aumentar a pena-base como circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria (CP, art. 59).

1 CP: “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: (...) § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;”

- » Crimes contra o patrimônio
- » Furto
- » Art. 155, § 4º – Furto qualificado

HC 130.952
rel. min. Dias Toffoli
2ª Turma
DJE de 20-2-2017
Informativo STF 851

É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno [Código Penal (CP), art. 155, § 1º¹] no caso de furto praticado na forma qualificada (CP, art. 155, § 4º²).

A inserção pelo legislador da majorante do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) antes das circunstâncias qualificadoras (critério topográfico) não teve a intenção de excluir sua incidência sobre as modalidades qualificadas do furto (CP, art. 155, § 4º). Não fosse assim, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal (CP), o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º³) no furto qualificado.

A compatibilidade desses dois institutos, furto qualificado-privilegiado, já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal⁴. Cuida-se de qualificadoras objetivas que concorrem com uma majorante também objetiva, de modo que não há contradição lógica ou vedação legal que possa obstar a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno e o furto qualificado quando perfeitamente compatíveis com a situação fática.

- 1 CP: “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.”
- 2 CP: “Art. 155. (...) § 4º A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido: I – com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa.”
- 3 CP: “Art. 155. (...) § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”
- 4 HC 101.256, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; HC 103.245, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; e HC 97.034, rel. min. Ayres Britto, 1ª T.

- » Crimes contra o patrimônio
- » Estelionato e outras fraudes
- » Art. 171 – Estelionato

A causa especial de extinção de punibilidade pelo pagamento integral do crédito tributário, prevista no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003¹, não se aplica ao delito de estelionato do *caput* do art. 171 do Código Penal (CP)².

Trata-se de norma especial, dirigida apenas a determinadas infrações de natureza tributária.

Ante a ausência de norma específica, a reparação do dano somente diminui a pena pela incidência do art. 16 do CP³ ou do art. 65⁴ do mesmo diploma legal⁵.

- 1 Lei 10.684/2003: “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. (...) § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”
- 2 CP: “Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:”
- 3 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.”
- 4 CP: “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.”
- 5 HC 98.218, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T; e HC 94.777, rel. min. Menezes Direito, 1ª T.

CRIMES CONTRA
A PROPRIEDADE
IMATERIAL

Direito Penal

- » Crimes contra a propriedade imaterial
- » Crimes contra a propriedade intelectual
- » Art. 184 – Violação de direito autoral

RHC 122.127

rel. min. **Rosa Weber**

1ª Turma

DJE de 3-9-2014

Informativo STF 755

Não se aplica o princípio da adequação social nos crimes de violação de direito autoral.

A adoção indiscriminada do postulado acaba por incentivar a prática de delitos patrimoniais, o que fragiliza a tutela penal de bens jurídicos relevantes para a vida em sociedade.

Ademais, a prática do delito previsto no art. 184 do Código Penal (CP)¹ (violação de direito autoral) não pode ser considerada socialmente tolerável, haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, uma vez que o delito encerra a burla ao pagamento de impostos.

Por fim, é suficiente a comprovação da materialidade delitiva a partir da apreensão de mídias contrafeitas, produzidas com o intuito de lucro e comprovadamente falsificadas por laudo pericial. Assim, desnecessária a identificação das vítimas, pois a medida não é pressuposto do tipo penal e permanece inalterada a materialidade delitiva.

¹ CP: “Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:”

CRIMES CONTRA
A DIGNIDADE
SEXUAL

Direito Penal

- » Crimes contra a dignidade sexual
- » Crimes contra a liberdade sexual
- » Art. 213 – Estupro

HC 125.360

red. p/ o ac. min. **Alexandre de Moraes**

1ª Turma

DJE de 6-4-2018

Informativo STF 892

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada.

Os delitos de estupro, em parcela significativa, são cometidos mediante violência. Procurando amparar, mais ainda, a honra das vítimas desses crimes, o Supremo Tribunal Federal (STF) aderiu à posição de crime de ação pública incondicionada, que veio a ser cristalizada no Enunciado 608 da Súmula do STF¹, em pleno vigor.

Ademais, para fins de caracterização de violência real em crimes de estupro, é dispensável a ocorrência de lesões corporais.²

1 Enunciado 608 da Súmula do STF: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.”

2 HC 81.848, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T; HC 102.683, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T.

- » Crimes contra a dignidade sexual
- » Crimes contra a liberdade sexual
- » Art. 213 – Estupro

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo que praticados na forma simples, têm caráter hediondo.

Os delitos hoje unificados no mesmo tipo penal prescrito no art. 213 do Código Penal (CP)¹ preveem a modalidade simples e a qualificada. A conclusão de que as duas formas são consideradas hediondas (Lei 8.072/1990, art. 1º, V e VI²) advém da presunção de violência no caso do crime praticado na forma simples e de o bem jurídico tutelado ser a liberdade sexual.³

“Em harmonia com as demais previsões, a norma jungiu o estupro e o atentado violento ao pudor, para merecerem o rótulo de hediondez, à combinação com o art. 223, cabeça e parágrafo único, do CP⁴. Vale dizer que, praticado qualquer dos crimes sem que se faça presente o disposto no art. 223, cabeça e parágrafo único, do CP, a pena a ser aplicada é a majoração pela Lei 8.072/1990, tal como estabelecido no respectivo art. 9º e já constante dos arts. 213 e 214 do CP. (...) A não se entender assim, releva-se a plano secundário, exacerbando-se as normas, o que previsto, embora entre parênteses, nos incisos V e VI do art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990.”⁵

É admissível o reconhecimento de continuidade delitiva, de acordo com o caso concreto, nos casos previstos no art. 213 do CP⁶.

Com a edição da Lei 12.015/2009, que unificou em um mesmo tipo incriminador as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor, admite-se o reconhecimento da continuidade delitiva entre os referidos delitos, ante a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica e desde que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 71 do CP⁷.⁸

¹ Lei 10.684/2003: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”

- 2 Lei 8.072/1990: “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: (...) V – estupro (art. 213, *caput* e §§ 1º e 2º); VI – estupro de vulnerável (art. 217-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º);”
- 3 RHC 119.609, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª T; e HC 120.668, rel. min. Luiz Fux, 1ª T.
- 4 CP: “Art. 223. Se da violência resulta lesão corporal de natureza grave: (...) Parágrafo único. Se do fato resulta a morte: (...)”
- 5 HC 88.245, red. p/ o ac. min. Cármen Lúcia, P.
- 6 CP: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:”
- 7 CP (Lei 12.015/2009): “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.”
- 8 HC 114.507, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

Direito Penal

- » Crimes contra a dignidade sexual
 - » Crimes sexuais contra vulnerável
 - » Art. 217-A – Estupro de vulnerável

HC 122.945

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 4-5-2017

Informativo STF 858

Para a configuração de estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de quatorze anos.

Sendo a vítima menor de quatorze anos, por força de presunção legal [Código Penal (CP), art. 217-A¹], o estupro é presumido, ainda que se trate de jovens com idades próximas e em relacionamento afetivo.

¹ CP: “Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.”

- » Crimes contra a dignidade sexual
 - » Disposições gerais
 - » Art. 226, II – Causa de aumento de pena

É juridicamente possível a majoração da pena privativa de liberdade imposta a bisavô de vítima, em razão da incidência da causa de aumento prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal (CP)¹, considerada a figura do ascendente.

O bisavô encontra-se, na relação de parentesco com a bisneta, no terceiro grau da linha reta [Código Civil (CC), arts. 1.591² e 1.594³], e não há no ordenamento jurídico nenhuma regra de limitação quanto ao número de gerações.

O CP não cuida de regras atinentes à personalidade civil das pessoas, ou das suas relações de parentesco, ou até mesmo de filiação. Tais conceitos encontram-se disciplinados no CC e são cotidianamente utilizados em outros ramos do ordenamento jurídico, de forma subsidiária, a fim de suprir eventuais lacunas indesejadas.

- 1 CP: “Art. 226. A pena é aumentada: (...) II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;”
- 2 CC: “Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.”
- 3 CC: “Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.”

CRIMES CONTRA A FAMÍLIA

- » Crimes contra a família
 - » Crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela
 - » Art. 249 – Subtração de incapazes

É impossível ao pai que tem a guarda do filho, ainda que compartilhada, praticar o crime de subtração de incapazes.

O delito, previsto no art. 249, § 1º, do Código Penal (CP)¹ (subtração de incapazes), só pode ser cometido por pai ou tutor que tenha sido destituído, ou temporariamente privado, do poder familiar, da tutela, da curatela ou da guarda. Assim, ainda que em país estrangeiro a conduta de transportar menor sujeito à guarda compartilhada para fora do território de origem possa ser considerada típica, no Direito brasileiro o fato supostamente correspondente apenas poderia se consumar a partir da perda ou da suspensão do poder familiar.²

O fato de o extraditando possuir a guarda compartilhada do filho no momento da vinda para o Brasil obsta a concessão da extradição, pois o ocorrido não é considerado crime no ordenamento pátrio (Lei 6.815/1980, art. 77, II). No momento da entrada no território nacional, o extraditando ainda possuía o exercício do poder familiar.

De igual modo ficaria vedada a extradição na hipótese de o crime ocorrer no Brasil (Lei 6.815/1980, art. 78, I), salvo se a guarda tivesse sido cassada quando a criança já estivesse no Brasil e o extraditando se recusasse a restituí-la.

Ressalve-se que o indeferimento da extradição não prejudica a ação de busca e apreensão da criança.

1 CP: “Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena – detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. § 1º O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.”

2 No caso, a Suécia prevê em seu CP, art. 7º, § 4º, o crime de “conduta arbitrária com menor”.

CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA

- » Crimes contra a paz pública
- » Art. 286 – Incitação ao crime
- » Tipicidade

Inq 3.932

Pet 5.243

rel. min. **Luiz Fux**

1ª Turma

DJE de 9-9-2016

Informativo STF 831

Não é necessário que se apregoe, verbal e literalmente, a prática de determinado crime para que se consuma o tipo penal do art. 286 do Código Penal (CP)¹.

A incitação ao crime, enquanto delito contra a paz pública, traduz afronta a bem jurídico diverso daquele que é ofendido pela prática efetiva do crime objeto da instigação. Alcança tanto a influência psíquica, com o objetivo de fazer surgir no indivíduo (determinação ou induzimento) o propósito criminoso antes inexistente, quanto a instigação propriamente dita, que reforça eventual propósito existente.

Assim, a incitação ao crime não envolve um ataque concreto ao bem jurídico protegido; ao contrário, destina-se a proteger o valor desse bem jurídico do crime objeto de incitação. Pode-se afirmar, portanto, no caso de incitação ao crime de estupro, que a conduta estará preenchida quando o valor do bem jurídico protegido for diminuído, o que, consequentemente, incitaria sua prática.

Além disso, trata-se de crime formal, de perigo abstrato, e independe da produção de resultado. Não se exige o fim especial de agir, mas apenas o dolo genérico, consistente na consciência de que seu comportamento instigará outros a praticar crimes.²

1 CP: “Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:”

2 Na espécie, a frase do parlamentar tem potencial para estimular a perspectiva da superioridade masculina e a intimidação da mulher pela ameaça de uso da violência. Assim, a afirmação pública do imputado tem, em tese, o potencial de reforçar eventual propósito existente em parte daqueles que depreenderam as declarações, no sentido da prática de violência contra a mulher, inclusive novos crimes contra a honra da vítima e das mulheres em geral.

Direito Penal

- » Crimes contra a paz pública
 - » Art. 288 – Associação criminosa
 - » Tipicidade

AP 470 EI
AP 470 EI-quintos
AP 470 EI-sétimos
AP 470 EI-nonos
AP 470 EI-décimos
AP 470 EI-décimos primeiros
AP 470 EI-décimos terceiros
AP 470 EI-décimos quartos
red. p/ o ac. min. Roberto Barroso
Plenário
DJE de 21-8-2014
Informativo STF 737

O crime de quadrilha¹ não depende apenas da participação de mais de três pessoas que, unidas, ainda que por tempo expressivo, pratiquem delitos. É necessário que essa união se faça especificamente para a prática de crimes.

Assim, a *affectio societatis* deve ser qualificada pela intenção específica de delinquir ou pelo dolo de participar de associação criminosa e autônoma, para praticar crimes indeterminados. Inexistente essa especificidade, não há que falar em quadrilha.

É pressuposto de legitimidade na aplicação das diversas penas, por crimes distintos, em uma mesma ação penal, a observância de tratamento uniforme para os casos em que as premissas fáticas sejam as mesmas.

A dosimetria, além de não admitir soluções arbitrárias, supõe adequada fundamentação, revestida de proporcionalidade.

Nesse sentido, configura exacerbação inconsistente das penas fixadas para um dos delitos quando, em relação aos demais crimes, as reprimendas aplicadas sejam significativamente inferiores, muito embora os fatos tomados em consideração para dosar todos os delitos, inclusive a quadrilha, sejam os mesmos.

¹ Os fatos do caso concreto foram praticados anteriormente à vigência da Lei 12.850/2013, que deu nova redação ao art. 288 do Código de Processo Penal (associação criminosa).

CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA

- » Crimes contra a fé pública
 - » Falsidade documental
 - » Art. 299 – Falsidade ideológica

No crime de falsidade ideológica, as provas produzidas devem evidenciar que o acusado possui ciência inequívoca do conteúdo inverídico dos documentos que assina ou de que o faça com o objetivo de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante.

Sendo o dolo elemento subjetivo do tipo, se ausente, o fato praticado não é típico. Consequentemente, não constitui infração penal, ainda que provadas a materialidade e a prática da conduta.

Além disso, “o fato de o acusado ter subscrito os documentos, por si só, não é argumento suficiente para a caracterização do dolo da conduta, muito menos em relação à finalidade específica de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, como reclama o tipo penal”¹.

“Por fim, condenar o chefe do Poder Executivo apenas e tão somente em razão da assinatura dos documentos implicaria, no caso concreto, responsabilização penal objetiva, o que é inadmissível na conjuntura penal moderna.”²

¹ Trecho do voto do min. Alexandre de Moraes no presente julgamento.

² Idem.

Direito Penal

- » Crimes contra a fé pública
 - » Falsidade documental
 - » Art. 299 – Falsidade ideológica

Inq 3.767

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 9-12-2014

Informativo STF 765

A prestação de contas eleitoral deve corresponder aos valores arrecadados e às despesas efetuadas, e não se pode, ante o bem protegido, cogitar de insignificância penal.

O princípio da insignificância não incide quando a omissão de despesas tenha atingido o total de R\$ 15.293,58.

Assim, atendido o dispositivo legal e enquadrados os fatos em determinado tipo penal, cabe o recebimento da denúncia, observada também a necessidade de comprovação da materialidade e dos indícios de autoria.

- » Crimes contra a fé pública
 - » Falsidade documental
 - » Art. 304 – Uso de documento falso

O crime de uso de documento falso, quando cometido pelo próprio agente que efetuou a falsificação, configura *post factum* não punível.

Trata-se de mero exaurimento do crime de falso, de modo que não há que cogitar de concurso de delitos.

Além disso, o crime de uso de documento falso é instantâneo de efeitos permanentes. Sua consumação, portanto, não se prolonga no tempo.

O documento é considerado público quando criado por funcionário público, nacional ou estrangeiro, no desempenho de suas atividades, de acordo com as formalidades prescritas em lei. Por essa razão, não se pode considerar como público um contrato social firmado por particulares, ainda que registrado na junta comercial; pois, mesmo assim, não perde a característica de ser particular.

CRIMES CONTRA
A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 312 – Peculato

É atípica a conduta de peculato por ato praticado por secretário parlamentar que efetivamente exerce a função pública referente ao cargo e auxilia o parlamentar em assuntos de interesse privado.

Existe significativa “diferença entre usar funcionário público em atividade privada e usar a Administração Pública para pagar salário de empregado particular, o que configura peculato”¹.

A atividade de secretário parlamentar não se limita ao desempenho de tarefas burocráticas (pareceres, estudos, expedição de ofícios, acompanhamento de proposições, redação de minutas de pronunciamento, emissão de passagens aéreas, emissão de documentos, envio de mensagens eletrônicas oficiais etc.). Compreende outras atividades de apoio intrinsecamente relacionadas ao exercício do mandato parlamentar, como o atendimento à população (Ato da Mesa 72/1997, da Câmara dos Deputados, art. 8º²).

Essas atribuições devem ser desempenhadas no gabinete parlamentar na Câmara dos Deputados ou no escritório político do deputado federal em seu Estado de representação (Ato da Mesa 72/1997, art. 2º³).

Dessa forma, nos casos em que secretário parlamentar exerça efetivamente as atribuições inerentes a seu cargo público, ainda que também tenha desempenhado outras atividades no estrito interesse particular do parlamentar, na condição de administrador, de fato, da empresa da qual ele é sócio, não configura que houve a utilização da Administração Pública para pagar o salário de empregado particular, mas sim o uso de mão de obra pública em desvio para atender a interesses particulares.⁴

Em casos dessa natureza, os fatos imputados não configuram ilícito penal, não cabendo, em sede de ação penal, a emissão de qualquer juízo de valor a respeito da moralidade de sua conduta ou de seu enquadramento em eventual ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992).

1 Inq 3.776, rel. min. Rosa Weber, 1ª T.

- 2 Ato da Mesa 72/1997: “Art. 8º Os cargos de que trata este Ato serão exercidos em 25 (vinte e cinco) níveis diferentes de remuneração, complexidade e responsabilidade e terão as seguintes atribuições básicas: redação de correspondência, discurso e pareceres do Parlamentar; atendimento às pessoas encaminhadas ao gabinete; execução de serviços de secretaria e datilográficos; pesquisas; acompanhamento interno e externo de assuntos de interesse do Parlamentar; condução de veículo de propriedade do Parlamentar; recebimento e entrega de correspondência; outras atividades afins inerentes ao respectivo gabinete.”
- 3 Ato da Mesa 72/1997: “Art. 2º Os ocupantes dos cargos em comissão de Secretário Parlamentar terão exercício exclusivamente nos gabinetes parlamentares, em Brasília, ou em suas projeções, nos Estados, e reger-se-ão pelas normas estatutárias e disciplinares aplicáveis aos demais servidores da Câmara dos Deputados.”
- 4 Inq 2.952, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 312 – Peculato

AP 916
rel. min. Roberto Barroso
1ª Turma
DJE de 28-9-2016
Informativo STF 826

Se o prefeito, consciente e voluntariamente, se apropria de verbas cuja detenção se dá em razão do cargo que ocupa e se as emprega em finalidade diversa daquelas a que se destinam, pratica o delito de peculato-desvio¹, desimportante não tenha o desvio se dado em proveito próprio.

A consumação do crime ocorre no momento em que há efetiva destinação diversa do dinheiro ou valor de que o agente tem posse, independentemente da obtenção material do proveito próprio ou alheio.

Tais quantias pertencem ao banco, em razão de convênio firmado entre a unidade federativa e a instituição financeira. Os valores retidos não configuram receita pública, pois não pertencem ao ente. Trata-se de verba particular que não integra nem se incorpora ao patrimônio público.

Ademais, não há falar em inexigibilidade de conduta diversa a afastar o juízo de reprovação penal, se comprovados o aumento da folha de pagamento do Município decorrente de efetiva contratação de pessoal e o repasse voluntário a organizações não governamentais.

Por fim, ao impedir a quitação das obrigações, o gestor ordena ou autoriza assunção de obrigação. Ao deixar de adimpli-las no mesmo exercício financeiro, ou ao não deixar receita para quitação no ano seguinte, pratica o delito do art. 359-C do Código Penal (CP)².

1 CP: “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:”

2 CP: “Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:”

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 315 – Emprego irregular de verbas ou rendas públicas¹

Inq 3.731

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 2-3-2016

Informativo STF 813

O desvio de recursos para finalidades públicas não configura crime de peculato.²

O proveito à Administração Pública não se enquadra no conceito de “proveito próprio ou alheio” exigido pelo tipo penal.³ Em tese, desviar recursos de uma finalidade legal para outra finalidade pública configura o crime de emprego irregular de verbas públicas, previsto no art. 315 do Código Penal (CP)⁴.

O art. 89 da Lei 8.666/1993⁵ exige a demonstração do prejuízo ao erário, bem como a finalidade específica de favorecimento indevido para reconhecer a adequação típica.⁶

O objetivo desse entendimento é separar os casos em que ocorre interpretação equivocada das normas, ou mero erro do administrador, daqueles em que a dispensa buscou efetivo favorecimento dos agentes envolvidos.

- 1 CP: “Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei: Pena – detenção, de um a três meses, ou multa.”
- 2 CP: “Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:”
- 3 AP 375, rel. min. Marco Aurélio, P.
- 4 CP: “Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:”
- 5 Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”
- 6 Inq 2.616, rel. min. Dias Toffoli, P.

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 316 – Concussão

HC 132.990

red. p/ o ac. min. Edson Fachin

1ª Turma

DJE de 23-6-2017

Informativo STF 835

No crime de concussão¹, não configura *bis in idem* a elevação da pena na primeira fase da dosimetria, visto que, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, dele se deveria exigir maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo ocupado.

O delito previsto no art. 316 do Código Penal (CP) é de mão própria, mas não de mão própria específica. Logo, é possível considerar a qualificação específica do funcionário público na primeira fase, ante as circunstâncias do art. 59 do CP².³

Nesse sentido, exemplificativamente, “a condição de deputado federal do agente não se confunde com a qualidade funcional ativa exigida para a prática do crime de concussão. A quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ele exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio público, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos”⁴.

Da mesma forma, dentro do Estado Democrático de Direito e do país que se almeja construir, o fato de uma autoridade pública obter vantagem indevida de alguém que esteja praticando um delito compromete de maneira grave o fundamento de legitimidade da autoridade, que é atuar pelo bem comum e pelo bem público.⁵

Portanto, quem seja investido de parcela de autoridade pública – seja um juiz, seja o Ministério Público, seja a autoridade policial – deve ser avaliado, no desempenho da sua função, com escrutínio mais rígido e, por consequência, no que se refere à culpabilidade, promover, em cada caso concreto, juízo de reprovabilidade maior.⁶

Diante disso, embora a condição de funcionário público integre o tipo penal do delito previsto no art. 316 do CP, pode-se levar em conta, quando do juízo de reprovabilidade (CP, art. 59), a qualidade específica ou a qualificação do funcionário público.

¹ CP: “Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.”

- 2 CP: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”
- 3 Fundamento extraído do voto do min. Marco Aurélio no presente julgamento.
- 4 RHC 132.657, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.
- 5 Fundamento extraído do voto do min. Roberto Barroso no presente julgamento.
- 6 Idem.

Direito Penal

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 317 – Corrupção passiva

Inq 4.506

red. p/ o ac. min. **Roberto Barroso**

Inq 4.506 AgR-segundo

rel. min. **Marco Aurélio**

1ª Turma

DJE de 4-9-2018

Informativo STF 898

Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais.¹

A leitura do tipo penal do art. 317 do Código Penal (CP)² não remete a nenhuma exigência da prática de “ato de ofício”, ou sequer de sua indicação, para a caracterização da figura básica do delito. O crime ocorre com a mera solicitação e/ou recebimento de vantagem, ou aceitação de sua promessa, em razão da função pública. A eventual prática, ou omissão indevida, do ato de ofício consubstancia hipótese de aumento de pena, prevista no § 1º.

A exigência de indicação de um ato concreto para a caracterização do delito de corrupção, além de ser contrária ao texto expresso da lei, afasta da punição as manifestações mais graves da violação à função pública.

1 Essa posição sofreu evolução jurisprudencial. Nos autos da AP 307, a Corte decidiu que os crimes de corrupção ativa e passiva deveriam ser interpretados conjuntamente, de modo que também para a caracterização da corrupção passiva seria necessária a indicação de um ato de ofício a ser praticado pelo funcionário público como contrapartida à vantagem indevida (AP 307, rel. min. Ilmar Galvão, 2ª T). Posteriormente, essa compreensão foi flexibilizada no julgamento da AP 470, em que se passou a admitir um grau muito maior de indeterminação do “ato de ofício” (AP 470, rel. min. Joaquim Barbosa, P). Atualmente, essa compreensão está sedimentada, de modo que “não é necessário estabelecer uma subsunção precisa entre um específico ato de ofício e as vantagens indevidas, mas, sim, uma subsunção casual entre as atribuições do funcionário público e as vantagens indevidas, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais.” (AP 695, rel. min. Rosa Weber, 1ª T.)

2 CP: “Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço,

se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional. § 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.”

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 327, § 1º – Condição de funcionário público para fins penais

HC 138.484

rel. min. Marco Aurélio

Plenário

DJE de 18-10-2018

Informativo STF 915

Para o fim previsto no art. 327, § 1º, do Código Penal (CP)¹, tem a qualificação de funcionário público pessoa que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou trabalha em empresa prestadora de serviços contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A finalidade do dispositivo do art. 327, § 1º, do CP é abranger qualquer indivíduo que, de alguma forma, transacione com o Estado e se aproprie de dinheiro público.²

Com efeito, “a Lei de Improbidade Administrativa 8.429/1992, nos arts. 1º e 2º, não deixa nenhuma dúvida sobre a interpretação de servidor público *lato sensu*, que já é previsto no Código Penal no art. 327, § 1º, por equiparação, mas deixa mais claro ainda exatamente porque, obviamente, há alterações nas estruturas jurídicas para aqueles que acabam, junto com a administração direta, prestando um serviço público.”³

Já “com a Reforma Administrativa, com a Emenda 19/1998, e a possibilidade de contratos e gestão, surgiu, a partir da legislação, essa nova forma de prestação via OS – Organizações Sociais. Elas têm o ônus e o bônus. Têm o bônus ao se constituir assim: de poder assinar contratos de gestão com o poder público, receber dinheiro público, prestar um serviço. (...) e não é possível que só queiram o bônus, não queiram o ônus. Ou seja, a partir do momento que exercem uma função de poder público – sem a necessidade de se inchar o poder público, e essa foi a *ratio* da Emenda 19 –, são equiparados, a meu ver, para todos os fins, aos servidores públicos (...).”⁴

Ademais, considerada a vinculação e atuação, mediante a assinatura de contratos de gestão com o Estado, as organizações sociais são entendidas/vistas/tidas como entidades paraestatais.⁵

1 CP: “Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.”

- 2 Trecho do voto do min. Roberto Barroso no presente julgamento.
- 3 Trecho do voto do min. Alexandre de Moraes no presente julgamento.
- 4 Trecho do voto do min. Alexandre de Moraes no presente julgamento.
- 5 “Usando a terminologia tradicional do direito administrativo brasileiro, incluímos essas entidades, quando tenham vínculo com o Poder Público, entre as chamadas entidades paraestatais, no sentido em que a expressão é empregada por Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, para abranger pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações do seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração Indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional. Exatamente por atuarem ao lado do Estado e terem com ele algum tipo de vínculo jurídico, recebem a denominação de entidades paraestatais; nessa expressão podem ser incluídas todas as entidades integrantes do chamado terceiro setor, o que abrange as declaradas de utilidade pública, as que recebem certificado de fins filantrópicos, os serviços sociais autônomos (como Sesi, Sesc, Senai), os entes de apoio, as organizações sociais e as organizações de sociedade civil de interesse público.” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 566/567, apud rel. min. Marco Aurélio em seu voto, no presente julgamento.)

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral
 - » Art. 327, § 2º – Condição de funcionário público para fins penais

Inq 2.606

rel. min. **Luiz Fux**

Plenário

DJE de 2-11-2014

Informativo STF 757

Governador do Estado, nas hipóteses em que cometa o delito de peculato, incide na causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal (CP)¹.

Consoante o art. 84, II, da Constituição Federal, o chefe do Poder Executivo exerce o cargo de direção da Administração Pública, exegese que não configura analogia *in malam partem*, tampouco interpretação extensiva da norma penal, mas, antes, compreensão do texto.²

Conseqüentemente, não é possível excluir da expressão “função de direção de órgão da administração direta” o detentor do cargo de governador, cuja função não é somente política, mas também executiva, de dirigir a Administração Pública estadual.

1 CP: “Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. (...) § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

2 “A exclusão, do âmbito normativo da alusão da regra penal a ‘função de direção’, da chefia do Poder Executivo, briga com o próprio texto constitucional, quando nele, no art. 84, II, se atribui ao Presidente da República o exercício, com o auxílio dos Ministros de Estado, da direção superior da Administração Pública, que, obviamente, faz do exercício da Presidência da República e, portanto, do exercício do Poder Executivo dos Estados e dos Municípios, o desempenho de uma ‘função de direção’.” (Trecho do voto do min. Sepúlveda Pertence no Inq 1.769, rel. min. Carlos Velloso, P, apud rel. min. Luiz Fux em seu voto, no presente julgamento.)

- » Crimes contra a Administração Pública
- » Crimes praticados por particular contra a Administração em geral
- » Art. 330 – Desacato

A criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito.

A liberdade de expressão, prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos¹ e igualmente tratada na Constituição Federal (CF), não possui, como todos os demais direitos fundamentais, caráter absoluto.

Tomando-se o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 13, como parâmetro do controle de convencionalidade do ordenamento jurídico interno, não se infere qualquer afronta na tipificação do crime de desacato. Não houve revogação da norma penal, mas recepção pela regra supralegal.

Da mesma forma, a CF, ao tutelar a honra, a intimidade e a dignidade da pessoa humana, direitos conferidos a todos, sem distinção de qualquer natureza, recepcionou a norma do desacato prevista na legislação penal.

A liberdade de expressão consubstancia um dos mais valiosos instrumentos na preservação do regime democrático. O pluralismo de opiniões, a crítica, a censura são vitais para a formação da vontade livre de um povo. O direito de se comunicar livremente é inerente à sociabilidade, própria da natureza humana. E deve ser ampla a liberdade do discurso político, do debate livre, impedindo-se possíveis interferências do poder. O Estado Democrático de Direito não desconhece esse valor universal.

Entretanto, a repressão do excesso não é incompatível com a democracia. O veto à censura prévia não proíbe a censura *a posteriori*, permitindo-se a intervenção contra manifestações não protegidas juridicamente constitucionalmente, o que ocorre quando transbordam dos limites do art. 5º, X, da CF², que trata, em contraposição à liberdade de manifestação, da invulnerabilidade da honra.³

De conseguinte, a figura penal do desacato não tolhe o direito à liberdade de expressão e não retira da cidadania o direito à livre manifestação, desde que exercida nos limites de marcos civilizatórios bem definidos, punindo-se os excessos.

O direito à liberdade de expressão deve harmonizar-se com os demais direitos envolvidos (honra, intimidade e dignidade), e não os eliminar. Incide o princípio da

concordância prática, pelo qual o intérprete deve buscar a conciliação entre normas constitucionais.⁴

Com efeito, é o exercício abusivo das liberdades públicas que não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar de sua liberdade de expressão para ofender, espezinhar, vituperar a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da própria dignidade de quem a exerce.

Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do *status* de funcionário público (civil ou militar). A investidura em cargo ou função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido de forma contrária ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o Direito Penal pode, sim, punir condutas representativas de excessos no exercício da liberdade de expressão.⁵

A CF, em seu art. 37⁶, impõe à Administração Pública a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, podendo-se deduzir daí a compatibilidade entre a defesa da honra e intimidade do funcionário público e a liberdade de expressão.

Anote-se, pois, a dúplici função desse preceptivo constitucional: serve de vetor na atuação do agente público, ao mesmo tempo em que, atuando no leito condutor de tais princípios constitucionais, deve estar protegido de investidas de terceiros. O agente público, em razão dos rigorosos deveres a que está sujeito, submete-se a um regime de responsabilidade bastante gravoso, superior àquele imposto ao particular. A improbidade administrativa estabelecida pelo § 4º do aludido art. 37⁷ é mostra desse rigor legal que paira sobre a conduta do funcionalismo público em geral. Não se está, pois, diante de privilégio a colocação do agente público sob especial proteção legal.

O Estado reprimir ataques ao funcionalismo está no âmbito de abrangência do espectro democrático. O que não se tolera, no Estado Democrático de Direito, é colocar sob a proteção da lei uma classe de profissionais ou categoria de pessoas, deixando-se de punir seus desvios, tornando-os imunes à *persecutio criminis*.

Assim, importante questão a ser observada diz respeito à compatibilidade do desacato e à existência, no Estado democrático, de igual lei que puna o abuso de autoridade. Há de existir um equilíbrio entre essas duas forças. O Estado Democrático de

Direito deve possuir mecanismos de salvaguarda do cidadão contra abusos do poder, ao mesmo tempo em que deve colocar o agente público também a salvo do exercício abusivo de direitos conferidos aos demais membros da sociedade. Portanto, o desacato não é incompatível com a democracia desde que, em contrapartida, haja lei que puna os abusos de autoridade.

Nesse ponto, ressalte-se que a atual lei de repressão ao abuso é precária. Editada há mais de meio século (Lei 4.898/1965), é insuficiente para coibir eficazmente a diversidade de desvios funcionais desvelados hodiernamente.

A ausência de equilíbrio provocada pela falta de uma lei que puna exemplarmente desvios de agentes do Estado e a pretensão deste de punir agressões contra esses mesmos agentes têm afetado a eficácia social do tipo penal do desacato.

No entanto, não é ainda o caso de se invocar a Teoria da Adequação Social, desenvolvida por Hans Welzel, como causa supralegal de exclusão da tipicidade, pela qual se preconiza que determinadas condutas, consensualmente aceitas pela sociedade, não mais se ajustam a um modelo legal incriminador. A evolução dos costumes seria o fator decisivo para a verificação dessa excludente de tipicidade, circunstância ainda não passível de aferição, mas é preciso que o legislador atualize a legislação para punir eficazmente desvios e abusos de agentes do Estado.

Havendo lei, ainda que deficitária, punindo o abuso de autoridade (Lei 4.898/1965), pode-se afirmar que a criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º⁸).

1 Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 13: “Liberdade de pensamento e de expressão – 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.”

- 2 CF/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”
- 3 “O STF, nesse sentido, decidiu em caso assemelhado que o discurso de ódio não se inclui no âmbito de proteção da liberdade de expressão. No HC 82.424, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, *DJ* de 19-3-2004. Consignou-se: ‘O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.’” (Trecho do voto do rel. min. Gilmar Mendes no presente julgamento.)
- 4 “Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir. Os problemas de concordância prática surgem, sobretudo, em casos de colisão de princípios, especialmente de direitos fundamentais, em que o intérprete se vê desafiado a encontrar um desfecho de harmonização máxima entre os direitos em atrito, buscando sempre que a medida de sacrifício de um deles, para uma solução justa e proporcional do caso concreto, não exceda o estritamente necessário.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 94/95, apud rel. min. Gilmar Mendes em seu voto, no presente julgamento.)
- 5 “Nesse ponto, consigne-se que a Terceira Seção do STJ, no julgamento do HC 379.269, enfatizou que desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela continua a ser crime, conforme previsto no art. 331 do Código Penal. No voto do ministro Rogério Shietti Cruz, registrou-se que a Corte Interamericana tem repudiado abusos no exercício da liberdade de expressão, citando-se os seguintes *cases* à guisa de exemplo: caso Ricardo Canese vs. Paraguai, sentença de 31 de agosto de 2004, § 104; caso Kimel vs. Argentina, sentença de 2 de maio de 2008, §§ 71 e 76; e caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentença de 2 de julho de 2004.” (Trecho do voto do rel. min. Gilmar Mendes no presente julgamento.)
- 6 CF/1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”
- 7 CF/1988: “Art. 37. (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”
- 8 CF/1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Direito Penal

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por particular contra a Administração em geral
 - » Descaminho¹

HC 121.798

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 13-6-2018

Informativo STF 904

É dispensada a existência de procedimento administrativo fiscal com a posterior constituição do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho [Código Penal (CP), art. 334].

O descaminho possui natureza formal, razão pela qual dispensável, para a consumação do delito, a existência de dano à Fazenda Pública, apurado por meio de procedimento administrativo fiscal, bem como a constituição do crédito tributário.

¹ CP: “Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.”

Direito Penal

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por particular contra a Administração em geral
 - » Descaminho

HC 155.347

rel. min. **Dias Toffoli**

2ª Turma

DJE de 7-5-2018

Informativo STF 898

O princípio da insignificância deve ser aplicado ao crime de descaminho [Código Penal (CP), art. 334¹] quando o valor sonegado for inferior a R\$ 20.000,00, desde que as provas demonstrem que o denunciado não seja pessoa contumaz na prática de ilícitos da mesma natureza.²

Na avaliação da insignificância, deve ser considerado o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002 (atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012³ do Ministério da Fazenda) para a dispensa de instauração do processo executivo fiscal contra o contribuinte renitente.⁴

1 CP: “Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.”

2 HC 123.108, rel. min. Roberto Barroso, P.

3 Portaria 130/2012: “Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.”

4 HC 136.984, rel. min. Rosa Weber, 1ª T; HC 123.519, rel. min. Edson Fachin, 1ª T.

Direito Penal

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes praticados por particular contra a Administração em geral
 - » Art. 334 – Descaminho

HC 120.620
HC 121.322
rel. min. Ricardo Lewandowski
2ª Turma
DJE de 16-6-2014
Informativo STF 739

Aplica-se o princípio da insignificância aos denunciados pelo delito de descaminho [Código Penal (CP), art. 334¹], se o valor correspondente ao não recolhimento dos tributos for inferior a R\$ 20.000,00.²

O art. 20 da Lei 10.522/2002, com os valores atualizados pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, alcança os processos já em curso quando da publicação das portarias em razão de se tratar de normas mais benéficas aos réus, nos termos do art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Nesse sentido, permite-se a absolvição sumária dos acusados³, desde que não tenha havido reiteração criminosa ou introdução, no País, de produto que possa causar dano à saúde.

1 CP: “Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: (...) § 1º Incorre na mesma pena quem: (...) c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;” (redação à época dos fatos). Cf. redação dada pela Lei 13.008, de 26-6-2014.

2 Entendimento aplicado também no HC 121.717, rel. min. Rosa Weber, 1ª T.

3 Código de Processo Penal: “Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (...) III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime.”

- » Crimes contra a Administração Pública
- » Crimes contra a administração da justiça
- » Art. 339 – Denúnciação caluniosa

O crime de denúnciação caluniosa [Código Penal (CP), art. 339] exige, para sua configuração, que o agente impute a outrem – que efetivamente sabe ser inocente – a prática de fato definido como crime.

Para a perfeição do crime, não basta que o conteúdo da denúncia seja desconforme com a realidade; é necessário o dolo direto.

Assim, não se insere no tipo penal a conduta daquele que vivencia uma situação conflituosa e reporta-se à autoridade competente para dar o seu relato sobre os acontecimentos¹, ou seja, “se ele (o agente) tem convicção sincera de que aquele realmente é autor de certo delito, não cometerá o crime definido”².

Ademais, a Constituição assegura, no seu art. 5º, XXXIV, *a*, o direito fundamental de petição aos poderes públicos, de modo que o seu exercício regular é causa justificante do oferecimento de *notitia criminis* (CP, art. 23, III), e o arquivamento do feito instaurado não é capaz de tornar ilícita a conduta do noticiante.

1 Inq 1.547, red. p/ o ac. min. Marco Aurélio, P.

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4, p. 376-378.

- » Crimes contra a Administração Pública
 - » Crimes contra as finanças públicas
 - » Art. 359-D – Ordenação de despesa não autorizada

Inq 3.393

rel. min. Luiz Fux

1ª Turma

DJE de 14-11-2014

Informativo STF 760

Se houver, no âmbito da legislação estadual, arcabouço jurídico que admita interpretação de que as despesas destinadas ao pagamento de precatórios possam ser realocadas mediante decreto, não configura o delito do art. 359-D do Código Penal (CP) – “Ordenar despesa não autorizada por lei” – a conduta de parlamentar que, então governador, remaneje, por decreto, verba prevista em lei orçamentária anual destinada ao pagamento de precatórios para outra área também inerente do orçamento do Poder Judiciário.

A *ratio essendi* do art. 359-D do CP é evitar a geração de despesa sem que haja lei autorizadora. Nesse sentido, em virtude de o remanejamento ter corrido no âmbito do próprio Poder e de a despesa já ter sido prevista em lei, ela não foi criada pelo administrador, de modo que não se configura a justa causa para a imputação penal. Logo, improcedente a acusação formulada contra parlamentar federal pela suposta prática do delito previsto no art. 359-D do CP.

Dessa forma, não se configurou desobediência ao princípio da legalidade, mas eventual equívoco em sua interpretação.

LEGISLAÇÃO
PENAL ESPECIAL

- » Legislação penal especial
 - » Decreto-Lei (DL) 201/1967
 - » Art. 1º – Crimes de responsabilidade de prefeitos municipais

AP 555

rel. min. Rosa Weber

1ª Turma

DJE de 1º-2-2016

Informativo STF 802

Para configuração do crime de responsabilidade de prefeito previsto no DL 201/1967¹, por descumprimento de ordem judicial, é necessário a inequívoca ciência dessa determinação. Logo, a mera comunicação da ordem a terceiros não atende às exigências legais.

A projeção desse entendimento se guia pelos mesmos parâmetros utilizados para aferição do dolo nos delitos em que o ato de desobedecer figurar como elementar do tipo, cuja previsão genérica é a do art. 330 do Código Penal (CP)^{2 e 3} sobre o qual doutrina e jurisprudência são unânimes em exigir a ciência inequívoca do agente quanto à ordem descumprida.

- 1 DL 201/1967: “Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) XIV – Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente.”
- 2 CP: “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”
- 3 “Em recente julgamento envolvendo questão análoga (espécie de ‘desobediência qualificada’ prevista no art. 10 da Lei 7.347/1985), esta Suprema Corte reafirmou (AP 679, rel. min. Dias Toffoli, Pleno, DJE de 20-2-2014): ‘Como destaca Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 1202), ao referir-se ao crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), no qual também se subsume a conduta prevista no tipo incriminado, desobedecer significa não ceder a autoridade ou força de alguém, resistir ou infringir. É preciso que a ordem dada seja do conhecimento direto de quem necessita cumpri-la. Nessa linha: STJ: O crime de desobediência (CP, art. 330) só se configura se a ordem legal e endereçada diretamente a quem tem o dever de cumpri-la (HC 10.150/RN, Quinta Turma, rel. Edson Vidigal, 7-12-1999, v.u., DJ de 21-2-2000, p. 143). (...) Alberto Silva Franco e Rui Stoco (*Código Penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 1542/1543), ao se referirem ao mesmo dispositivo de lei, sustentam que a ordem eventualmente descumprida deve ser individualizada e transmitida diretamente ao destinatário, seja por escrito ou verbalmente, sob pena de atipicidade do comportamento. Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Suprema Corte sobre o tema, nos quais, em situações análogas, se reconheceu a necessidade de ordem judicial direta e individualizada para o aperfeiçoamento do tipo: I – (...) II – Desobediência (C. Eleitoral, art. 347): exigência de ordem judicial eleitoral direta e individualizada ao agente (Inq 2.004 QO/SP, Tribunal Pleno, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 28-10-2004)’. ” (Trecho do voto da rel. min. Rosa Weber no presente julgamento.)

- » Legislação penal especial
 - » Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral
 - » Art. 347 – Desobediência eleitoral¹

Não comete crime de desobediência eleitoral o candidato que, proibido de ingressar em órgãos públicos com o intuito de realizar atos inerentes à campanha eleitoral, adentra prédios da Administração Pública para fiscalizar o trabalho dos servidores.

Embora houvesse um grau elevado de indeterminação na ordem de abstenção emitida pelo juiz eleitoral, os elementos existentes demonstraram que a entrada em prédios públicos estaria fora do espectro daquilo que se poderia compreender por ato inerente à campanha eleitoral.²

À vista dos fatos, a conduta de ingressar em repartições públicas para filmar e fotografar os servidores em trabalho configura ato de fiscalização da Administração Pública, ainda que praticado em persecução aos interesses eleitorais do grupo ao qual o denunciado era vinculado. Não se trata, pois, de ato de campanha eleitoral, uma vez que os membros da coligação não pediram votos de forma ativa.

¹ Código Eleitoral: “Art. 347. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução:”

² Na espécie, magistrado eleitoral determinou que os integrantes da coligação a que pertencia o denunciado não entrassem em prédios onde funcionavam as repartições públicas municipais, com o intuito de realizar atos inerentes à campanha eleitoral, sob pena de responderem por crime de desobediência (Código Eleitoral, art. 347). Conforme depoimentos de testemunhas, o representante da coligação foi notificado dessa ordem judicial e a comunicou ao denunciado. Esse, em seu interrogatório, sustentou ter conhecimento de denúncia de que o prefeito, adversário político da coligação, cooptava servidores da prefeitura para que participassem de seus comícios nos horários de expediente. Com a finalidade de checar essas informações, deslocou-se às repartições públicas para filmar e fotografar os servidores que estivessem a trabalhar.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral
 - » Art. 347 – Desobediência eleitoral

Para configurar crime de desobediência eleitoral¹, é necessário que a ordem tida por descumprida seja direta e individualizada ao agente. Além disso, deve-se comprovar a ciência do agente em relação à ordem reputada por violada, sob pena de verificar-se a ausência do elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo.

A ausência do elemento subjetivo do tipo, isto é, da vontade livre e consciente de o agente recusar cumprimento a ordens da Justiça Eleitoral, ou opor embaraços à sua execução, caracteriza atipicidade da conduta.

Nesse sentido, não configura crime de desobediência eleitoral, previsto no art. 347 do Código Eleitoral, a ordem geral e abstrata, contida em orientação da Justiça Eleitoral, de não realizar carreatas ou passeatas eleitorais em determinado local.

¹ Lei 4.737/1965: “Art. 347. Recusar alguém cumprimento ou obediência a diligências, ordens ou instruções da Justiça Eleitoral ou opor embaraços à sua execução:”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 7.170/1983 – Lei de Segurança Nacional
 - » Arts. 1º e 2º – Tipicidade

Para a tipificação de crime contra a segurança nacional, não basta a mera adequação típica da conduta, objetivamente considerada.¹

Da conjugação dos arts. 1º² e 2º³ da Lei 7.170/1983, extraem-se dois requisitos, de ordem subjetiva e objetiva: i) motivação e objetivos políticos do agente; e ii) lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito.

Na ausência desses requisitos, descabe falar em incidência da Lei de Segurança Nacional. Logo, a mera guarda e transporte de material militar privativo das Forças Armadas não configura, necessariamente, crime contra a segurança nacional.⁴

- 1 CC 6.707, rel. min. Moreira Alves, P; HC 73.451, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T; RC 1.468, red. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, P; e RC 1.470, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T.
- 2 Lei 7.170/1983: “Art. 1º Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I – a integridade territorial e a soberania nacional; II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União.”
- 3 Lei 7.170/1983: “Art. 2º Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I – a motivação e os objetivos do agente; II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.”
- 4 No caso, demonstrou-se que a intenção do agente era roubar uma agência bancária, sem motivação política.

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 7.716/1989 – Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor
 - » Art. 20 – Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional

Inq 3.590

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 12-9-2014

Informativo STF 754

Em que pese ao fato de ser reprovável, é atípica a conduta de publicar manifestação de natureza discriminatória em relação aos homossexuais.

O art. 20 da Lei 7.716/1989¹ – assim como toda norma penal incriminadora – possui rol exaustivo de condutas tipificadas, cuja lista não contempla a discriminação decorrente de orientação sexual.

¹ Lei 7.716/1989: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa.”

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo
 - » Art. 1º – Sonegação fiscal

HC 106.152

rel. min. Rosa Weber

1ª Turma

DJE de 24-5-2016

Informativo STF 819

Nos crimes de sonegação tributária, a ausência do lançamento tributário definitivo não impede a investigação preliminar.

A persecução penal condiciona-se à existência de lançamento tributário definitivo.¹ O mesmo não ocorre com a investigação preliminar, cuja validade não está condicionada ao resultado, mas sim à observância do devido processo legal.

Os delitos podem ser tentados e consumados, e jamais se entendeu pela impossibilidade da investigação preliminar durante a execução de um crime ou mesmo antes da consumação. Por esse motivo, a investigação preliminar pode ocorrer durante a execução de um crime ou mesmo antes de sua consumação. Essa afirmação é válida tanto para crimes contra a ordem tributária como para qualquer outra modalidade delitiva.

¹ HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, P.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo
 - » Art. 1º – Sonegação fiscal

HC 128.446

rel. min. Teori Zavascki

2ª Turma

DJE de 29-9-2015

Informativo STF 799

No crime de sonegação fiscal, o ardil especificamente utilizado para encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica pode ser usado para majorar a pena-base. Aplica-se esse entendimento mesmo considerando-se que a fraude ou a dissimulação integram o elemento objetivo do crime contra a ordem tributária.

A utilização de meio enganoso para encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica não é inerente ao tipo penal do crime contra a ordem tributária.

Assim, diversamente de outros tipos de fraude, encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica não possui relação necessária com as declarações falsas apresentadas à Receita Federal, meio empregado para a prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.

A magnitude do desfalque implica maior exasperação de apenamento.

Nos delitos de sonegação, tal como ocorre, *mutatis mutandis*, em outras infrações penais que provocam lesão ao erário, a extensão do dano causado pode ser utilizada na primeira fase da dosimetria como critério para exasperação da pena-base, sem que tanto implique *bis in idem*.¹

¹ RHC 117.803, rel. min. Luiz Fux, 1ª T; e HC 112.876, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

» Legislação penal especial

- » Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo
- » Art. 1º – Sonegação fiscal

RHC 122.774

rel. min. Dias Toffoli

1ª Turma

DJE de 11-6-2015

Informativo STF 786

Não há que falar em aplicação retroativa *in malam partem* do Enunciado 24 da Súmula Vinculante¹ aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição.

A súmula vinculante em questão é mera consolidação da jurisprudência da Corte, a qual, há muito, entende que “a consumação do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 somente se verifica com a constituição do crédito fiscal, começando a correr, a partir daí, a prescrição”².

Assim, mesmo antes da edição do Enunciado 24 da Súmula Vinculante, a ausência de constituição definitiva do crédito tributário impedia a configuração do delito. Isso obstava, por sua vez, o transcurso do prazo prescricional da pretensão punitiva.

O argumento segundo o qual a contagem do prazo para a prescrição da pretensão punitiva teria início logo após o cometimento do delito, independentemente da constituição definitiva do crédito tributário, não prospera. Antes mesmo da edição da referida súmula vinculante, a jurisprudência já se encontrava consolidada.

Em virtude disso, não há que se alegar que a prescrição da pretensão punitiva estatal teria se consumado antes da edição do aludido verbete e que a sua aplicação importaria interpretação judicial mais gravosa da lei de regência.

Não há lógica em permitir que a prescrição siga curso normal no período de duração do processo administrativo necessário à consolidação do crédito tributário. Se assim fosse, o recurso administrativo, por iniciativa do contribuinte, serviria mais como uma estratégia de defesa para alcançar a prescrição com o decurso do tempo – quando se aposta na morosidade da Justiça – do que para a sua real finalidade, que é propiciar a qualquer cidadão questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório de determinado tributo.³

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

² HC 85.051, rel. min. Carlos Velloso, 2ª T.

³ HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, P.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo
 - » Art. 1º – Sonegação fiscal

HC 121.125

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 5-9-2014

Informativo STF 750

A regular intimação da defesa, em processo administrativo-fiscal, para fins de comprovação da origem de valores creditados em conta-corrente não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência.

A inobservância do art. 42 da Lei 9.430/1996¹ caracteriza omissão de receita ou de rendimento.

É válida, por decorrer de procedimento legalmente estabelecido, a presunção, ainda que relativa, de que houve omissão de rendimentos a dar ensejo à persecução penal pelo crime previsto no art. 1º, I, da Lei 8.137/1990.²

Não se reveste de ilegalidade a persecução penal e a posterior condenação pelo crime em análise, em continuidade delitiva (Código Penal, art. 71), daquele que, regularmente intimado no âmbito de processo administrativo fiscal para declinar a origem de valores creditados em sua conta-corrente, deixa de fazê-lo sob a alegação de que estaria impossibilitado de prestar os esclarecimentos solicitados.

O ajuizamento de ação anulatória não tem o condão de obstar o trâmite da ação penal, que somente depende da constituição definitiva do crédito tributário. Apenas a inclusão do contribuinte em parcelamento tributário tem a capacidade de suspender a pretensão punitiva do Estado nos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990, conforme o disposto no art. 83, § 2º, da Lei 9.430/1996³.

¹ Lei 9.430/1996: “Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.”

² Lei 8.137/1990: “Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;”

- 3 Lei 9.430/1996: “Art. 83. (...) § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária
 - » Art. 12, I – Causa de aumento de pena

HC 129.284

rel. min. Ricardo Lewandowski

2ª Turma

DJE de 7-2-2018

Informativo STF 882

Não viola o princípio da congruência a ausência de menção na peça acusatória à capitulação legal da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/1990¹ posteriormente reconhecida em sentença condenatória.

“O princípio da congruência, dentre os seus vetores, indica que o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida. Destarte, faz-se necessária apenas a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato pelo qual o réu foi condenado, sendo irrelevante a menção expressa na denúncia de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena.”²

Ademais, a consideração do vultoso *quantum* sonogado é elemento suficiente para a caracterização do grave dano à coletividade constante do art. 12, I, da Lei 8.137/1990 e, assim, parâmetro para aplicação dessa majorante.

A Portaria 320/2008 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)³ não é parâmetro jurídico para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/1990⁴.

Essa norma infralegal apenas dispõe sobre o Projeto Grandes Devedores no âmbito da PGFN, conceituando, para os seus fins, os “grandes devedores”. O objetivo dessa medida é estabelecer, na Secretaria da Receita Federal do Brasil, método de cobrança prioritário a esses sujeitos passivos de vultosas obrigações tributárias, sem limitar ou definir, no entanto, o grave dano à coletividade.

1 Lei 8.137/1990: “Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I – ocasionar grave dano à coletividade;”

2 HC 120.587, rel. min. Luiz Fux, 1ª T.

3 Portaria 320/2008 da PGFN: “Art. 1º O Projeto Grandes Devedores – PROGRAM, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, rege-se pelo disposto nesta Portaria. Capítulo I – Disposição Preliminar. Art. 2º São considerados grandes devedores, no âmbito da Procuradoria-

-Geral da Fazenda Nacional, aqueles devedores inscritos em dívida ativa da União, cujos débitos, de natureza tributária ou não tributária, tenham: I – unitária ou agrupadamente, em função de um mesmo devedor, valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); II – presentes circunstâncias indicativas de crime contra a ordem tributária. Art. 3º Nas atividades anteriores à inscrição do débito em Dívida Ativa desenvolvidas no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, receberão tratamento prioritário os sujeitos passivos de obrigações tributárias submetidos a acompanhamento diferenciado ou especial pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos termos da Portaria Conjunta RFB/PGFN n. 11.212, de 8 de novembro de 2007, e Portarias RFB n. 11.211, de 7 de novembro de 2007, e n. 11.213 de 8 de novembro de 2007 e regulamentações posteriores. Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, as listas dos sujeitos passivos submetidos ao acompanhamento econômico-tributário diferenciado são disponibilizadas pela Coordenação Especial de Acompanhamento dos Maiores Contribuintes da Receita Federal do Brasil, na forma estabelecida no § 1º do art. 1º da Portaria Conjunta RFB/PGFN n. 11.212, de 8 de novembro de 2007. (...) Art. 14. As Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional e a Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional designarão Procuradores encarregados de proceder ao acompanhamento especializado de processos judiciais referentes a grandes devedores que tenham valor da causa ou em discussão igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), conferindo-lhe tratamento prioritário. (...) Art. 18. Todos os processos judiciais de grandes devedores deverão ser cadastrados no sistema de acompanhamento judicial, sendo priorizados aqueles cujo valor envolvido ultrapasse R\$ 10.000.000,00 (dez milhões) de reais. Parágrafo único. Em caso de impossibilidade de cumprimento imediato do disposto no *caput*, o Procurador-Chefe ou Seccional poderá realizar o devido cadastramento até 30 de julho de 2008, justificando as razões de impossibilidade à Coordenação-Geral de Grandes Devedores e, nas Procuradorias Seccionais, também ao Procurador-Chefe da respectiva unidade. (...) Art. 20. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

- 4 Lei 8.137/1990: “Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º: I – ocasionar grave dano à coletividade;”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.666/1993 – Lei de Licitações
 - » Art. 89 – Crimes licitatórios

O art. 89, segunda parte, da Lei 8.666/1993¹ é norma penal em branco, a qual, quanto às formalidades a que alude, é complementada pelo art. 26² da mesma lei.

A norma penal em branco é aquela que depende de outra norma jurídica para completar a descrição da conduta delituosa. Na espécie, o tipo primário não faz referência a quais formalidades devem ser observadas pelo administrador nos casos de contratação direta.

As “formalidades” previstas no art. 89 da lei limitam-se àquelas estabelecidas no parágrafo único do art. 26 do mesmo diploma. Eventuais diretivas estabelecidas por outras esferas legislativas ou administrativas, criando novos procedimentos ou exigindo outras formalidades, não ultrapassarão o plano administrativo e jamais poderão integrar a norma penal incriminadora. Esses outros complementos normativos, de outras esferas (estadual, municipal etc.), se existirem, terão seus efeitos limitados ao plano administrativo, podendo anular o edital ou, dependendo das circunstâncias, o próprio certame licitatório, sem, contudo, produzir efeito na lei incriminadora.³

O descumprimento das formalidades referentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação só tem pertinência à repressão penal quando acompanhada de violação substantiva aos princípios da Administração Pública [Constituição Federal (CF), art. 37⁴].

Irregularidades pontuais são inerentes à burocracia estatal e não devem, por si sós, gerar criminalização de condutas, se não projetam uma ofensa consistente (tipicidade material) ao bem jurídico tutelado, no caso, ao procedimento licitatório.

É preciso distinguir o administrador inepto, descuidado, sem destreza, daquele ardiloso, venal ou malicioso.

Não cabe ao juízo criminal avaliar o mérito da escolha do administrador, ou mesmo a necessidade dela à luz do interesse público. O que importa avaliar, para a esfera criminal e presente a tipificação da denúncia, é se a decisão administrativa adotada pelo acusado esteve amparada por argumentos legítimos sob o enfoque da legalidade.

O delito do art. 89 da Lei 8.666/1993 exige, além do dolo genérico – representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação com descumprimento das formalidades –, a configuração do especial fim de agir – consistente no dolo específico de causar dano ao erário ou de gerar o enriquecimento ilícito dos agentes envolvidos na empreitada criminoso.

A compreensão visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica, de forma errônea ou equivocada, as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos arts. 24 e 25 da Lei 8.666/1993 e aquele que dispensa o certame que sabe ser necessário, na busca de fins espúrios.⁵

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta. “Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente tem a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido de licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário.”⁶

- 1 Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.” (Sem grifos no original.)
- 2 Lei 8.666/1993: “Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I – caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II – razão da escolha do fornecedor ou executante; III – justificativa do preço; IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.”
- 3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 151- 152, apud rel. min. Rosa Weber em seu voto, no presente julgamento.
- 4 CF/1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”
- 5 AP 971, rel. min. Edson Fachin, 1ª T.
- 6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 901-904, apud rel. min. Rosa Weber em seu voto, no presente julgamento.

Os tipos penais previstos nos arts. 89¹ e 90² da Lei 8.666/1993 não exigem a ocorrência de dano ao erário.

O bem jurídico tutelado é, em última instância, a própria moralidade administrativa e o interesse público. Para a consumação dos delitos em análise³ não é necessário ocorrência de dano ao erário, uma vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de higidez no procedimento licitatório.

- 1 Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”
- 2 Lei 8.666/1993: “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”
- 3 “Há duas questões de Direito, uma é a de prescrição, que acho que não ocorreu, e esta questão do dano ao erário. A meu ver, a jurisprudência é pacífica e correta no sentido da inexigibilidade de dano ao erário. E não é difícil exemplificar isso. Se a autoridade responsável pela licitação tem um primo que vende canetas a dez reais, e o preço do mercado é dez reais realmente. Ele vai lá e favorece o primo. Nós achamos que isso está consentâneo com a legislação? Evidentemente que não está. Portanto, penso que a exigibilidade não é pertinente aqui, com todas as vênias.” (Trecho do voto do red. p/ o ac. min. Roberto Barroso no presente julgamento.)

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública
 - » Art. 89 – Crimes licitatórios

Inq 3.674

rel. min. Luiz Fux

1ª Turma

DJE de 15-9-2017

Informativo STF 856

O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993¹.

O referido parecer jurídico afasta, em princípio, a ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância “fora das hipóteses previstas em lei”².

Quando o administrador público consulta a procuradoria jurídica quanto à regularidade da dispensa ou da inexigibilidade, o parecer do corpo jurídico, quando lavrado de maneira idônea – sem indício de que constitua etapa da suposta empreitada criminosa –, confere embasamento jurídico ao ato, inclusive quanto à observância das formalidades do procedimento.

Dessa maneira, o parecer jurídico constitui óbice ao enquadramento típico da conduta do administrador público que com base nele assine o termo contratual no exercício de sua função, salvo indicação de dolo de beneficiar a si mesmo ou ao contratado e/ou narrativa mínima da existência de união de desígnios entre os acusados para realização comum da prática delitiva.

A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isso, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador.³

O crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993, apesar de dispensar a prova do resultado danoso, pressupõe que a conduta do administrador público seja criminosa e que a denúncia narre a finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, ferindo, com isso, a *ratio essendi* da licitação, qual seja a impessoalidade da contratação.

O tipo previsto no referido dispositivo tem como destinatário o administrador e adjudicatários desonestos e não os supostamente inábeis. Isso porque a intenção de ignorar ou

simular os pressupostos para a contratação direta são elementos do tipo, que não se perfaz a título de negligência, imprudência ou imperícia – caracterizadores do atuar culposos.

A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na peça acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso.⁴

Para que haja coautoria ou participação, a dogmática penal exige a evidenciação de algum indício de acordo prévio revelador do liame psicológico entre os acusados. Em regra, esse elemento poderá ser obtido mediante depoimentos de testemunhos ou, ao menos, quando haja alguma demonstração de que todos obtiveram vantagem ilícita com a prática delituosa comum.^{5 e 6}

1 Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”

2 Inq 2.482, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P; Inq 3.731, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; e AP 560, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T.

3 Inq 3.965, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; Inq 4.104, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; Inq 4.106, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; Inq 4.101, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; AP 700, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T; Inq 3.731, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; e Inq 2.688, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

4 AP 595, rel. min. Luiz Fux, 1ª T.

5 “(...) c) Coautoria. É a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram consciente e voluntariamente. A coautoria é uma espécie de conspiração levada à prática. (...) Cada coautor responde pelo fato, sempre que este permaneça no âmbito da decisão comum acordada previamente. Qualquer tipo de excesso de um dos coautores repercutirá na forma de imputação subjetiva do resultado que se tenha produzido por excesso; assim, uns podem responder a título de dolo e outros a título de imprudência ou não responder em absoluto pelo excesso. Como na coautoria todos são autores do fato, pode acontecer que cada um responda por um título delitivo diferente. (...) Distinta da coautoria é a autoria colateral, na qual várias pessoas, independentemente umas das outras, produzem o resultado típico, geralmente de um delito culposos.” (BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 523 / 525.)

6 “São coautores aqueles que realizam conjuntamente e de mútuo acordo um fato. (...) Os coautores repartem, entre si, a realização do tipo de autoria. (...) Para que esta imputação recíproca possa ocorrer, é preciso o ‘mútuo acordo’, que converte em partes de um plano global unitário as distintas contribuições. (...) O art. 28 do Código Penal espanhol faz referência à coautoria quando diz que ‘são autores aqueles que realizam o fato conjuntamente’. Deve-se entender que esta expressão requer não apenas a execução conjunta, mas também que a mesma se efetue de mútuo acordo.” (MIR PUIG, Santiago. *Direito Penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 358 / 359.)

Direito Penal

» Legislação penal especial

- » Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública
- » Art. 89 – Crimes licitatórios

Inq 3.753

rel. min. **Luiz Fux**

1ª Turma

DJE de 30-5-2017

Informativo STF 861

A ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), no crime do art. 89 da Lei 8.666/1993, leva à rejeição da denúncia.

O crime de inexigibilidade de licitação¹ reclama dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, causando dano ao erário ou obtendo vantagem indevida.² Tal situação não se faz presente quando o acusado atua em conformidade com a lei e com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica, configurando-se, assim, inexistência de justa causa para a ação penal.

1 Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena – Detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.”

2 Inq 2.688, red. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, 2ª T; Inq 1.990, rel. min. Cármen Lúcia, P; Inq 3.016, rel. min. Ellen Gracie, P; Inq 2.677, rel. min. Ayres Britto, P; Inq 2.482, red. p/ o ac. min. Luiz Fux, P; Inq 3.077, rel. min. Dias Toffoli, P; HC 107.263, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; e Inq 3.965, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública
 - » Art. 89 – Crimes licitatórios

Não configura o crime de dispensa irregular de licitação (Lei 8.666/1993, art. 89, *caput*) a realização de termo de concessão de uso de bem público a empresário individual, a quem teria sido outorgado o direito de utilização, a título gratuito, precário e por prazo indeterminado, de imóvel pertencente ao Município.

De acordo com o art. 4º da Portaria 266/2008 do Departamento Nacional de Produção Mineral, editada com base no art. 3º da Lei 6.567/1978, o requerimento para registro de licença para exploração mineral deve conter licença específica expedida pela autoridade administrativa do Município em que situada a área a ser explorada, além do assentimento da pessoa jurídica de direito público quando a ela pertencer a área.

Assim, não houve a dispensa de licitação fora das hipóteses legais, uma vez que, na espécie, o certame não era exigido.

Nesse sentido, a expressão “termo de concessão de uso de bem público” contida em instrumento outorgado ao empresário individual, a despeito de sua impropriedade técnica – pois não se cuida de concessão de direito real de uso de bem público –, teve a única finalidade de demonstrar a anuência da prefeitura quanto à exploração da área a ela pertencente.

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública
 - » Art. 89 – Crimes licitatórios

Inq 3.074

rel. min. **Roberto Barroso**

1ª Turma

DJE de 3-10-2014

Informativo STF 756

Não configura delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993¹ a contratação de escritório de advocacia para consultoria jurídica e patrocínio judicial na retomada dos serviços de abastecimento de água e esgoto de Município quando devidamente justificada a dispensa de licitação.

A contratação direta de escritório de advocacia pela Administração Pública deve observar os seguintes parâmetros: a) necessidade de procedimento administrativo formal; b) notória especialização do profissional a ser contratado; c) natureza singular do serviço; d) demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do poder público; e) cobrança de preço compatível com o mercado para o serviço.

¹ Lei 8.666/1993: “Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais
 - » Art. 76 – Transação penal

“A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995¹ não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

Com esse teor, o Plenário aprovou a edição do Enunciado 35 da Súmula Vinculante.

¹ Lei 9.099/1995: “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.472/1997 – Serviços de telecomunicações
 - » Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

HC 127.978

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 1º-12-2017

Informativo STF 883

A conduta de transmitir sinal de internet por radiofrequência sem autorização não configura crime de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 183¹).

Nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997², a oferta de serviço de internet, concebido como serviço de valor adicionado, não constitui atividade de telecomunicação.

- 1 Lei 9.472/1997: “Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação: Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”
- 2 Lei 9.472/1997: “Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. § 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.”

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.472/1997 – Serviços de telecomunicações
 - » Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

HC 138.134

rel. min. **Ricardo Lewandowski**

2ª Turma

DJE de 28-3-2017

Informativo STF 853

Excepcionalmente, ante a constatação da irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a prática da conduta, em tese, subsumida ao art. 183 da Lei 9.472/1997¹ não deve ser resolvida na esfera penal, e sim nas instâncias administrativas.

Caso a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) reconheça que a interferência por parte de atividade clandestina de telecomunicação tenha ocorrido apenas em canais que não tenham recebido a outorga para operar em área de cobertura da rádio comunitária, considera-se que o bem jurídico tutelado pela norma permanece incólume.

Nessa hipótese, a segurança dos meios de telecomunicações não sofre qualquer espécie de lesão ou ameaça de lesão que mereça a intervenção do Direito Penal. Logo, não deve ser reconhecida a tipicidade material da conduta ante a incidência do princípio da insignificância. Assim, a matéria deve ser resolvida nas instâncias administrativas.²

¹ Lei 9.472/1997: “Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:”

² RHC 118.014, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T; e RHC 119.123, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T.

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.472/1997 – Serviços de telecomunicações
 - » Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

RHC 119.123

rel. min. **Cármem Lúcia**

2ª Turma

DJE de 4-8-2014

Informativo STF 738

A ausência de prova pericial que constate, *in loco*, que a rádio comunitária opera com potência efetiva radiada acima do limite de segurança impede o recebimento da denúncia, por ausência de justa causa.

Não está comprovada a materialidade delitiva da infração penal prevista no art. 183 da Lei 9.472/1997 – desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação –, reclamada pelo princípio da ofensividade.

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.503 / 1997 – Código de Trânsito Brasileiro
 - » Arts. 303 – Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor

HC 128.921

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 11-9-2015

Informativo STF 796

O crime de dirigir sem habilitação [Código de Trânsito Brasileiro (CTB), art. 309] é absorvido pelo delito de lesão corporal culposa na direção de veículo (CTB, art. 303).

Aplica-se à hipótese o princípio da consunção. Além disso, de acordo com o CTB, o fato de o agente não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação já é causa de aumento de pena para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor.

Nesse sentido, não se pode admitir que o mesmo fato seja atribuído ao paciente como crime autônomo e, simultaneamente, como causa especial de aumento de pena, haja vista a vedação de *bis in idem*.

Cabe destacar que se aplica esse entendimento mesmo que o crime do art. 303 do CTB seja de ação pública condicionada à representação e a vítima não tenha representado. Nessa situação, é imperativo reconhecer a extinção da punibilidade do crime de dirigir sem habilitação (CTB, art. 309), cujo processo instaura-se por ação penal pública incondicionada.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.605 / 1998 – Crimes ambientais
 - » Princípio da insignificância

RHC 125.566

HC 127.926

rel. min. Dias Toffoli

2ª Turma

DJE de 28-11-2016

Informativo STF 845

Não é possível a aplicação do princípio da insignificância¹ quando a reprovabilidade que recai sobre a conduta está consubstanciada no fato de o agente ter praticado a pesca² em período proibido³, utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, em prejuízo da preservação e do equilíbrio do ecossistema aquático.

A proteção constitucional ao meio ambiente [Constituição Federal (CF), art. 225, § 3^o4] – embora não afaste a possibilidade de se reconhecer, em tese, o princípio da insignificância⁵ – exige a observância concomitante dos seguintes pressupostos: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada⁶.

Nesse sentido, é dotado de intenso grau de reprovabilidade o comportamento do agente que, ao agir com liberalidade, pratica a pesca em pleno defeso utilizando-se de redes de aproximadamente setenta metros. A utilização desse instrumento é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais, razão pela qual afasta-se a incidência do inciso I do art. 37 da Lei Ambiental⁷, que tornaria atípica a conduta praticada em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família.

Por outro lado, o fato de nenhum peixe ter sido pescado não descaracteriza a conduta praticada, pois seria mero exaurimento. Com efeito, a conduta colocou em risco o bem jurídico tutelado e somente não causou maiores danos à fauna aquática porque foi interrompida a tempo pelas autoridades ambientais.

Assim, é manifesto o interesse do Estado na repressão às condutas delituosas que venham a colocar o ecossistema em situação de perigo ou lhe causar danos, consoante a Lei 9.605/1998. Portanto, não há como afastar a tipicidade material da conduta, a qual pode ser considerada como um crime de perigo, que se consuma com a mera possibilidade de dano, sem necessidade de se questionar da violação em concreto ao meio ambiente.

- 1 “A aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro incentivo à prática de delitos ambientais pelo paciente e outros pescadores, ante a certeza da impunidade de tais condutas, que estarão acobertadas pelo princípio da insignificância, levando ao esvaziamento do tipo penal previsto no art. 34 da Lei 9.605/1998.” (Trecho do voto do min. Ricardo Lewandowski no julgamento do HC 112.563, red. p/ o ac. min. Cezar Peluso, 2ª T.)
- 2 Lei 9.605/1998: “Art. 36. Para os efeitos desta Lei, considera-se pesca todo ato tendente a retirar, extrair, coletar, apanhar, apreender ou capturar espécimes dos grupos dos peixes, crustáceos, moluscos e vegetais hidróbios, suscetíveis ou não de aproveitamento econômico, ressalvadas as espécies ameaçadas de extinção, constantes nas listas oficiais da fauna e da flora.”
- 3 Lei 9.605/1998: “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I – pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;”
- 4 CF/1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”
- 5 “Ação penal. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/2002 do Ibama. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei 9.605/1998. *Rei furtivae* de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou *habeas corpus*, ser absolvido por atipicidade do comportamento.” (Ementa do HC 112.563, red. p/ o ac. min. Cezar Peluso, 2ª T.)
- 6 RHC 122.464 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T.
- 7 Lei 9.605/1998: “Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado: I – em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II – para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III – (Vetado); IV – por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 9.605 / 1998 – Crimes ambientais
 - » Princípio da insignificância

O princípio da insignificância é aplicável aos crimes ambientais¹, tanto aos de perigo concreto, em que ocorre dano efetivo ao bem jurídico tutelado, quanto aos de perigo abstrato, cuja configuração independe da demonstração do dano efetivo.^{2 e 3}

A “proteção pela via do Direito Penal justifica-se apenas em face de danos efetivos ou potenciais ao valor fundamental do meio ambiente; ou seja, a conduta somente pode ser tida como criminosa quando degrade ou no mínimo traga algum risco de degradação do equilíbrio ecológico das espécies e dos ecossistemas. Fora dessas hipóteses, o fato não deixa de ser relevante para o Direito. Porém, a responsabilização da conduta será objeto do Direito Administrativo ou do Direito Civil. O Direito Penal atua, especialmente no âmbito da proteção do meio ambiente, como *ultima ratio*, tendo caráter subsidiário em relação à responsabilização civil e administrativa de condutas ilegais. Esse é o sentido de um Direito Penal mínimo, que se preocupa apenas com os fatos que representam graves e reais lesões a bens e valores fundamentais da comunidade”⁴.

O requisito da justa causa impõe a demonstração de indícios da autoria delitiva e da “existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade”⁵.

Não se vislumbrando qualquer dano efetivo ou potencial ao meio ambiente, é de se assentar a atipicidade material da conduta, pela completa ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Por fim, cabe destacar que, mesmo diante de crime de perigo abstrato, não é possível dispensar a verificação *in concreto* do perigo real ou mesmo potencial da conduta praticada pelo acusado com relação ao bem jurídico tutelado.⁶

1 O agente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 34, *caput*, da Lei 9.605/1998: “Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

2 AP 439, rel. min. Marco Aurélio, P; e HC 112.563, red. p/ o ac. min. Cezar Peluso, 2ª T.

- 3 REsp 1.263.800 AgR, rel. min. Jorge Mussi, 5ª T; RHC 39.578, rel. min. Laurita Vaz, 5ª T; HC 143.208, rel. min. Jorge Mussi, 5ª T; e HC 128.566, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T.
- 4 Trecho do voto do min. Gilmar Mendes na AP 439, rel. min. Marco Aurélio, P.
- 5 TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 149.
- 6 “O acusado estava em pequena embarcação, próximo à Ilha de Samambaia, quando foi surpreendido em contexto de pesca rústica, com vara de pescar, linha e anzol. Não estava em barco grande, munido de redes, arrasto nem com instrumentos de maior potencialidade lesiva ao meio ambiente.” (Trecho do voto da rel. min. Cármen Lúcia no presente julgamento.)

» Legislação penal especial

» Lei 9.613/1998 – “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores

» Art. 1º – Ocultação de bens, direitos ou valores

AP 863

rel. min. Edson Fachin

1ª Turma

DJE de 29-8-2017

Informativo STF 866

O crime de lavagem de bens, direitos ou valores, praticado na modalidade de ocultação (Lei 9.613/1998, art. 1º¹), tem natureza de crime permanente.

Quem oculta a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de crime, enquanto os mantiver ocultos, ou seja, escondidos, permanece realizando a conduta correspondente a esse verbo núcleo do tipo. Ocultar, portanto, não é ação que se realiza apenas no momento inicial do encobrimento, mas que perdura enquanto o objeto material do crime estiver escondido, máxime quando o autor detém o poder de fato sobre o referido objeto.

Por essa razão, a despeito das discussões sobre o bem jurídico tutelado pelo legislador com a tipificação do crime de lavagem, como a atividade delitiva violadora do bem jurídico tutelado se prolonga no tempo, impende reconhecer que o bem jurídico permanece sendo violado enquanto a atividade delitiva não cessar.

A caracterização de crimes cujo verbo núcleo do tipo é ocultar como permanente não é exclusividade do delito de lavagem de dinheiro. O Direito Penal pátrio tipifica a ocultação de uma série de objetos materiais, em circunstâncias várias, com a consequente majoritária classificação doutrinária dessas condutas como modalidades permanentes de violação dos respectivos bens jurídicos.

É o caso do crime de receptação, que é considerado pela doutrina como “instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), salvo na modalidade ‘ocultar’, que é permanente (delito de consumação prolongada). A ocultação tem a peculiaridade de significar o disfarce para algo não ser visto, sem haver a destruição. Por isso, enquanto o agente estiver escondendo a coisa que sabe ser produto de crime, consuma-se a infração penal”².

Outro exemplo é o crime de ocultação de cadáver [Código Penal (CP), art. 211³], o qual é considerado “crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido”⁴.

A mesma consideração deve ser transposta para o delito de lavagem, na modalidade de ocultação. Afinal, é a natureza da ação praticada, que se prolonga no tempo ou não, correspondente ao verbo do qual o legislador se valeu para descrever o crime, que define a natureza instantânea ou permanente do delito. O crime de lavagem de dinheiro na modalidade ocultar, portanto, é igualmente permanente e subsiste até o instante em que os valores provenientes dos crimes antecedentes sejam descobertos.

Por fim, cabe destacar que, ao contrário dos delitos instantâneos, cuja ação ocorre num momento específico e bem delimitado, nos crimes permanentes, “a ação segue em curso enquanto dura a permanência, razão pela qual todo esse tempo é considerado tempo do crime, devendo ser computado como momento exato aquele em que cessa a permanência, inclusive a efeito de prescrição (CP, art. 111, III⁵)”.⁶

- 1 Lei 9.613/1998: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (...) Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.”
- 2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1004.
- 3 CP: “Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.”
- 4 HC 76.678, rel. min. Maurício Corrêa, 2ª T.
- 5 CP: “Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...) III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;”
- 6 BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 145.

» Legislação penal especial

» Lei 9.613/1998 – “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores

» Art. 1º – Ocultação de bens, direitos ou valores

O recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina integra a materialidade da corrupção passiva e não constitui ação autônoma de lavagem de capitais.

Os atos supostamente configuradores do crime de lavagem – consistentes no saque de valores em espécie por interposta pessoa – são componentes consumativos da corrupção passiva na forma objetiva “receber”, sendo indiferente que seja praticada com dissimulação. Ao contrário, a autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado), não verificados na hipótese.

Por outro lado, o crime tipificado no art. 317 do Código Penal (CP)¹ (corrupção passiva) constitui tipo misto alternativo e consome-se com a solicitação, o recebimento ou a aceitação de vantagem indevida. Assim, embora a referência no tipo penal ao ato de aceitação baste para a configuração da conduta, mesmo que inexistente prova de que o corrompido tenha recebido a vantagem, nos casos em que existente a prova do recebimento da vantagem, é artificial considerar o ato de entrega como posterior à corrupção, menos ainda para o fim de se pretender caracterizar a ocorrência de novo crime.

Para ficar caracterizado o delito de lavagem, é necessário comprovar que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores e identificar os atos posteriores, destinados a colocar a vantagem indevida na economia formal.

O tipo penal da lavagem de dinheiro não exige a simples ocultação de valor, mas também que se dê a esse produto criminoso a aparência de numerário legítimo.

¹ CP: “Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.”

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento
 - » Princípio da insignificância

HC 131.771

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 28-11-2016

Informativo STF 844

O porte de um projétil de arma de fogo não descaracteriza a tipicidade material da conduta prevista no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003¹.

A configuração do crime de porte ilegal de munição de uso permitido independe do tipo e da quantidade portada pelo agente.

¹ Lei 10.826/2003: “Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento
 - » Art. 16 – Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

HC 133.984

rel. min. **Cármen Lúcia**

2ª Turma

DJE de 2-6-2016

Informativo STF 826

É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma.¹

Aplica-se o princípio da insignificância quando demonstrada nos autos a presença dos requisitos caracterizadores, tais como o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato: mínima ofensividade da conduta do agente, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica causada.²

Na hipótese, justifica-se a flexibilização da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segundo a qual o delito de porte de munição de uso restrito, tipificado no art. 16 da Lei 10.826/2003, é crime de mera conduta.³

A conduta em análise não resulta em dano ou perigo concreto relevante para a sociedade, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade.

Ressalte-se que o Direito Penal possui natureza subsidiária e fragmentária. Assim, somente deve ser invocado quando os outros ramos do direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos.

1 Lei 10.826/2003: “Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:”

2 Precedente: HC 109.739, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T.

3 Precedentes: HC 127.652 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; e RHC 123.553 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.340/2006 – Violência doméstica
 - » Princípio da insignificância

O princípio da insignificância não é aplicável aos delitos praticados em situação de violência doméstica.

O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo Direito Penal, fazendo-se justiça no caso concreto.

“Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como, a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada.”¹

Nesse sentido, os delitos praticados com violência contra a mulher, devido à expressiva ofensividade, periculosidade social, reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica causada, perdem a característica da bagatela e devem submeter-se ao Direito Penal.

¹ RHC 115.226, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.340/2006 – Violência doméstica
 - » Art. 41 – Inaplicabilidade da Lei de Contravenções Penais¹

HC 137.888

rel. min. Rosa Weber

1ª Turma

DJE de 21-2-2018

Informativo STF 884

A prática de contravenção penal, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, atrai a incidência da Lei 11.340/2006.

Não se admite a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na hipótese de prática de contravenção penal de vias de fato [Decreto-Lei (DL) 3.688/1941, art. 21²], se a conduta é perpetrada no âmbito de violência doméstica e familiar contra a mulher.

O art. 41 da Lei 11.340/2006³ obsta a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos em todo e qualquer caso de prática delituosa que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que reduzida a gravidade da lesão.⁴

A violência contra a mulher comporta natureza específica. Desse modo, qualquer ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, nos âmbitos doméstico e familiar, independentemente do convívio entre agressor e ofendida bem como da orientação sexual dos envolvidos, faz incidir a lei protetiva. Não é necessário perquirir, para fins de aplicação do regramento repressivo, a intensidade da agressão.

A Lei 11.340/2006 consagra sistema protetivo em benefício da mulher, que surgiu para concretizar o dever constitucional⁵ de agir, por parte do Estado, ante a adoção de mecanismos para coibir toda e qualquer violência doméstica e familiar.

Ainda que o art. 41 da Lei 11.340/2006 trate de “crimes”, a interpretação extensiva no Direito Penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica desvirtuamento na *mens legis*. Sob essa ótica, o sistema de proteção às vítimas da violência de gênero (doméstica e familiar contra a mulher), nos moldes da referida lei, deve ser observado, na medida em que vedada a aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa, nos casos de violência.

¹ DL 3.688/1941.

- 2 DL 3.688/1941: “Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime. Parágrafo único. Aumenta-se a pena de $\frac{1}{3}$ (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.”
- 3 Lei 11.340/2006: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.”
- 4 HC 106.212, rel. min. Marco Aurélio, P.
- 5 Constituição Federal/1988: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

» Legislação penal especial

» Lei 11.340/2006 – Violência doméstica

» Art. 41 – Inaplicabilidade da Lei 9.099/1995

HC 129.446

rel. min. Teori Zavascki

2ª Turma

DJE de 6-11-2015

Informativo STF 804

Não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico.¹

A execução do crime mediante o emprego de violência é circunstância impeditiva do benefício, nos termos do art. 44, I, do Código Penal (CP)².

Além disso, a interpretação que pretenda equiparar os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher aos delitos submetidos ao regramento previsto na Lei dos Juizados Especiais³, a fim de permitir a conversão da pena, não encontra amparo no art. 41 da Lei 11.340/2006⁴.

A vedação abstrata prevista no art. 44 do CP não implica violação ao princípio da proporcionalidade, em relação ao crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico, por duas razões:

- a) a pena máxima prevista para esse delito é de três anos, o que impede a transação penal, pois o delito não se encaixa na definição de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995, art. 61⁵);
- b) um comando proibitivo é previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha.

O principal fundamento – aplicação da Lei 9.099/1995 – daqueles que militam pelo abrandamento do art. 44 do CP deixa de existir quando o cenário é de crime de lesão corporal no seio familiar.

A propósito, o art. 41 da Lei 11.340/2006 não contraria, sob nenhum aspecto, a Constituição da República.⁶

Nesse contexto, perde sustento a alegação de que o art. 17 da Lei 11.340/2006⁷ autorizaria a substituição da pena corporal por outras sanções restritivas de direitos, que não aquelas previstas nesse artigo, quando o crime é cometido com violência.

Com efeito, não é razoável imaginar que a Lei Maria da Penha – que veio justamente tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres – teria autorizado a substituição da pena corporal, mitigando a regra geral do art. 44, I, do CP, que a proíbe.

- 1 CP: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: (...) § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.”
- 2 CP: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – 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.”
- 3 “É verdade que, com advento da Lei 9.099/1995, acentuada parcela da doutrina passou a sustentar que a vedação abstrata prevista no art. 44, ao menos em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, implicaria violação ao princípio da proporcionalidade. Em linhas gerais, defende-se que não haveria razão para impedir a conversão da reprimenda a autores de delitos (p. ex., lesão corporal leve, art. 129, *caput*, CP) que poderiam, em tese, ser agraciados com a transação penal ou suspensão condicional do processo.” (Trecho do voto do rel. min. Teori Zavascki no presente julgamento.)
- 4 Lei 11.340/2006: “Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.”
- 5 Lei 9.099/1995: “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.”
- 6 ADC 19 e ADI 4.424, rel. min. Marco Aurélio, P.
- 7 Lei 11.340/2006: “Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 28¹ – Posse de drogas para uso pessoal

HC 144.161

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 14-12-2018

Informativo STF 915

Não há justa causa a autorizar a persecução penal na hipótese de importação de 26 sementes de maconha.

Na hipótese, a pequena quantidade de sementes de maconha importadas já é suficiente para suspender a tramitação da ação penal.² Além disso, tais sementes não podem ser consideradas matérias-primas destinadas à preparação da droga, pois se extrai da planta o produto vedado pela norma, e não da semente.

Com efeito, matéria-prima é a substância de que podem ser extraídos ou produzidos os entorpecentes que causem dependência física ou psíquica.³ Ou seja, a matéria-prima ou o insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, por exemplo, produzirem a droga ilícita, o que não é o caso das sementes da planta *cannabis sativa*, que não possuem a substância psicoativa tetrahydrocannabinol (THC). Se as sementes não apresentam a substância THC, geradora de dependência, não podem ser caracterizadas como “droga”. Portanto, a conduta descrita não se amolda no tipo penal do art. 28, § 1º, da Lei 11.343/2006⁴.

- 1 Código Penal: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”
- 2 HC 147.478 MC, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática; HC 143.798 MC, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática; HC 131.310 MC, rel. min. Roberto Barroso, decisão monocrática.
- 3 GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas anotada*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99, apud rel. min. Gilmar Mendes em seu voto, no presente julgamento.
- 4 Lei 11.343/2006: “Art. 28. (...) § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33 – Tráfico de drogas – **Repercussão Geral**

RE 638.491

RG – Tema 647

rel. min. **Luiz Fux**

Plenário

DJE de 23-8-2017

Informativo STF 865

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas. Não é necessário perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para o tráfico, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal (CF)¹.

Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo poder constituinte originário a exigir atuação enérgica do Estado sobre o tema, devendo combater severamente a traficância de drogas, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais.²

Tem-se, então, um cenário: em que essa conduta delituosa é prevista como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia³; que permite a extradição do brasileiro naturalizado⁴; que autoriza a expropriação de imóveis rurais e urbanos⁵; que permite o confisco de “todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico”⁶. A contextualização constitucional confere normatização única quanto a esse crime, diferenciando-a de todos os demais tipos penais existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Nenhum outro tipo penal teve uma preocupação tão grande do constituinte, com a aplicação simultânea de tantos institutos repressivos ou preventivos.

Em virtude da concepção patrimonial e lucrativa ligada ao tráfico de drogas, exige-se do Direito Penal uma postura adequada como instrumento de controle da ordem social não apenas no contexto repressivo-corporal, mas também com um condão pedagógico, mediante instrumentos que propiciem o desestímulo financeiro à criminalidade, atingindo exatamente aquilo que ela tem como finalidade precípua: o lucro. Afinal, o crime cometido não pode trazer compensação financeira superior a eventual sanção aplicável, sob pena de tornar a responsabilização penal insuficiente no que toca o caráter de prevenção geral e especial.

No direito comparado, o confisco é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “o crime não deve compensar”, perspectiva adotada pelo constituinte brasileiro e pela República Federativa do Brasil, que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. A incursão no cenário global sobre a matéria evidencia o amparo às soluções confiscatórias, na medida em que tal prática não é aplicada apenas como pena acessória imposta em uma condenação criminal, mas como procedimento voltado contra o próprio bem, cuja aquisição não seja passível de comprovação lícita ou seja desproporcional aos rendimentos de quem o possua.

O confisco previsto no art. 243, parágrafo único, da CF deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto.⁷ Isso significa que a Constituição deve ser interpretada de modo a evitar contradição entre suas normas, porquanto, ao interpretar determinado preceito, o hermeneuta deve levar em consideração a Constituição em sua globalidade, e não como normas isoladas e dispersas.⁸ Em outras palavras, o direito não deve ser interpretado em tiras, mas no seu todo.⁹

Como consequência, esse dispositivo não admite outra interpretação senão a literal, no sentido de que “todo e qualquer bem” deve ser confiscado pelo Estado quando for apreendido “em decorrência” da prática do tráfico ilícito de drogas. Inclusive, não se exige qualquer outro requisito material que não seja o trinômio tráfico-bem-confisco, além do respeito ao devido processo legal (CF, art. 5º, LIV¹⁰). Assim, impor qualquer condição para o confisco de bens apreendidos, como a habitualidade e/ou a reiteração de seu uso para a finalidade ilícita, ou adulteração para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga, contraria frontalmente o art. 243, parágrafo único, da CF¹¹.

1 CF/1988: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”

2 Precedente: HC 104.410, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

3 CF/1988: “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;”

- 4 CF/1988: “Art. 5º (...) LI – nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;”
- 5 CF/1988: “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.”
- 6 CF/1988: “Art. 243. (...) Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.”
- 7 RE 543.974, rel. min. Eros Grau, P.
- 8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003. p. 1223/1224.
- 9 GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 131/132.
- 10 CF/1988: “Art. 5º (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”
- 11 AC 82 MC, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33 – Tráfico de drogas

A quantidade de drogas não pode, automaticamente, proporcionar o entendimento de que o agente faz do tráfico seu meio de vida ou integra organização criminosa.

O impedimento à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006¹, com base apenas nessa circunstância, não se encontra devidamente fundamentado. É necessária a demonstração da existência de provas aptas a comprovar que o agente se dedica às atividades criminosas.

Ademais, configura constrangimento ilegal a decisão fundada em premissa de causa e efeito automático, que deixa de aplicar o redutor sem a devida motivação.²

Conhece-se do *habeas corpus*³ se flagrante a contradição entre a justificativa utilizada para negar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a absolvição da acusação do crime de associação para o tráfico, tipificado pelo art. 35 do mesmo diploma legal.

Essa situação configura patente constrangimento ilegal apto a afastar o entendimento jurisprudencial segundo o qual, “se as instâncias ordinárias concluíram que o ora agravante se dedicava à atividade criminosa para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, o qual o *habeas corpus* não comporta”⁴.

¹ Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (Vide Resolução 5, de 2012.)

- 2 HC 131.795, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.
- 3 HC 118.697, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T; e RHC 121.239, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T.
- 4 HC 136.177 AgR, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T; e RHC 137.801 AgR, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

- » Legislação penal especial
- » Lei 11.343/2006 – Drogas
- » Art. 33 – Tráfico de drogas

HC 130.411

red. p/ o ac. min. Edson Fachin

1ª Turma

DJE de 22-8-2016

Informativo STF 821

Na condenação por tráfico de entorpecente (Lei 11.343/2006, art. 33¹), é cabível a fixação de regime aberto e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.² Nesse caso, o réu não pode ser reincidente, a pena aplicada deve ser inferior a quatro anos e as circunstâncias judiciais devem ser positivas.

É inconstitucional a cláusula que veda a substituição da pena restritiva de liberdade pela limitadora de direitos em caso de crime de tráfico de drogas,^{3 e 4} bem como a obrigatoriedade de fixação de regime fechado para início do cumprimento de pena aplicada em condenação por crime hediondo ou equiparado.⁵

1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

2 HC 113.360, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T.

3 Sobre a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedou a possibilidade de substituição da pena: HC 97.256, rel. min. Ayres Britto, P.

4 Lei 11.343/2006: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

5 HC 111.840, rel. min. Dias Toffoli, P.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33 – Tráfico de drogas

RHC 122.684

rel. min. Cármen Lúcia

2ª Turma

DJE de 30-9-2014

Informativo STF 759

A natureza e a quantidade do entorpecente podem ser consideradas, alternativamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria penal.

Configura *bis in idem* a adoção – mesmo que em instâncias diversas¹ – das mesmas circunstâncias para agravar a sanção penal tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria da pena.

Assim, utilizado o critério da natureza e da quantidade dos entorpecentes para elevar a pena-base (primeira fase da dosimetria), a causa de diminuição (terceira fase da dosimetria) do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 deve ser aplicada no patamar de dois terços, se não houver nenhum outro fundamento fixado pelas instâncias antecedentes para impedir sua aplicação em grau máximo.

Ademais, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos dispositivos que vedavam a substituição da pena em caso de condenação pelo crime de tráfico de entorpecentes (Lei 11.343/2006, arts. 33, § 4º, e 44, *caput*), bem como da norma que impunha regime fechado para o início do cumprimento da pena pela prática de crimes hediondos e equiparados (Lei 8.072/1990, art. 2º, § 1º), torna necessário o reexame da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e dos requisitos para fixação do regime prisional.

¹ No caso – devido à natureza e à quantidade de entorpecentes –, o recorrente foi condenado, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, à pena de sete anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado. No julgamento da apelação, o Tribunal – também levando em conta a natureza e a quantidade da droga – aplicou, apenas no percentual mínimo, a causa de diminuição disposta no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

HC 130.981

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 28-4-2017

Informativo STF 844

É possível considerar a quantidade de droga apreendida para efeito de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º).

Afinal, não é crível que alguém surpreendido transportando 500 kg de maconha não esteja integrado, de alguma forma, a grupo criminoso.²

- 1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”
- 2 Trecho de decisão proferida pelo rel. min. Marco Aurélio no presente julgamento, ao deixar de implementar a liminar.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

HC 138.138
rel. min. Ricardo Lewandowski
2ª Turma
DJE de 13-3-2017
Informativo STF 849

A quantidade de drogas não constitui, isoladamente, fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006¹.

“Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, a causa de diminuição da pena incide nas hipóteses em que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”²

Se “o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante com base em circunstâncias que não estão descritas no dispositivo legal (= quantidade de droga), assim como não realizou nenhum juízo de vinculação entre a quantidade de droga apreendida e a suposta participação do paciente no crime organizado (...), a presunção estabelecida pelo acórdão impugnado merece ser afastada”³.

Assim, não é “adequada a presunção de que tão somente a quantidade de entorpecente é elemento apto a sinalizar que o acusado dedicava-se a atividades delitivas”⁴.

1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

2 HC 116.894, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T.

3 Idem.

4 HC 117.185, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

O crime de tráfico de entorpecentes privilegiado¹ não possui natureza hedionda.

O tráfico de entorpecentes privilegiado (Lei 11.313/2006, art. 33, § 4º) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

A previsão legal é indispensável para qualificar um crime como hediondo ou equiparado. Desse modo, a partir da leitura dos preceitos legais pertinentes, apenas as modalidades de tráfico de entorpecentes definidas no art. 33, *caput* e § 1º, da Lei 11.343/2006 são equiparadas a crimes hediondos.

O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminoso.

Assim, a própria etiologia do crime privilegiado é incompatível com a natureza hedionda. Afinal, não se pode ter por repulsivo e provocador de uma grande indignação moral um delito derivado, brando e menor, cujo cuidado penal visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas vigente.²

No caso do tráfico privilegiado, a decisão do legislador foi a de que o agente deve receber tratamento distinto daqueles sobre os quais recai o alto juízo de censura e de punição pelo tráfico de drogas. Tanto que os Decretos 6.706/2008 e 7.049/2009 beneficiaram com indulto os condenados pelo tráfico de entorpecentes privilegiado, a demonstrar inclinação no sentido de que esse delito não seria hediondo.

1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em

desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (Vide Resolução 5 do Senado Federal, de 2012.)

- 2 “A mim me parece que, sob a perspectiva da política criminal, é evidente a intenção que decorre objetivamente do texto normativo de dispensar um tratamento diferenciado ao pequeno traficante, uma vez que são estendidos a ele certos benefícios absolutamente incompatíveis com o caráter hediondo ou, por equiparação legal, dos delitos objetivamente mais graves. O Supremo Tribunal Federal chegou até mesmo a declarar a inconstitucionalidade parcial desse texto normativo ao permitir que, mesmo no que concerne ao ‘tráfico privilegiado’, se proceda à conversão da pena privativa de liberdade e pena restritiva de direitos, e também autorizando uma substancial redução no *quantum* da pena privativa de liberdade ao permitir uma causa especial de diminuição de pena, que pode chegar até a dois terços. É evidente, a mim me parece, que muito mais do que a *mens legislatoris*, a própria *mens legis*, quer dizer, aquilo que decorre objetivamente do texto normativo, vale dizer, a intenção de se dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso, a quem? Ao pequeno traficante.” (Trecho do voto do min. Celso de Mello no HC 118.351, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T.)

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

HC 124.107

rel. min. **Dias Toffoli**

1ª Turma

DJE de 24-11-2014

Informativo STF 766

Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integram organização criminosa.

O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa.

Nesse sentido, o simples fato de os acusados terem atuado como transportadores de entorpecentes é insuficiente para afastar a aplicação da minorante. Na realidade, esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

HC 118.213

rel. min. **Gilmar Mendes**

2ª Turma

DJE de 4-8-2014

Informativo STF 745

Não é possível o deferimento de indulto ao réu condenado por tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada à pena a ele imposta a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

A minorante não altera a tipicidade do crime. Assim, tendo em vista que o tráfico ilícito de entorpecentes e a associação para o tráfico foram equiparados a crime hediondo¹, aplica-se à espécie a proibição do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal (CF)², que, por sua vez, abrange tanto o indulto individual quanto o indulto coletivo.

- 1 Lei 11.343/2006: “Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”
- 2 CF/1988: “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;”

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

HC 118.032

DJE de 21-2-2014

RHC 118.099

DJE de 20-2-2014

rel. min. **Dias Toffoli**

1ª Turma

Informativo STF 734

Nada obstante sua natureza benéfica, a minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006¹ não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de entorpecentes.

A causa de diminuição limitou-se, por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a abrandar a pena do pequeno e eventual traficante, em oposição ao grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas conferiu punição mais rigorosa que a prevista na lei anterior.²

Ademais, em que pese ao fato de a matéria estar afetada ao Plenário, eventual decisão que afaste a hediondez do tipo penal não prejudica a impetração de *habeas corpus* pelo interessado nem impede que o juiz, de ofício, reconsidere sua decisão.

1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 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 [expressão declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e cuja execução foi suspensa pela Resolução 5/2012 do Senado Federal], desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

2 HC 114.452 AgR, rel. min. Luiz Fux, 1ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Arts. 33 e 34 – Atos preparatórios

Os arts. 33, § 1º, I¹, e 34² da Lei de Drogas tipificam condutas que podem ser consideradas mero ato preparatório.

Evidenciado, no mesmo contexto fático, o intento de traficância, utilizando aparelhos e insumos somente para esse fim, toda e qualquer ação relacionada à produção de drogas deve ser considerada ato preparatório do delito de tráfico previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Aplica-se, pois, o princípio da consunção, em que o delito-meio (objetos ligados à fabricação) é absorvido pelo delito-fim (comercialização de drogas).

O pedido de reconhecimento de nulidade dos atos processuais deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu.

O reconhecimento de nulidade dos atos processuais demanda, em regra, a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte.³ Sem isso, haveria formalismo exagerado, o que comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional.

É legítima a transcrição das interceptações telefônicas apenas das partes que tenham pertinência com os fatos narrados na denúncia, sem prejuízo de amplo acesso da totalidade da mídia eletrônica ou dos autos físicos⁴ aos interessados.

A transcrição integral dos diálogos interceptados é dispensável quando a totalidade das gravações referidas nos autos foi disponibilizada à defesa. Nessas circunstâncias, não há razão jurídica para se decretar a nulidade da ação penal em razão da suscitada ausência de transcrição integral e de perícia dos áudios.

Assim, não há nulidade quanto às transcrições parciais de interceptações telefônicas devidamente disponibilizadas quando a defesa não solicitar a transcrição total ou parcial dos trechos que lhe interessam ao longo da instrução.

- 1 Lei 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (...) § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;”
- 2 Lei 11.343/2006: “Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:”
- 3 Código de Processo Penal: “Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”
- 4 Inq 3.693, rel. min. Cármen Lúcia, P; HC 117.000, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T; RHC 118.055, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T; HC 118.371, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T; e ARE 765.440 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, 2ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 40 – Causas de aumento de pena

HC 120.275

rel. min. Marco Aurélio

1ª Turma

DJE de 12-9-2018

Informativo STF 902

A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006¹, no que tange ao transporte público, pressupõe o tráfico no respectivo âmbito, e não a simples locomoção do detentor da droga.

Há de interpretar-se teleologicamente o preceito em jogo, no que versa causas de aumento quando o cometimento do tráfico ou do crime do art. 37 da Lei 11.343/2006² ocorra no âmbito do transporte público ou, como está no dispositivo, em dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, ensino ou hospitais, sedes estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, em local de trabalho coletivo ou em recinto em que se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, bem como serviços de tratamento de dependentes de drogas ou reinserção social e unidades militares ou policiais. A abrangência a apanhar transportes públicos pressupõe que, no âmbito do veículo, tenha sido praticado, em si, o tráfico, não cabendo potencializar a referência a ponto de envolver a simples locomoção do portador da droga.³

¹ Lei 11.343/2006: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) 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;”

² Lei 11.343/2006: “Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.”

³ HC 122.042, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 40 – Causas de aumento de pena

HC 138.944

rel. min. **Dias Toffoli**

2ª Turma

DJE de 3-8-2017

Informativo STF 858

É irrelevante para a aplicação do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) se o agente infrator visa ou não comercializar drogas com os frequentadores de estabelecimento prisional.

A aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006¹ se justifica quando constatada a mera comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais.

Nesses locais há maior aglomeração de pessoas, tendo como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas. Assim, torna-se mais fácil ao traficante passar-se despercebido à fiscalização, sendo maior, conseqüentemente, a reprovabilidade de sua conduta.

“A comercialização de drogas nas dependências ou nas imediações [de estabelecimentos prisionais], por si só, já justifica a incidência da causa especial de aumento de pena, sejam quais forem as condições subjetivas do agente que a comete.”²

1 Lei 11.343/2006: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) 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;”

2 HC 114.701, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T.

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 40 – Causas de aumento de pena

Não é necessária a efetiva transposição da fronteira para a configuração do tráfico interestadual de drogas.¹ Basta a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num Estado teria como destino outro Estado da Federação.²

O art. 40, V, da Lei 11.343/2006 determina o aumento da pena se “caracterizado” o tráfico entre Estados da Federação ou entre esses e o Distrito Federal. O vocábulo “caracterizado” significa “com caráter ou traço distintivo de”, “descrito com as características próprias”. Não é necessariamente sinônimo de “consumado”: “cujo processo já se completou ou seguramente se completará”, “perfeito”.

Nesse sentido, o que se pode considerar tráfico interestadual “caracterizado” é o comportamento que tem as características ou o traço distintivo do tráfico interestadual.

À luz dessas premissas teóricas, a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006 deverá incidir quando praticado ato de execução que caracterize a interestadualidade do delito. Nesse sentido, tem-se que:

- a) de modo algum a mera intenção de vender a droga em outro Estado da Federação poderá servir de fundamento para a aplicação da majorante, ainda que o agente possuidor da droga confesse que tinha essa intenção. É preciso que ele tenha executado ações para o fim de consumir essa intenção;³
- b) a compra do bilhete de transporte interestadual poderá ser considerada ato preparatório ou já poderá ser um ato de execução, a depender da prova produzida;
- c) a entrada no veículo de transporte interestadual ou a circunstância de estar dirigindo na estrada que leva a outro Estado da Federação portando a droga deverá, necessariamente, ser considerada ato executório. Nesse caso, não há punição da fase meramente interna do delito, mas sim dos fatos exteriores voltados à sua consumação. Uma vez surpreendido no curso desse transporte, incide a causa de aumento do art. 40, V, da Lei 11.343/2006, sem qualquer violação do princípio *cogitationis poenam nemo patitur*.⁴

Em outras palavras, basta que tenham sido praticadas ações que caracterizem a execução do delito, e que haja provas suficientes da finalidade de consumir a ação típica.

A fase da intenção e a fase dos atos preparatórios foram ultrapassadas no momento em que o agente ingressou no ônibus portando a droga.

Além disso, não há de se falar em tentativa, pois o vocábulo “caracterizado” se aperfeiçoa instantaneamente, com a simples reunião das características que o identificam, não dependendo de um resultado externo.

Quando evidenciado o transporte da droga, a consumação se protraí no tempo, de modo que a consumação é permanente, o que autoriza o flagrante durante a execução desse transporte.

Por sua vez, a efetiva transposição da fronteira somente deverá influir na fração de aumento da pena, a ser fixada pelo juízo competente, entre um sexto e dois terços, no momento da dosimetria.⁵

- 1 Lei 11.343/2006: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;”
- 2 HC 115.893, rel. min. Ricardo Lewandowski, 2ª T.
- 3 *Distinguishing*: Inicialmente, vale destacar que os dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça citados pela impetrante na inicial, além de isolados, cuidaram de casos distintos do que ora está em julgamento. Em ambos – HC 115.787, rel. min. Jorge Mussi, Quinta Turma, e HC 150.038, rel. min. Felix Fischer, Quinta Turma – os pacientes não haviam iniciado o transporte da droga. Lê-se, no relatório do HC 115.787, *verbis*, “o aresto impugnado confirmou, equivocadamente, o entendimento do togado singular, de que, tendo as próprias pacientes confessado a intenção de transportar a droga de um estado a outro, correta a incidência da causa de aumento”.
- 4 “Ninguém pode ser punido por seus pensamentos (Ulpiano Digesto).”
- 5 “A gradação de um sexto a dois terços deve cingir-se ao grau de interestadualidade do crime: quanto maior o número de Estados-membros abrangidos pela atividade do agente, maior deve ser o aumento.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 347.)

Direito Penal

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 40 – Causas de aumento de pena

HC 120.624

red. p/ o ac. min. **Ricardo Lewandowski**

2ª Turma

DJE de 10-10-2014

Informativo STF 749

A mera utilização do transporte público para o carregamento de entorpecente não autoriza a aplicação da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006¹.

Essa causa especial de aumento de pena tem como objetivo punir com mais rigor a comercialização de drogas em locais nos quais se verifique maior aglomeração de pessoas, de modo que se torne mais fácil a disseminação da mercancia.

¹ Lei 11.343/2006: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) 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;”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 42 – Fixação da pena

HC 133.308

rel. min. **Cármem Lúcia**

2ª Turma

DJE de 22-4-2016

Informativo STF 819

A natureza e a quantidade de entorpecente são fundamentos suficientes para fixação de regime inicial semiaberto, mesmo que ao condenado por tráfico de drogas tenha sido aplicada pena inferior a quatro anos de reclusão.¹

O regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal (CP)² e no art. 42 da Lei 11.343/2006³ (Lei de Drogas). Tais dispositivos tratam expressamente das circunstâncias do crime, da natureza e da quantidade da droga.⁴ São, portanto, vetores que devem orientar o magistrado no momento de fixar a pena e o seu regime de cumprimento.

- 1 HC 131.887, rel. min. Dias Toffoli, 2ª T; HC 131.761, rel. min. Cármem Lúcia, 2ª T; HC 124.108, rel. min. Cármem Lúcia, 2ª T; HC 121.853, rel. min. Luiz Fux, 1ª T; e HC 119.515, rel. min. Cármem Lúcia, 2ª T.
- 2 CP: “Art. 33. (...) § 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.”
- 3 Lei 11.343/2006: “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.”
- 4 CP: “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.”

- » Legislação penal especial
 - » Lei 11.343/2006 – Drogas
 - » Art. 42 – Fixação da pena

O grau de pureza da droga é irrelevante para fins de dosimetria da pena.

Em conformidade com o art. 42 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006)¹, a natureza e a quantidade da droga apreendida preponderam para o cálculo da dosimetria da pena. Se a norma não estabeleceu como circunstâncias imprescindíveis para o juízo de culpabilidade de grau de pureza e o potencial lesivo da substância, não cabe ao intérprete exigí-las.

O simples fato de a droga estar misturada com outros ingredientes não afasta a sua natureza mais nociva, se comparada com outras drogas, tampouco enseja a relativização da quantidade de entorpecente apreendido. Para fins de mensuração, não se considera apenas o volume de substância pura encontrada, mas a totalidade de material apreendido.

Assim, não há nulidade na decisão que indefere o pedido da defesa para realização de exame pericial com o objetivo de aferir o grau de pureza da droga, uma vez que não desqualificaria a natureza entorpecente da substância, tampouco influiria na dosimetria da pena.

¹ Lei 11.343/2006: “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.”

ÍNDICE DE TESES

DIREITO PENAL

Princípios e garantias penais

Política criminal

Princípio da consunção

Crime tipificado no Código Penal (CP) não pode ser absorvido por infração descrita na Lei de Contravenções Penais (LCP). 14

Princípios e garantias penais

Política criminal

Princípio da insignificância

Não é possível acatar a tese de atipicidade material da conduta em face do elevado nível de reprovabilidade assentado pelas instâncias antecedentes. 15

Princípios e garantias penais

Política criminal

Princípio da insignificância

A incidência do princípio da insignificância deve ser feita caso a caso, com observância das consequências jurídicas e sociais que decorrem do juízo de atipicidade resultante de sua aplicação. 16

Na hipótese de o juiz considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações nas quais tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do Código Penal (CP) no caso concreto. 17

Princípios e garantias penais

Política criminal

Princípio da insignificância

Segundo a teoria da reiteração não cumulativa de condutas de gêneros distintos, a contumácia de infrações penais cujo bem jurídico não seja o patrimônio

não pode ser valorada como fator impeditivo à aplicação do princípio da insignificância em crimes dessa natureza..... 18

Crime

Exclusão de ilicitude

Legítima defesa

A excludente de ilicitude da legítima defesa em crime de homicídio não se comunica ao delito autônomo de porte ilegal de arma, ainda que este tenha se consumado com o propósito de exercer a legítima defesa.....20

Penas

Penas privativas de liberdade

Progressão de regime – Repercussão Geral

A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso.22

Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes.....24

É fundamental que o preso tenha a oportunidade de trabalhar.....24

A prisão domiciliar é uma alternativa de difícil fiscalização e, isolada, de pouca eficácia.24

Havendo viabilidade, em vez da prisão domiciliar, deverão ser determinados:

I) A saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas;.....25

II) A liberdade eletronicamente monitorada;26

III) O cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.27

O STF pode adotar decisão que modifica o conteúdo do ordenamento jurídico por meio da técnica de decisões manipulativas.28

A solução da questão constitucional posta requer mais do que uma simples declaração do direito aplicável. Pede a adoção de medidas transformativas, num campo em que a magistratura das execuções penais tem atribuição de atuar. ...29

O programa estabelecido pela legislação para execução das penas nos regimes semiaberto e aberto está longe de uma implementação satisfatória.30

Penas

Penas privativas de liberdade

Progressão de regime

É constitucional o § 4º do art. 33 do Código Penal (CP), que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a Administração Pública à reparação do dano que causou ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultada a possibilidade de parcelamento da dívida...35

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais, a imposição de regime inicial mais grave revela quadro de descompasso com a legislação penal.37

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

O condenado não reincidente cuja pena seja superior a quatro anos e não exceda a oito anos tem o direito de cumprir a pena corporal em regime semiaberto [Código Penal (CP), art. 33, § 2º, b], caso as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis.39

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

Não é possível reconhecer o aumento da pena-base diante da culpabilidade reconhecida meramente por consciência da ilicitude.40

A existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.....	40
--	----

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

Indicados os vetores que justificaram a exacerbação da pena-base, a sua fixação de forma conglobada – sem especificar o <i>quantum</i> de pena especificamente atribuído a cada um dos vetores considerados negativos – não viola os princípios da individualização da pena e da motivação.	41
--	----

Desde a égide da revogada Lei 6.368/1976, a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base.	41
--	----

A via estreita do <i>habeas corpus</i> não permite que se proceda à ponderação e ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal (CP), consideradas na sentença condenatória.	42
---	----

Os elevados custos da atuação estatal para apuração da conduta criminosa e o enriquecimento ilícito logrado pelo agente não constituem motivação idônea para a valoração negativa do vetor “consequências do crime” na primeira fase da dosimetria da pena (CP, art. 59).	42
--	----

Não caracteriza <i>reformatio in pejus</i> o reajustamento da pena-base pela instância superior que, apesar de atribuir <i>quantum</i> diverso a determinados vetores, não extravasa a pena aplicada na primeira instância.	43
--	----

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

O comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos não se confunde com seus antecedentes criminais.	45
---	----

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.....46

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

Não configura constrangimento ilegal a fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena aplicada em patamar inferior a quatro anos, exclusivamente em decorrência do fato de a pena-base haver sido estabelecida acima do mínimo legal pela valoração negativa de duas das circunstâncias judiciais (circunstâncias e consequências do crime).....47

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena – Repercussão Geral

Inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.....48

Para efeito de aferição dos maus antecedentes, deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa.48

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

Em tema de dosimetria penal, reputa-se destituída de fundamentação sentença condenatória que se abstenha de descrever, de maneira racionalmente adequada, o itinerário lógico percorrido pelo juiz na definição da *sanctio juris*, pois cumpre ao magistrado indicar, no ato de imposição da pena, as razões que, fundadas em dados da realidade constantes do processo de conhecimento, conferem expressão concreta aos elementos normativos abstratamente previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal.50

Penas

Aplicação da pena

Fixação da pena

A existência de condenação anterior, ocorrida em prazo superior a cinco anos, contado da extinção da pena, não pode ser considerada mau antecedente [Código Penal (CP), art. 59, *caput*]. 52

Penas

Aplicação da pena

Reincidência

As condenações transitadas em julgado e alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos, dada a redação do art. 64, I, do Código Penal, não poderão ser caracterizadas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena. 53

Penas

Aplicação da pena

Causas de aumento de pena

É válida a incidência concomitante de majorantes, sobretudo nos casos em que sua previsão seja arbitrada em patamar fixo pelo legislador e não comporte margem para a extensão judicial do *quantum* exasperado. 54

Penas

Aplicação da pena

Crime continuado

Os delitos de roubo e de extorsão praticados mediante condutas autônomas e subsequentes não se qualificam como fato típico único e devem ser punidos em concurso material. 55

Penas

Aplicação da pena

Crime continuado

A imprecisão quanto ao número de crimes praticados não obsta a aplicação da causa de aumento de pena da continuidade delitiva em seu patamar máximo. Entretanto, deve haver elementos seguros que demonstrem terem sido vários os crimes praticados ao longo de dilatado lapso temporal..... 56

Penas

Suspensão condicional da pena

Indulto

O cumprimento do período de prova do *sursis* não atende ao requisito objetivo de cumprimento de um sexto da pena em prisão provisória, expressamente estabelecido no art. 1º, XIV, da Lei 8.712/2013.57

Penas

Efeitos da condenação

Efeitos genéricos e específicos – Repercussão Geral

Os efeitos jurídicos previstos no art. 91 do Código Penal (CP) são decorrentes de sentença penal condenatória.....58

As consequências geradas pela transação penal da Lei 9.099/1995 são essencialmente aquelas estipuladas no instrumento do acordo.58

Extinção da punibilidade

Indulto

Natureza jurídica

A concessão do indulto está inserida no exercício do poder discricionário do presidente da República.61

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva fica suspensa no período em que estiverem sendo cumpridas as condições de parcelamento do débito fiscal, desde que a inclusão no Programa de Recuperação Fiscal (Refis) tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia.....63

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão punitiva

Visando à declaração da prescrição pela pena em abstrato, inexistente interesse de agir quando o órgão julgador proclamar a prescrição com base na pena em concreto.64

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão punitiva

Não se admite a denominada prescrição em perspectiva.65

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar o agravo regimental em que se impugna decisão monocrática de integrante da Corte, mesmo que o agravante não mais detenha prerrogativa de foro.65

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão punitiva

É constitucional o art. 110, § 1º, do Código Penal (CP), com a redação dada pela Lei 12.234/2010.66

Extinção da punibilidade

Prescrição, decadência e preempção

Prescrição da pretensão punitiva

Aplica-se, por analogia, à evasão do estabelecimento prisional – infração disciplinar de natureza grave – o prazo prescricional em conformidade com o art. 109, VI, do Código Penal.67

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão punitiva

Em se tratando de ação penal privada, deve ser atendido pleito de adiamento do julgamento, mesmo diante da previsibilidade da superveniência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.68

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão executória

Se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não cabe falar em prescrição da pretensão executória.69

Extinção da punibilidade

Prescrição

Prescrição da pretensão executória

Atendidos os postulados da dupla tipicidade e da punibilidade, não ocorre prescrição da pretensão executória se, no curso do prazo prescricional da pena imposta pelo Estado requerente, o extraditando for condenado por novos crimes no Brasil.70

Extinção da punibilidade

Prescrição

Causas interruptivas da prescrição

O marco interruptivo do prazo prescricional previsto no art. 117, IV, do Código Penal (CP) (mesmo com a redação que lhe conferiu a Lei 11.596/2007) é o da data da sessão de julgamento e não o da publicação do acórdão.72

Crimes contra a pessoa

Crimes contra a vida

Art. 121 – Homicídio

Causar a morte de alguém ao dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, além de fazê-lo na contramão, atrai a incidência do art. 121 c/c o art. 18, I, ambos do Código Penal (CP).74

Crimes contra a pessoa

Crimes contra a honra

Art. 138 e art. 140 – Calúnia e injúria

Parlamentar, em tese, pratica o delito de injúria ao afirmar, em entrevista à imprensa, que deputada federal “não merece ser estuprada”.75

A inicial da queixa-crime deve ser rejeitada quando não narrar de que maneira a afirmação do Deputado, de que teria sido chamado de “estuprador” pela que-relante, teve por fim específico ofender a honra da deputada federal.75

Crimes contra a pessoa

Crimes contra a honra

Imunidade parlamentar

A imunidade material de parlamentar [Constituição Federal (CF), art. 53, *caput*], quanto a crimes contra a honra, alcança as supostas ofensas irrogadas fora do Parlamento apenas quando guardarem conexão com o exercício da atividade parlamentar.76

Crimes contra o patrimônio

Política criminal

Princípio da insignificância

A aplicação do princípio da insignificância em crimes contra o patrimônio não depende apenas da magnitude do resultado da conduta.....78

Crimes contra o patrimônio

Furto

Art. 155, § 4º – Furto qualificado

No crime de furto [Código Penal (CP), art. 155], a circunstância “rompimento de obstáculo” deve ser utilizada alternativamente ou como qualificadora do crime ou como causa de aumento da pena.79

Crimes contra o patrimônio

Furto

Art. 155, § 4º – Furto qualificado

É legítima a incidência da causa de aumento de pena por crime cometido durante o repouso noturno [Código Penal (CP), art. 155, § 1º] no caso de furto praticado na forma qualificada (CP, art. 155, § 4º).80

Crimes contra o patrimônio

Estelionato e outras fraudes

Art. 171 – Estelionato

A causa especial de extinção de punibilidade pelo pagamento integral do crédito tributário, prevista no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, não se aplica ao delito de estelionato do *caput* do art. 171 do Código Penal (CP).....81

Crimes contra a propriedade imaterial

Crimes contra a propriedade intelectual

Art. 184 – Violação de direito autoral

Não se aplica o princípio da adequação social nos crimes de violação de direito autoral.....83

Crimes contra a dignidade sexual

Crimes contra a liberdade sexual

Art. 213 – Estupro

A ação penal nos crimes contra a liberdade sexual praticados mediante violência real, antes ou depois do advento da Lei 12.015/2009, tem natureza pública incondicionada.85

Crimes contra a dignidade sexual

Crimes contra a liberdade sexual

Art. 213 – Estupro

Os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, mesmo que praticados na forma simples, têm caráter hediondo.....86

É admissível o reconhecimento de continuidade delitiva, de acordo com o caso concreto, nos casos previstos no art. 213 do CP.....86

Crimes contra a dignidade sexual

Crimes sexuais contra vulnerável

Art. 217-A – Estupro de vulnerável

Para a configuração de estupro de vulnerável, é irrelevante o consentimento da vítima menor de quatorze anos.....88

Crimes contra a dignidade sexual

Disposições gerais

Art. 226, II – Causa de aumento de pena

É juridicamente possível a majoração da pena privativa de liberdade imposta a bisavô de vítima, em razão da incidência da causa de aumento prevista no inciso II do art. 226 do Código Penal (CP), considerada a figura do ascendente. 89

Crimes contra a família

Crimes contra o pátrio poder, tutela e curatela

Art. 249 – Subtração de incapazes

É impossível ao pai que tem a guarda do filho, ainda que compartilhada, praticar o crime de subtração de incapazes.91

Crimes contra a paz pública

Art. 286 – Incitação ao crime

Tipicidade

Não é necessário que se apregoe, verbal e literalmente, a prática de determinado crime para que se consuma o tipo penal do art. 286 do Código Penal (CP). ..93

Crimes contra a paz pública

Art. 288 – Associação criminosa

Tipicidade

O crime de quadrilha não depende apenas da participação de mais de três pessoas que, unidas, ainda que por tempo expressivo, pratiquem delitos. É necessário que essa união se faça especificamente para a prática de crimes.94

É pressuposto de legitimidade na aplicação das diversas penas, por crimes distintos, em uma mesma ação penal, a observância de tratamento uniforme para os casos em que as premissas fáticas sejam as mesmas.94

Crimes contra a fé pública

Falsidade documental

Art. 299 – Falsidade ideológica

No crime de falsidade ideológica, as provas produzidas devem evidenciar que o acusado possui ciência inequívoca do conteúdo inverídico dos documentos

que assina ou de que o faça com o objetivo de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade de fato juridicamente relevante.96

Crimes contra a fé pública

Falsidade documental

Art. 299 – Falsidade ideológica

A prestação de contas eleitoral deve corresponder aos valores arrecadados e às despesas efetuadas, e não se pode, ante o bem protegido, cogitar de insignificância penal.97

Crimes contra a fé pública

Falsidade documental

Art. 304 – Uso de documento falso

O crime de uso de documento falso, quando cometido pelo próprio agente que efetuou a falsificação, configura *post factum* não punível.98

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 312 – Peculato

É atípica a conduta de peculato por ato praticado por secretário parlamentar que efetivamente exerce a função pública referente ao cargo e auxilia o parlamentar em assuntos de interesse privado. 100

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 312 – Peculato

Se o prefeito, consciente e voluntariamente, se apropria de verbas cuja detenção se dá em razão do cargo que ocupa e se as emprega em finalidade diversa daquelas a que se destinam, pratica o delito de peculato-desvio, desimportante não tenha o desvio se dado em proveito próprio. 102

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 315 – Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

O desvio de recursos para finalidades públicas não configura crime de peculato. 103

O art. 89 da Lei 8.666/1993 exige a demonstração do prejuízo ao erário, bem como a finalidade específica de favorecimento indevido para reconhecer a adequação típica..... 103

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 316 – Concussão

No crime de concussão, não configura *bis in idem* a elevação da pena na primeira fase da dosimetria, visto que, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, dele se deveria exigir maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo ocupado..... 104

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 317 – Corrupção passiva

Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais..... 106

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 327, § 1º – Condição de funcionário público para fins penais

Para o fim previsto no art. 327, § 1º, do Código Penal (CP), tem a qualificação de funcionário público pessoa que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou trabalha em empresa prestadora de serviços contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública..... 108

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral

Art. 327, § 2º – Condição de funcionário público para fins penais

Governador do Estado, nas hipóteses em que cometa o delito de peculato, incide na causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal (CP).....110

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por particular contra a Administração em geral

Art. 330 – Desacato

A criminalização do desacato se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito..... 111

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por particular contra a Administração em geral

Descaminho

É dispensada a existência de procedimento administrativo fiscal com a posterior constituição do crédito tributário para a configuração do crime de descaminho [Código Penal (CP), art. 334]..... 115

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por particular contra a Administração em geral

Descaminho

O princípio da insignificância deve ser aplicado ao crime de descaminho [Código Penal (CP), art. 334] quando o valor sonegado for inferior a R\$ 20.000,00, desde que as provas demonstrem que o denunciado não seja pessoa contumaz na prática de ilícitos da mesma natureza. 116

Crimes contra a Administração Pública

Crimes praticados por particular contra a Administração em geral

Art. 334 – Descaminho

Aplica-se o princípio da insignificância aos denunciados pelo delito de descaminho [Código Penal (CP), art. 334], se o valor correspondente ao não recolhimento dos tributos for inferior a R\$ 20.000,00. 117

Crimes contra a Administração Pública

Crimes contra a administração da justiça

Art. 339 – Denúnciação caluniosa

O crime de denúnciação caluniosa [Código Penal (CP), art. 339] exige, para sua configuração, que o agente impute a outrem – que efetivamente sabe ser inocente – a prática de fato definido como crime..... 118

Crimes contra a Administração Pública

Crimes contra as finanças públicas

Art. 359-D – Ordenação de despesa não autorizada

Se houver, no âmbito da legislação estadual, arcabouço jurídico que admita interpretação de que as despesas destinadas ao pagamento de precatórios possam ser realocadas mediante decreto, não configura o delito do art. 359-D do Código Penal (CP) – “Ordenar despesa não autorizada por lei” – a conduta de parlamentar que, então governador, remaneje, por decreto, verba prevista em lei orçamentária anual destinada ao pagamento de precatórios para outra área também inerente do orçamento do Poder Judiciário..... 119

Legislação penal especial

Decreto-Lei (DL) 201/1967

Art. 1º – Crimes de responsabilidade de prefeitos municipais

Para configuração do crime de responsabilidade de prefeito previsto no DL 201/1967, por descumprimento de ordem judicial, é necessário a inequívoca ciência dessa determinação. Logo, a mera comunicação da ordem a terceiros não atende às exigências legais..... 121

Legislação penal especial

Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral

Art. 347 – Desobediência eleitoral

Não comete crime de desobediência eleitoral o candidato que, proibido de ingressar em órgãos públicos com o intuito de realizar atos inerentes à campanha eleitoral, adentra prédios da Administração Pública para fiscalizar o trabalho dos servidores..... 122

Legislação penal especial

Lei 4.737/1965 – Código Eleitoral

Art. 347 – Desobediência eleitoral

Para configurar crime de desobediência eleitoral, é necessário que a ordem tida por descumprida seja direta e individualizada ao agente. Além disso, deve-se comprovar a ciência do agente em relação à ordem reputada por violada, sob pena de verificar-se a ausência do elemento subjetivo do tipo, no caso, o dolo.... 123

Legislação penal especial

Lei 7.170/1989 – Lei de Segurança Nacional

Arts. 1º e 2º – Tipicidade

Para a tipificação de crime contra a segurança nacional, não basta a mera adequação típica da conduta, objetivamente considerada. 124

Legislação penal especial

Lei 7.716/1989 – Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor

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

Em que pese ao fato de ser reprovável, é atípica a conduta de publicar manifestação de natureza discriminatória em relação aos homossexuais. 125

Legislação penal especial

Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo

Art. 1º – Sonegação fiscal

Nos crimes de sonegação tributária, a ausência do lançamento tributário definitivo não impede a investigação preliminar. 126

Legislação penal especial

Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo

Art. 1º – Sonegação fiscal

No crime de sonegação fiscal, o ardil especificamente utilizado para encobrir a responsabilidade pela administração da pessoa jurídica pode ser usado para majorar a pena-base. Aplica-se esse entendimento mesmo considerando-se que

a fraude ou a dissimulação integram o elemento objetivo do crime contra a ordem tributária..... 127

A magnitude do desfalque implica maior exasperação de apenamento..... 127

Legislação penal especial

Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo

Art. 1º – Sonegação fiscal

Não há que falar em aplicação retroativa *in malam partem* do Enunciado 24 da Súmula Vinculante aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição..... 128

O argumento segundo o qual a contagem do prazo para a prescrição da pretensão punitiva teria início logo após o cometimento do delito, independentemente da constituição definitiva do crédito tributário, não prospera. Antes mesmo da edição da referida súmula vinculante, a jurisprudência já se encontrava consolidada. 128

Legislação penal especial

Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo

Art. 1º – Sonegação fiscal

A regular intimação da defesa, em processo administrativo-fiscal, para fins de comprovação da origem de valores creditados em conta-corrente não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. 129

Não se reveste de ilegalidade a persecução penal e a posterior condenação pelo crime em análise, em continuidade delitiva (Código Penal, art. 71), daquele que, regularmente intimado no âmbito de processo administrativo fiscal para declinar a origem de valores creditados em sua conta-corrente, deixa de fazê-lo sob a alegação de que estaria impossibilitado de prestar os esclarecimentos solicitados. 129

Legislação penal especial

Lei 8.137/1990 – Crimes contra a ordem tributária

Art. 12, I – Causa de aumento de pena

Não viola o princípio da congruência a ausência de menção na peça acusatória à capitulação legal da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/1990 posteriormente reconhecida em sentença condenatória. 131

A Portaria 320/2008 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) não é parâmetro jurídico para a configuração da causa de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei 8.137/1990. 131

Legislação penal especial

Lei 8.666/1993 – Lei de Licitações

Art. 89 – Crimes licitatórios

O art. 89, segunda parte, da Lei 8.666/1993 é norma penal em branco, a qual, quanto às formalidades a que alude, é complementada pelo art. 26 da mesma lei..... 133

O descumprimento das formalidades referentes à dispensa ou à inexigibilidade de licitação só tem pertinência à repressão penal quando acompanhada de violação substantiva aos princípios da Administração Pública [Constituição Federal (CF), art. 37]..... 133

Legislação penal especial

Lei 8.666/1993 – Licitações

Art. 89 e art. 90 – Crimes licitatórios

Os tipos penais previstos nos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/1993 não exigem a ocorrência de dano ao erário. 135

Legislação penal especial

Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública

Art. 89 – Crimes licitatórios

O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta prevista no art. 89 da Lei 8.666/1993..... 136

A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isso, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador..... 136

A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/1993 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na peça acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso..... 137

Legislação penal especial

Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública

Art. 89 – Crimes licitatórios

A ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), no crime do art. 89 da Lei 8.666/1993, leva à rejeição da denúncia..... 138

Legislação penal especial

Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública

Art. 89 – Crimes licitatórios

Não configura o crime de dispensa irregular de licitação (Lei 8.666/1993, art. 89, *caput*) a realização de termo de concessão de uso de bem público a empresário individual, a quem teria sido outorgado o direito de utilização, a título gratuito, precário e por prazo indeterminado, de imóvel pertencente ao Município. 139

Legislação penal especial

Lei 8.666/1993 – Normas para licitações e contratos da Administração Pública

Art. 89 – Crimes licitatórios

Não configura delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 a contratação de escritório de advocacia para consultoria jurídica e patrocínio judicial na retomada dos serviços de abastecimento de água e esgoto de Município quando devidamente justificada a dispensa de licitação. 140

Legislação penal especial

Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Cíveis e Criminais

Art. 76 – Transação penal

“A homologação da transação penal prevista no art. 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”..141

Legislação penal especial

Lei 9.472/1997 – Serviços de telecomunicações

Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

A conduta de transmitir sinal de internet por radiofrequência sem autorização não configura crime de desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicações (Lei 9.472/1997, art. 183). 142

Legislação penal especial

Lei 9.472/1997 – Serviços de telecomunicações

Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

Excepcionalmente, ante a constatação da irrelevância da conduta praticada pelo paciente e da ausência de resultado lesivo, a prática da conduta, em tese, subsumida ao art. 183 da Lei 9.472/1997 não deve ser resolvida na esfera penal, e sim nas instâncias administrativas. 143

Legislação penal especial

Lei 9.472/1997 – Serviços de telecomunicações

Art. 183 – Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação

A ausência de prova pericial que constate, *in loco*, que a rádio comunitária opera com potência efetiva radiada acima do limite de segurança impede o recebimento da denúncia, por ausência de justa causa. 144

Legislação penal especial

Lei 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro

Arts. 303 – Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor

O crime de dirigir sem habilitação [Código de Trânsito Brasileiro (CTB), art. 309] é absorvido pelo delito de lesão corporal culposa na direção de veículo (CTB, art. 303). 145

Legislação penal especial

Lei 9.605/1998 – Crimes ambientais

Princípio da insignificância

Não é possível a aplicação do princípio da insignificância quando a reprovabilidade que recai sobre a conduta está consubstanciada no fato de o agente ter praticado a pesca em período proibido, utilizando-se de método capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, em prejuízo da preservação e do equilíbrio do ecossistema aquático. 146

Legislação penal especial

Lei 9.605/1998 – Crimes ambientais

Princípio da insignificância

O princípio da insignificância é aplicável aos crimes ambientais, tanto aos de perigo concreto, em que ocorre dano efetivo ao bem jurídico tutelado, quanto aos de perigo abstrato, cuja configuração independe da demonstração do dano efetivo. 148

Legislação penal especial

Lei 9.613/1998 – “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores

Art. 1º – Ocultação de bens, direitos ou valores

O crime de lavagem de bens, direitos ou valores, praticado na modalidade de ocultação (Lei 9.613/1998, art. 1º), tem natureza de crime permanente. 150

Legislação penal especial

Lei 9.613/1998 – “Lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores

Art. 1º – Ocultação de bens, direitos ou valores

O recebimento por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina integra a materialidade da corrupção passiva e não constitui ação autônoma de lavagem de capitais. 152

Para ficar caracterizado o delito de lavagem, é necessário comprovar que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores e identificar os atos posteriores, destinados a colocar a vantagem indevida na economia formal. 152

Legislação penal especial

Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento

Princípio da insignificância

O porte de um projétil de arma de fogo não descaracteriza a tipicidade material da conduta prevista no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003. 153

Legislação penal especial

Lei 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento

Art. 16 – Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

É atípica a conduta daquele que porta, na forma de pingente, munição desacompanhada de arma..... 154

Legislação penal especial

Lei 11.340/2006 – Violência doméstica

Princípio da insignificância

O princípio da insignificância não é aplicável aos delitos praticados em situação de violência doméstica. 155

Legislação penal especial

Lei 11.340/2006 – Violência doméstica

Art. 41 – Inaplicabilidade da Lei de Contravenções Penais

A prática de contravenção penal, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, atrai a incidência da Lei 11.340/2006. 156

Legislação penal especial

Lei 11.340/2006 – Violência doméstica

Art. 41 – Inaplicabilidade da Lei 9.099/1995

Não é possível a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao condenado pela prática do crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico. 158

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 28 – Posse de drogas para uso pessoal

Não há justa causa a autorizar a persecução penal na hipótese de importação de 26 sementes de maconha. 160

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33 – Tráfico de drogas – Repercussão Geral

É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas. Não é necessário perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para o tráfico, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal (CF)..... 161

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33 – Tráfico de drogas

A quantidade de drogas não pode, automaticamente, proporcionar o entendimento de que o agente faz do tráfico seu meio de vida ou integra organização criminosa..... 164

Conhece-se do *habeas corpus* se flagrante a contradição entre a justificativa utilizada para negar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e a absolvição da acusação do crime de associação para o tráfico, tipificado pelo art. 35 do mesmo diploma legal. 164

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33 – Tráfico de drogas

Na condenação por tráfico de entorpecente (Lei 11.343/2006, art. 33), é cabível a fixação de regime aberto e a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Nesse caso, o réu não pode ser reincidente, a pena apli-

cada deve ser inferior a quatro anos e as circunstâncias judiciais devem ser positivas..... 166

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33 – Tráfico de drogas

A natureza e a quantidade do entorpecente podem ser consideradas, alternativamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria penal..... 167

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

É possível considerar a quantidade de droga apreendida para efeito de diminuição de pena (Lei 11.343/2006, art. 33, § 4º)..... 168

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

A quantidade de drogas não constitui, isoladamente, fundamento idôneo para negar o benefício da redução da pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 169

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

O crime de tráfico de entorpecentes privilegiado não possui natureza hedionda.. 170

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 com base em mera conjectura ou ilação de que os réus integram organização criminosa..... 172

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

Não é possível o deferimento de indulto ao réu condenado por tráfico de drogas, ainda que tenha sido aplicada à pena a ele imposta a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006..... 173

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 33, § 4º – Tráfico privilegiado

Nada obstante sua natureza benéfica, a minorante contida no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 não retirou o caráter hediondo do crime de tráfico privilegiado de entorpecentes. 174

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Arts. 33 e 34 – Atos preparatórios

Os arts. 33, § 1º, I, e 34 da Lei de Drogas tipificam condutas que podem ser consideradas mero ato preparatório..... 175

O pedido de reconhecimento de nulidade dos atos processuais deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o réu. 175

É legítima a transcrição das interceptações telefônicas apenas das partes que tenham pertinência com os fatos narrados na denúncia, sem prejuízo de amplo acesso da totalidade da mídia eletrônica ou dos autos físicos aos interessados. 175

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 40 – Causas de aumento de pena

A causa de aumento prevista no art. 40, III, da Lei 11.343/2006, no que tange ao transporte público, pressupõe o tráfico no respectivo âmbito, e não a simples locomoção do detentor da droga..... 177

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 40 – Causas de aumento de pena

É irrelevante para a aplicação do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) se o agente infrator visa ou não comercializar drogas com os frequentadores de estabelecimento prisional. 178

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 40 – Causas de aumento de pena

Não é necessária a efetiva transposição da fronteira para a configuração do tráfico interestadual de drogas. Basta a comprovação inequívoca de que a droga adquirida num Estado teria como destino outro Estado da Federação..... 179

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 40 – Causas de aumento de pena

A mera utilização do transporte público para o carregamento de entorpecente não autoriza a aplicação da majorante do art. 40, III, da Lei 11.343/2006. 181

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 42 – Fixação da pena

A natureza e a quantidade de entorpecente são fundamentos suficientes para fixação de regime inicial semiaberto, mesmo que ao condenado por tráfico de drogas tenha sido aplicada pena inferior a quatro anos de reclusão..... 182

Legislação penal especial

Lei 11.343/2006 – Drogas

Art. 42 – Fixação da pena

O grau de pureza da droga é irrelevante para fins de dosimetria da pena. 183

Este livro foi produzido na Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, vinculada à Secretaria de Documentação do Supremo Tribunal Federal. Foi projetado por Eduardo Franco Dias e composto por Camila Penha Soares e Neir dos Reis Lima e Silva. A capa foi criada por Patrícia Amador Medeiros.

A fonte é a Dante MT Std, projetada nos anos 1950 por Giovanni Mardersteig, influenciado pelos tipos cunhados por Francesco Griffo entre 1495 e 1516, e editada em versão eletrônica por Ron Carpenter em 1993.

