

Pedro Coelho
Carla Carolina Dias

Leonardo Garcia
Roberval Rocha
Coordenadores

ENTENDIMENTOS CRIMINAIS DO STF E STJ

DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL

Súmulas ■ Repercussão Geral ■ Recursos Repetitivos

COMENTADOS E ORGANIZADOS POR ASSUNTO

4^a | revista
edição | ampliada
atualizada

2022

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DIREITO PENAL

LEI NOVA FAVORÁVEL

➔ **Súmula 611 - STF:** Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das Execuções à aplicação de lei mais benigna.

O teor da Súmula é suficiente para a sua compreensão. A partir do trânsito em julgado da condenação (sentença definitiva), inaugura-se uma nova fase no processo penal, a da execução. Nela, deverá ser observada a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), inclusive para a aplicação de *novatio legis in melius*. É nesse sentido, aliás, a redação do artigo 66, I da LEP (*posterior à edição da Súmula*), indicando que “*competete ao Juiz da execução aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado*”. Destarte, deparando-se o juízo das execuções com uma modificação legislativa que venha a favorecer **arritmeticamente** pena já transitada em julgado e se encontrando na fase de execução, deverá promover a adequação imediata, não sendo necessário encaminhar para outro juízo.

COMO CAIU NA SUA PROVA

CESPE (DPE-RS 2022): Fabrício foi denunciado por ter cometido, em 15/1/2012, crime de roubo com emprego de arma branca. Após o regular andamento da ação penal, ele foi condenado pelo crime de roubo majorado pelo emprego de arma branca, tendo-lhe sido aplicada a pena total de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime semiaberto inicialmente. O trânsito em julgado da sentença condenatória ocorreu em 6/12/2016 e o processo de execução da pena foi instaurado em 5/9/2019. Expedido o mandado de prisão em 12/1/2020, Fabrício iniciou o cumprimento da pena em 5/3/2020. Nessa situação, segundo a jurisprudência do STF, compete ao juízo que condenou Fabrício apreciar eventual pedido de redimensionamento da pena privativa de liberdade com fundamento na

ocorrência da *abolitio criminis* parcial, promovida pela Lei n.º 13.654/2018, em relação à majorante do emprego de arma branca. (*Errado*)

MPE-RS (Promotor de Justiça 2017): Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. (*Certo*)

CESPE (PC-GO 2016): “A *novatio legis in melius* só poderá ser aplicada ao réu condenado antes do trânsito em julgado da sentença, pois somente o juiz ou tribunal processante poderá reconhecê-la e aplicá-la”. (*Errado*)

CESPE (DPE-AL 2009): Considere a seguinte situação hipotética. Antônio foi condenado pela prática do delito X pelo juízo da 5.ª vara criminal de Maceió, sendo certo que a condenação foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Transitado em julgado o decisum e iniciado o cumprimento da pena privativa de liberdade, foi publicada pelo Congresso Nacional lei ordinária reduzindo pela metade a pena cominada ao delito X. Nessa situação, compete ao juízo da 5.ª vara criminal da capital alagoana a aplicação da lei penal mais benigna. (*Errado*)

CESPE (AGU 2009): Ocorrendo a hipótese de *novatio legis in melius* em relação a determinado crime praticado por uma pessoa definitivamente condenada pelo fato, caberá ao juízo da execução, e não ao juízo da condenação, a aplicação da lei mais benigna. (*Certo*)

CRIME IMPOSSÍVEL¹

➔ **Súmula 145 - STF:** Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Estamos diante do doutrinariamente conhecido *flagrante preparado, provocado, crime de ensaio ou ainda “delito putativo por obra do agente provocador”*. Em apertada síntese, há fundamentalmente dois requisitos para sua verificação, quais sejam *(i) a preparação e (ii) a não consumação da infração*. Isso é importante, pois prevalece a ideia de que se nos depararmos com um caso em que, não obstante reste presente a preparação, mas o agente logre êxito na consumação, haverá crime (*possível*) e a prisão será considerada legal.

Verificando-se, pois, em caso concreto que há a indução à prática delitativa e a adoção de precauções suficientes para impedir o resultado delituoso, estará

1. **Crime impossível** (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

caracterizada a *ausência de eficácia absoluta dos meios empregados* (crime impossível).

Nesse ponto, vale atentar para a Súmula 567 do STJ, que indica que o “*sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto*”.

VAMOS COMPLEMENTAR?

Vale destacar que a **Lei Anticrime (Lei nº 13.864/2019)** inseriu no ordenamento jurídico pátrio uma nova figura, chamada de **agente disfarçado**, regulada pelos artigos art. 17, § 2º e 18, parágrafo único da Lei 10.826/2003 e pelo art. 33, § 1º, IV da Lei nº 11.343/2006.

O **agente disfarçado** nada mais é do que uma técnica especial de investigação (meio de obtenção de prova) prevista para situações bastante específicas e direcionadas exclusivamente para a polícia. **ATENÇÃO!** Essa atuação não se confunde com o flagrante preparado, **pois nesse se exige atuação do agente provocador, ou seja, pessoa com comportamento apto a interferir decisivamente na prática da conduta delitiva**. Outro requisito de destaque nessa nova técnica especial de investigação é a comprovação concreta de indicativos prévios a atuação do agente disfarçado de que o autor do delito já vinha ostentando comportamento ilícito anteriormente. Ou seja, indispensável a demonstração de elementos razoáveis quanto à conduta criminosa preexistente para que a utilização da figura do agente disfarçado se revele legítima.

Nessa linha, vale destacar o interessante entendimento trazido por Renee de Ó Souza, Rogério Sanches Cunha e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins, extrai-se que para a validade da atuação do **agente disfarçado** “deve haver a demonstração de provas em grau suficiente a indicar que o autor realizou antes uma conduta criminosa, circunstância objeto da investigação proporcionada pelo disfarce. (...) Caso a investigação descarte a conduta criminosa preexistente, ou seja, caso revele tratar-se de vendedor casual dos produtos ilícitos, não será possível responder pelos crimes especiais criados pela Lei 13.964/2019. Essa observação é crucial para compreender o instituto como uma aposta na atuação profissional dos investigadores policiais e não simplesmente como um expediente capaz de levar ao alargamento de prisões de pessoas desvinculadas da prática de crimes. São esses elementos probatórios que, ao cabo, dão sustentação ao recorte feito pelo legislador e permitem a caracterização do crime sem que possa falar em flagrante preparado, além de assegurar que a conduta criminosa foi praticada de forma voluntária, livre e consciente. Dito de outra forma, são essas provas que asseguram que a participação do agente disfarçado é neutra, quase um indiferente causal à prática delitiva”².

2. Artigo: A nova figura do agente disfarçado prevista na Lei 13.964/2019 – consultado no site: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/12/27/nova-figura-agente-disfarçado-prevista-na-lei-13-9642019>.

Ainda de acordo com os autores acima citados, nos casos em que o policial tenta adquirir drogas de um usuário sem se identificar previamente e logra êxito, estaríamos diante de um crime impossível, em face da atuação de um agente provocado, ensejando um flagrante preparado ou provocado, **nos termos da Súmula 145 do STF**.

Diferente, porém, a situação em que um policial disfarçado, após intenso levantamento investigativo apto a demonstrar cabalmente que um indivíduo é vendedor contumaz de droga, em pequenas quantidades, sem que as mantenha consigo antes da abordagem para aquisição, desejando demonstrar esse comportamento ilícito, realize negociação (simulada) para fazer uma aquisição, viabilizando a efetivação da prisão em flagrante. Nesses casos, de acordo com o texto recém aprovado, o **agente disfarçado** pode, legitimamente, à ocasião da posterior entrega da droga, prender em flagrante, haja vista a identificação dos elementos específicos do tipo, ainda que criminoso mantenha com ele exclusivamente a exata quantidade de drogas comercializada.

IMPORTANTE! Por mais que entendamos que essa nova técnica especial de investigação seja lícita, é preciso muito cuidado na aplicação prática dela e qual a extensão que será admitida pelos Tribunais Superiores, uma vez que – se utilizada de maneira irrazoável – pode fomentar a prática de flagrantes provocados “escondidos sob as vestes de agente disfarçado”. É preciso acompanhar, por exemplo, para saber qual o grau de tolerância do flagrante será admitido nos casos da venda de drogas sem a prévia posse delas. Sempre que houver indícios pretéritos, a atuação do agente disfarçado será tolerada? A tendência é positiva, mas – repito – em se tratando de instituto novo, deveremos acompanhar.

Corroborando com a necessidade de cautela sobre o novo instituto, vejamos o que trouxe a **I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ a respeito do tema, quando envolve a Lei de Drogas:**

Enunciado 7: Não fica caracterizado o crime do inciso IV do § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006³, incluído pela Lei Anticrime, quando o policial disfarçado provoca, induz, estimula ou incita alguém a vender ou a entregar drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à sua preparação (flagrante preparado), sob pena de violação do art. 17 do Código Penal e da Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal.



COMO CAIU NA SUA PROVA

VUNESP (TJ-RS 2018): Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. (Certo)

3. IV – vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

MPDFT (Promotor de Justiça 2015): A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera ilegais e não admite as hipóteses de flagrante provocado e flagrante forjado. (*Certo*)

MAIORIDADE PENAL

➔ **Súmula 605 - STJ:** A superveniência da maioridade penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos.

Não é novidade que a maioridade penal, no Brasil, é 18 anos. Ou seja, somente a partir daí que se pode pensar em alguém sendo submetido à pena criminal. Isso, contudo, não significa afirmar, como alguns poderiam supor, que necessariamente a partir dos 18 anos não mais seria possível infligir alguém à medida socioeducativa.

*A ideia da inimputabilidade etária acima mencionada encontra previsão também no artigo 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴. Porém, advirta-se, o parágrafo único da norma indicada aponta que **deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.***

O próprio ECA traz previsão expressa de “aplicação excepcional aos maiores de 18 anos” das regras ali estabelecidas. É que no parágrafo único do seu art. 2º, o legislador trouxe a previsão de que “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”.

A grande celeuma que surge é justamente sobre essa exigência de previsão legal. A maior parte da doutrina admite, sem grandes polêmicas e traumas, a não extinção da medida socioeducativa pela superveniência da maioridade penal nos casos de **(i) internação**⁵ e **(ii) semiliberdade**⁶, face às previsões expressas nesse sentido.

A grande questão seria **acerca da continuidade de medidas socioeducativas mais brandas, diante da ausência de previsão específica no sentido de sua**

4. Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.
Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.
5. Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 5º **A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.**
6. Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial. § 2º **A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação.**

continuidade. Jurisprudencialmente, há algum tempo, vinha prevalecendo a necessidade de uma interpretação sistêmica. Segundo os Tribunais, não haveria sentido lógico em admitir o prolongamento (“ultratividade”) de medidas mais rígidas como as acima apontadas e a proibição desse mesmo efeito nas mais brandas.

Em diversas oportunidades, a 5ª e 6ª Turmas do STJ apontaram que “a maioria penal apenas torna o adolescente imputável, porém, *não é levada em consideração para a continuidade da medida socioeducativa*, que tem o fim de educar e ressocializar o menor” (HC 319.987/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016).

De toda forma, desejando colocar uma pá de cal definitiva no tema, a 3ª Seção editou o verbete de número 605, reafirmando que “*a superveniência da maioria penal não interfere na apuração de ato infracional nem na aplicabilidade de medida socioeducativa em curso, inclusive na liberdade assistida, enquanto não atingida a idade de 21 anos*”.

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

➔ **Súmula 606 - STJ:** Não se aplica o princípio da insignificância aos casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência que caracterizam o fato típico previsto no artigo 183 da lei 9.472/97.

Súmula aprovada **em abril de 2018** e deve ser cuidadosamente assimilada, especialmente porque abre uma janela para explorarmos algumas divergências “consolidadas” sobre o tema entre os Tribunais Superiores (e seu examinador adorará isso!).

Inicialmente, vale lembrar que o princípio da insignificância, ou bagatela própria, pressupõe que o Direito Penal não deveria se ater a condutas insignificantes, quais sejam aquelas incapazes de lesar, de causar perigo ao bem jurídico objeto da legislação penal. E, sendo assim, temos no princípio da insignificância uma causa de exclusão da tipicidade (material).

Para sua aplicação, os Tribunais Superiores exigem alguns requisitos a serem observados:

Requisitos objetivos	Requisitos subjetivos
<ul style="list-style-type: none"> • Mínima ofensividade da conduta; • Ausência de periculosidade social da ação; • Reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; • Inexpressividade da lesão jurídica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Importância do bem para a vítima; • Condições pessoais do agente.

Compreendido isso, vamos direto ao ponto. Há muito o STJ, através de suas duas Turmas Criminais, pacificou o entendimento **agora solidificado na Súmula 606**, ou seja, quanto a não incidência da bagatela própria ao delito do artigo 183 da Lei 9.472/97⁷.

É que o Superior Tribunal de Justiça aponta que o delito acima mencionado ostenta natureza de crime formal – ou seja, não se exige a produção do resultado para a sua consumação –, revelando-se como de perigo abstrato – descreve apenas uma conduta, um comportamento, não exige uma lesão ao bem jurídico – e tutelando o bem jurídico da **segurança e o regular funcionamento dos meios de comunicação**. Dessa maneira, ainda que se constatada a baixa potência do equipamento utilizado, a conduta não pode ser considerada de per se, um irrelevante penal (AgRg no AREsp 599.005-PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 14/4/2015, DJe 24/4/2015).

Já o STF possui vários julgados apontando a não aplicação da insignificância, mas faz importantes ressalvas!

Admite a bagatela própria e o reconhecimento da atipicidade material em casos específicos, mormente quando **(i)** houver perícia efetuada pela Anatel, atestando que o serviço de rádio difusão utilizado não tem capacidade de causar interferência nos demais meios de comunicação, nem interferência à segurança do tráfego aéreo com eventuais consequências catastróficas; **(ii)** utilização da atividade de telecomunicação com objetivos de evangelização e PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SOCIAIS, por exemplo, demonstrando ausência de periculosidade social e de reprovabilidade da conduta, além de inexpressividade de lesão jurídica, e também quando estivermos em **(iii)** localidades afastadas dos grandes centros.

Assim, o STF admite a insignificância⁸, DIFERENTEMENTE do STJ!

VAMOS COMPLEMENTAR?

Estando a súmula devidamente explicada, vamos avançar. Vale à pena aqui, como dito anteriormente, tratarmos de outra nuance em que aparece divergência entre as Cortes. É que para o Supremo Tribunal, a conduta de prestar, sem autorização da ANATEL, serviço de provedor de

-
7. 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). Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.
 8. Ratificando essa posição, a Suprema Corte destacou recentemente que “ambas as turmas do STF têm aplicado o princípio da insignificância, nos casos que envolvem clandestinidade de rádio com transmissor de até 25 Watts”, razão pela qual, em um caso concreto envolvendo rádio clandestina com programação de alcance de apenas um quilômetro, com potência de 20W, a aplicação da bagatela própria era de rigor, afastando-se a tipicidade material (HC 185355 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/03/2022).

acesso à internet a terceiros por meio de instalação e funcionamento de equipamentos de radiofrequência seria atípica, pois se caracterizaria **prestação de serviço de valor adicionado (regulado pelo art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997) e não serviço de telecomunicações propriamente dito**. Ora, se a tipicidade deve ser analisada restritivamente, não há sub-sunção do fato à norma tipificada no artigo 183 da Lei 9.472/97⁹.

Contudo, o STJ se posiciona em sentido oposto. De acordo com o colegiado, o fato de o art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997 disciplinar que serviço de valor adicionado “*não constitui serviço de telecomunicações*” não implica o reconhecimento, por si só, da atipicidade da conduta em análise. Isso porque, segundo a ANATEL, o provimento de acesso à Internet via radiofrequência engloba tanto um serviço de telecomunicações (Serviço de Comunicação Multimídia) quanto um serviço de valor adicionado (Serviço de Conexão à Internet) (**AgRg no REsp 1.304.262-PB, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16/4/2015, DJe 28/4/2015**)¹⁰.

Esquemmatizando, teremos:

ATIVIDADE CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÃO	STF	STJ
Quanto à aplicação do Princípio da Insignificância	<p>É possível, desde que:</p> <ul style="list-style-type: none"> • perícia da Anatel ateste que não tem capacidade de causar interferências lesivas; • a atividade tenha objetivos de evangelização e prestação de serviços sociais; • a atividade se preste em localidades afastadas dos grandes centros. 	<p>Não é possível *Súmula 606.</p>
Quanto à tipicidade da conduta de prestar, sem autorização da ANATEL, serviço de provedor de acesso à internet a terceiros por meio de instalação e funcionamento de equipamentos de radiofrequência.	Conduta atípica	Conduta típica

9. DIREITO PENAL. Submete-se ao princípio da legalidade estrita. SERVIÇO DE INTERNET – ARTIGO 183 DA LEI Nº 9.472/1997. A oferta de serviço de internet não é passível de ser enquadrada como atividade clandestina de telecomunicações – inteligência do artigo 183 da Lei nº 9.472/1997. (HC 127978, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-276 DIVULG 30-11-2017 PUBLIC 01-12-2017).

10. Outros precedentes: AgRg no AREsp 383.884-PB, Sexta Turma, DJe 23/10/2014; e AgRg no REsp 1.349.103-PB, Sexta Turma, DJe 2/9/2013.


COMO CAIU NA SUA PROVA

CESPE (MPE-RR 2017): À prática clandestina de atividade de telecomunicação consistente em manutenção de rádio comunitária não se aplica o princípio da insignificância, independentemente do grau de interferência do sinal e mesmo que presente a boa-fé do infrator. (*Errado*)

CRIME CONTINUADO

➔ **Súmula 605 - STF:** Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

Superada. A súmula é anterior a Lei nº 7.209/84, que reformou a Parte Geral do Código Penal. A partir de então, de forma expressa através do parágrafo único do art. 71 do CP, passou-se a admitir continuidade delitiva em crimes dolosos:

Art. 71. (...)

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. (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

Para essa continuidade delitiva do parágrafo único do artigo 71 do CPB (chamada por alguns de **crime continuado específico**), relacionado a crimes contra bens jurídicos personalíssimos, deve haver o preenchimento de 3 requisitos: (i) vítimas diversas, (ii) presença de violência ou grave ameaça e (iii) ter natureza dolosa a conduta.

Vale atentar que, para o reconhecimento do crime continuado, há uma divergência acerca da necessidade do preenchimento do requisito da **unidade de desígnios**, além dos aspectos delineados no art. 71 do CP. Para os adeptos da **teoria objetiva pura (ou puramente objetiva)**, não há que se falar em unidade de desígnios para o reconhecimento do crime continuado, uma vez que o legislador não trouxe esse requisito. Não se revela fundamental discutir a intenção do agente, se era ou não praticar todos os delitos em continuidade. Daí a razão do nome da teoria, já que se limita aos aspectos objetivo-legais. **Essa teoria, agasalhada por Luiz Flávio Gomes, revela-se minoritária.**

O que prevalece é a **teoria mista ou objetivo-subjetiva**. Para além dos requisitos estampados no art. 71 do CP, o crime continuado demanda a identificação da **unidade de desígnios**, compreendida como o vínculo volitivo entre os crimes

perpetrados, demonstrando um entrelaçamento dos atos criminosos. Esse elemento subjetivo é também estudado na doutrina como **dolo global ou unitário**, tendo esse tema sido objeto de questão de provas orais recentes. É a compreensão majoritária na doutrina e também na jurisprudência do STF e STJ.

COMO CAIU NA SUA PROVA

CESPE (TJ-DFT 2016): De acordo com as súmulas em vigência do STF, assinale a opção correta. Admite-se continuidade delitiva nos crimes contra a vida. (*Errado**)

* Tratava-se de questão de múltipla escolha, e o gabarito dado fazia referência a outra assertiva. Embora discutível, cobrou a literalidade dos entendimentos sumulados. Além disso, em que pese superado, não foi cancelado formalmente. Por isso, **atenção!**

➔ **Súmula 711 - STF:** A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência.

ATENÇÃO! Apesar de a redação da súmula deixar a entender que se aplica sempre a lei mais grave aos crimes continuados ou permanentes, o entendimento correto é o de que sempre se aplicará a lei nova, quer seja mais ou menos gravosa.

Imagine, pois, que o Tício está cometendo um crime permanente com pena em abstrato de 3 a 10 anos. Contudo, durante a permanência do crime em tela, há uma modificação da lei penal e aquele crime passa a ter uma pena de 1 a 5 anos.

Se aplicássemos a literalidade da Súmula, poder-se-ia ter a *equivocada* impressão de que seria aplicável a pena mais grave! **Errado!** A interpretação que se deve dar, como dito, é que se deve avaliar qual a lei vigente na cessação da permanência. Será ela que deverá ser aplicada, seja mais ou menos grave. Elucidativo, nesse ponto, o entendimento do STJ, apontando que “*dessa forma, deve ser a elas aplicada a lei em vigência no momento em que interrompida a permanência, ainda que mais grave, conforme compreensão consolidada na Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal*”¹¹.

COMO CAIU NA SUA PROVA

CESPE (DPE-RS 2022): Ao crime continuado e ao crime permanente é aplicada a lei penal mais grave caso a sua vigência seja anterior à cessação da continuidade ou da permanência. (*Certo*)

11. HC 298.927/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015.

FAPEC (PC-MS 2021): Nos crimes permanentes e continuados, a lei penal aplicável será aquela mais benéfica ao agente e não a lei mais grave em vigor antes da cessação da permanência ou da continuidade. Isso porque, de acordo com a CF/1988, vige o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao agente. (*Errado*)

VUNESP (TJ-SP 2021): A respeito do crime praticado em continuidade delitiva, é correto afirmar que sobrevindo nova lei mais grave, ela será aplicada, se sua vigência for anterior à cessação do fato criminoso. (*Certo*)

VUNESP (TJ-RO 2019): A lei penal mais gravosa aplica-se ao crime continuado, se sua vigência é anterior à cessação da continuidade. (*Certo*)

VUNESP (TJ-AC 2019): A lei penal mais grave não se aplica ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência. (*Errado*)

UEG (PC-GO 2018): Não se aplica a *lex gravior* ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da permanência. (*Errado*)

CESPE (TJ-PR 2017): A irretroatividade da lei penal mais gravosa é sempre aplicável, inclusive nos crimes permanentes e nas hipóteses de continuidade delitiva. (*Errado*)

TRF 2ª Região (Juiz Federal 2017): Se vigorava lei mais benéfica, depois substituída por lei mais grave, hoje vigente, é a lei mais grave que será aplicada ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência foi iniciada antes da cessação da continuidade. (*Certo*)

CESPE (PC-GO 2016): Ainda que se trate de crime permanente, a *novatio legis in pejus* não poderá ser aplicada se efetivamente agravar a situação do réu. (*Errado*); A lei penal mais grave deverá ser aplicada, pois a atividade delitiva prolongou-se até a entrada em vigor da nova legislação, antes da cessação da permanência do crime. (*Certo*)

FCC (DPE-ES 2016): a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é posterior à cessação da continuidade ou da permanência. (*Errado*)

AÇÃO PENAL

➔ **Súmula 601 - STF:** Os arts. 3º, II, e 55 da Lei Complementar nº 40/1981 (Lei Orgânica do Ministério Público) não revogaram a legislação anterior que atribui a iniciativa para a ação penal pública, no processo sumário, ao juiz ou à autoridade policial, mediante portaria ou auto de prisão em flagrante.

Superada. Não recepcionada pela Ordem Constitucional vigente.

➔ **Súmula 607 - STF:** Na ação penal regida pela Lei nº 4.611/1965, a denúncia, como substitutivo da portaria, não interrompe a prescrição.

Superada. Não recepcionada pela Ordem Constitucional vigente.

“A Lei 4.611/65 dispõe, em seu artigo 1º, que “[o] processo dos crimes previstos nos artigos 121, § 3º, e 129, § 6º, do Código Penal, terá o rito sumário estabelecido nos arts. 531 a 538 do Código de Processo Penal”. É dizer, a Lei estendeu aos crimes de homicídio e lesão corporal culposos o rito reduzido das contravenções penais, prevendo tenha início o processo com o auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pela autoridade policial ou pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público. **Esses preceitos tornaram-se sabidamente incompatíveis com o disposto no artigo 129, I, da Constituição de 1988, que conferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública.**” (STF. HC 91581, Relator Ministro Eros Grau, Segunda Turma, julgamento em 14.8.2007, DJe de 22.2.2008).

DOSIMETRIA DA PENA

➔ **Súmula 171 - STJ:** Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso¹² a substituição da prisão por multa.

Apesar da redação pouco esclarecedora, o tema é relativamente simples se bem compreendido. Estamos aqui diante da chamada, doutrinariamente, **multa vicariante**, aquela substituta da pena privativa de liberdade superior a um ano, quando atendidos os requisitos normativos.

De acordo com o art. 60, § 2º do Código Penal Brasileiro, “a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a 6 (seis) meses, pode ser substituída pela de multa, observados os critérios dos incisos II e III do art. 44 deste Código”. A multa substitutiva da pena privativa de liberdade tem natureza jurídica distinta da pena de multa cominada pelo preceito secundário do tipo penal. Permanece, portanto, o teto de seis meses, e independe do emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, uma vez que o mencionado dispositivo **não faz referência ao inciso I do artigo 44 do CPB**. Dito de outra maneira, basta para a sua incidência que o réu não seja reincidente em crime doloso e, ademais, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem a suficiência da substituição.

12. Significa **proibido**. Diversos candidatos têm dificuldade de assimilar o significado de *defeso*, por isso, atenção!

Compreendido isso, vamos para o objetivo do verbete. Segundo o STJ, se – **em lei especial** – houver previsão de cominação em abstrato de uma pena privativa de liberdade e (+) pena pecuniária (ex.: *multa*), a PPL não pode ser substituída por **outra** multa. Nesses casos, poderá ser a PPL substituída, mas por outras penas restritivas de direitos, mas não pela **multa vicariante**.

IMPORTANTE! Esse verbete fora idealizado no contexto da antiga Lei de Drogas, especificamente em relação ao crime de **porte de substância entorpecente para uso próprio**, então tipificado art. 16 da Lei 6.368/1976. O seu propósito era de impedir que o usuário, valendo-se da multa substitutiva, fosse condenado somente às penas pecuniárias. **Não obstante a revogação da Lei 6.368/1976 perpetrada pela Lei 11.343/2006, o enunciado sumular permanece válido e aplicável aos casos que se amoldem à sua definição.**

COMO CAIU NA SUA PROVA

MPE-RR (Promotor de Justiça 2016): Cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa. (*Certo*)

➔ **Súmula 231 - STJ¹³:** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Quanto à dosimetria da pena, o Código Penal Brasileiro adotou o **critério trifásico**¹⁴, conforme dispõe o art. 68¹⁵, parcelando o caminho que deve ser percorrido pelo magistrado, para a aplicação da pena, em três fases distintas e que se sucedem. As agravantes e atenuantes se referem à **2ª fase** da dosimetria da pena. Tanto nesta como na 1ª fase (fixação da pena-base), deve-se observar os limites máximos e mínimos cominados pelo legislador. Isso porque, as atenuantes e agravantes genéricas, previstas no art. 61 do CPB, não tiveram percentual previsto legalmente, tampouco fazem parte da estrutura do tipo. Caso fosse possível aplicá-las para reduzir abaixo do mínimo legal, ou aumentar acima do máximo legal, estar-se-ia adentrando a esfera legislativa, cominando ao tipo pena não prevista em lei.

13. No mesmo sentido encontra-se a jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**. Sobre o tema, vale conferir o RE 597270 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, na sistemática de repercussão geral.

14. Com exceção à pena de multa, para a qual se adotou o **sistema bifásico**.

15. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Assim, tal redução ou aumento só será possível na 3ª fase do sistema trifásico de dosimetria, na aplicação das causas de aumento ou de diminuição – *majorantes e minorantes* –, que não incidirá sobre a pena-base, mas sim sobre a reprimenda resultante da aplicação das atenuantes e agravantes à pena-base fixada na 1ª fase.

Nesse sentido também se posiciona o STF:

Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (RE 597270, 23.03.2009)

▲ Repercussão Geral • Tema 158/STF

Indubitavelmente, a **Súmula 231 do STJ** é aceita e aplicada reiteradamente pelos Tribunais pátrios. No entanto, vale assinalar uma crítica (minoritária) a higidez do seu conteúdo atualmente. Como já comentamos, o verbete anuncia que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal. Assim, em sendo fixada a pena base no mínimo legal, o STJ desautoriza a redução abaixo, nesse momento da 2ª fase, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição da pena, operacionalizadas na terceira fase da dosimetria da pena. Ocorre que parcela da doutrina advoga que a aplicação desse entendimento violaria (i) **princípio da individualização da pena**, bem como (ii) **a própria legalidade**, haja vista inexistir norma vedando a atenuante reduzir a pena base abaixo do mínimo legal. Teria havido um equívoco na edição do verbete, concebido ainda sob o “fantasma/pensamento no critério anterior da legislação penal bifásico”. É que naquela época, a pena base era fixada com base nas circunstâncias judiciais e legais. As atuais primeiras e segundas fases eram operacionalizadas em um único momento. Nesse sentido, vejamos o escólio do professor **César Roberto Bitencourt**:

“O equivocado entendimento de que a ‘circunstância atenuante’ não pode levar a pena para aquém do mínimo cominado ao delito partiu de interpretação analógica desautorizada, baseada na proibição original do parágrafo único do art. 48 do Código Penal de 1940, não participar do crime menos grave – mas impedia que ficasse abaixo do mínimo cominado. (...) Ademais, naquela orientação, a nosso juízo superada, utilizava-se de uma espécie *sui generis* de interpretação analógica entre o que dispunha o antigo art. 48, parágrafo único, do Código Penal (parte geral revogada), que disciplinava uma causa especial de diminuição, insta-se, e o atual art. 65, que elenca as circunstâncias atenuantes, todas estas de aplicação obrigatória. Contudo, a não aplicação do art. 65 do Código Penal, para evitar que a pena mínima fique aquém do mínimo cominado, não configura como se imagina, interpretação analógica, mas verdadeira analogia – vedada em direito penal – para suprimir um direito público subjetivo, qual seja, a obrigatória atenuação da pena. (...) **Em síntese, não há lei proibindo que, em decorrência do reconhecimento de circunstância atenuante, possa ficar aquém do mínimo cominado. Pelo contrário, há lei que determina (art.**

65), peremptoriamente, a atenuação da pena em razão de um atenuante, sem condicionar seu reconhecimento a nenhum limite; e, por outro lado, reconhecê-la na decisão condenatória (sentença ou acórdão), mas deixar de efetuar sua atenuação, é uma farsa, para não dizer fraude, que viola o princípio da reserva legal¹⁶.

COMO CAIU NA SUA PROVA

FUMARC (PC-MG 2021): A existência de circunstância atenuante pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (*Errado*)

CESPE (TJ-PA 2019): O Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo em razão de ele, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo por um comparsa não identificado, ter subtraído de uma pessoa R\$ 80 e um aparelho celular que custava R\$ 700. Perseguido por populares, Paulo foi preso com os produtos do crime. Não houve apreensão da arma utilizada no crime. Após confissão espontânea do crime, Paulo foi condenado à pena mínima pela prática do crime de roubo simples, pois, na sentença, alegou-se que a arma de fogo não havia sido utilizada pelo réu nem apreendida à época dos fatos. Tanto o Ministério Público quanto a defesa, no entanto, recorreram da sentença: o Ministério Público requereu o reconhecimento das qualificadoras de concurso de pessoas e emprego de arma de fogo; a defesa, por sua vez, requereu o reconhecimento da tentativa e a aplicação de pena aquém do mínimo, alegando atenuante da confissão espontânea e aplicação do princípio da insignificância. Como a confissão espontânea foi reconhecida na sentença, a pena poderá ser minorada para aquém do mínimo legal. (*Errado*)

CESPE (Delegado PF 2018): Ronaldo, maior e capaz, e outras três pessoas, também maiores e capazes, furtaram um veículo que estava parado em um estacionamento público. Depois de terem retirado pertences do veículo, o abandonaram perto do local do assalto. O grupo foi preso. Constatou-se que Ronaldo era réu primário, tinha bons antecedentes e que agira por coação dos outros elementos do grupo. Nessa situação, se a coação foi resistível, se houver confissão do crime e se as circunstâncias atenuantes preponderarem sobre as agravantes, a pena de Ronaldo poderá ser reduzida para abaixo do mínimo legal. (*Errado*)

CESPE (TJ-CE 2018): A confissão do réu é uma circunstância atenuante que implica a redução da pena para menos do mínimo legal previsto para o caso em tela. (*Errado*)

16. BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol. 1. 11ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

CESPE (MPE-RR 2017): É possível a aplicação de pena inferior à mínima na segunda fase da dosimetria da pena. (*Errado*)

VUNESP (TJ-SP 2017): a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, a não ser que utilizada a confissão para a formação do convencimento do julgador, hipótese em que o réu fará jus à diminuição, ainda que aquém do piso. (*Errado*)

FAURGS (TJ-RS 2016): Segundo a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, quando da aplicação do método trifásico da pena, o juiz poderá aplicá-la abaixo do mínimo legal apenas no momento de fixação da pena definitiva, não sendo possível diminuí-la em momento anterior, ainda que reconhecida alguma circunstância atenuante. (*Certo*)

CESPE (TJ-PB 2015): Segundo a doutrina dominante e o CP, o juiz, ao aplicar a pena, deve aplicar pena inferior ao mínimo legal se houver circunstância atenuante. (*Errado*)

O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal¹⁷, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal. (*REsp 1117068/PR, 08.06.2012*)

▲ Recurso Repetitivo • Tema 190/STJ

O entendimento se refere à aplicação das atenuantes e agravantes, com respaldo, inclusive, na Súmula 231 da mesma Corte, comentada anteriormente. Assim, conforme expresso na ementa do julgado, “cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu *arbitrium iudices* dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar”¹⁸. Perceba, é a mesma conclusão, se possível fosse, o juízo adentraria na esfera legislativa.

17. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

18. REsp 1117068/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 08/06/2012.

Sobre os entendimentos a respeito da aplicação das atenuantes e agravantes, para melhor fixação, vale a pena esquematizar:

Dosimetria da Pena	Pena Privativa de Liberdade ¹⁹	
1ª Fase	Pena-base (<i>Circunstâncias judiciais, art. 59 do CPB</i> ²⁰)	Aqui, o juiz precisa respeitar o intervalo de pena mínima e máxima estabelecido pelo legislador (<i>Súmula 231 – STJ; Tema 158/STF; Tema 190/STJ</i>)
2ª Fase	Agravantes e atenuantes genéricas (<i>arts. 61 a 67 do CPB</i>)	
3ª Fase	Causas de aumento e diminuição (<i>majorantes e minorantes</i>) ²¹	Nesta fase, se existirem causas de aumento e diminuição, poderá o juiz fixar a pena abaixo ou acima do patamar estabelecido pelo legislador.

➔ **Súmula 241 - STJ:** A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Vale depositar aqui uma atenção especial. A reincidência é uma agravante genérica de caráter subjetivo, delineada no artigo 61, I do CPB²², devendo sua incidência ser apreciada na 2ª fase do sistema trifásico da dosimetria da pena (art. 68 CPB). De acordo com o verbete, não será possível considerá-la agravante e – concomitantemente – valorá-la negativamente como circunstância judicial (art. 59), sob pena de *bis in idem*.

19. 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

20. 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

21. Estão espalhadas pelo Código Penal, bem como na legislação especial.

22. Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I – a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

É preciso redobrar os cuidados com um detalhe! Não haverá essa vedação se estivermos diante de acusado detentor de mais de uma sentença condenatória irrecorrível. Nesses casos, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, será possível ao julgador valer-se de uma das condenações como reincidência e outra utilizada como circunstância judicial (*maus antecedentes*), não havendo violação ao *bis in idem*.

COMO CAIU NA SUA PROVA

CESPE (TJ-BA 2019): A reincidência penal pode ser utilizada simultaneamente como circunstância agravante e como circunstância judicial. (*Errado*)

FAURGS (TJ-RS 2016): Consoante o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a reincidência penal pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial. (*Errado*)

VAMOS COMPLEMENTAR?

Se se na sentença, o juízo, ao fixar a pena-base, em atenção à primeira fase da dosimetria (*circunstâncias judiciais*, art. 59 CPB) fundamentar o aumento da pena em razão de condenações anteriores transitadas em julgado como “conduta social” negativa. Estaria correto?

Não. O STJ tem entendido que, **“eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente”**²³.

Então, na situação, o Tribunal deveria corrigir a sentença, retirando o aumento da pena?

O STJ entendeu que não.

Vejamos o art. 59 do CPB:

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;

23. EAREsp 1.311.636-MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por maioria, julgado em 10/04/2019, DJe 26/04/2019. (Info 647).

- 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.

Perceba que são circunstâncias judiciais, a serem avaliadas na primeira fase da dosimetria, a conduta social, mas também os antecedentes. Em virtude disso, a Sexta Turma entendeu que foi mera atecnia do julgador valorar como “**conduta social negativa**”, aquilo que seria caracterizado como “**maus antecedentes**”. Portanto, deveria ser mantida a sentença, uma vez que a dicção legal do art. 59 do CPB não impõe ao juiz a obrigação de intitular as circunstâncias judiciais na sentença.

Sendo assim, “**demonstrada mera falta de técnica na sentença, o habeas corpus pode ser deferido para nominar de forma correta os registros pretéritos da paciente, doravante chamados de maus antecedentes, e não de conduta social, sem afastar, todavia, o dado desabonador que, concretamente, existe nos autos e justifica diferenciada individualização da pena**”.²⁴

Esquemmatizando:

Conduta Social	Personalidade
Busca aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais.	“(…) Deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito [...]” (HC 472.654/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 11/3/2019).

Vale destacar que, se os antecedentes não existirem, ou forem fracionados para analisar negativamente a conduta social ou a personalidade do agente, aí neste caso é possível reduzir a pena, pois estaria caracterizado vício de fundamentação e/ou *bis in idem* na exasperação da pena-base.



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

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. (RE 591054, 17.12.2014)

▲ Repercussão Geral • Tema 129/STF

24. HC 501.144-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020. (Info 669).

Em atenção ao princípio da presunção da não culpabilidade (*presunção de inocência*), tanto o STJ, através do Entendimento Sumulado 444, quanto o STF, através do Tema 129 de Repercussão Geral, entendem que os inquéritos policiais ou as ações penais em curso (sem trânsito em julgado) não podem ser considerados para agravar a pena-base. Ou seja, não podem ser utilizados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena.

Essa é a regra.

Mas existem alguns entendimentos importantes sobre o tema, e devemos ter cuidado!

O primeiro deles é que a Sexta Turma do STJ, conceitua “maus antecedentes” em sentido amplo, abrangendo “não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes”²⁵. Então, para a Corte da Cidadania, se há trânsito em julgado de ação penal X no curso da ação penal Y, aquela poderá servir para agravar a pena-base desta.

O segundo é em relação aos **atos infracionais! CUIDADO AQUI!**

O STJ entende, por suas duas turmas criminais²⁶, que **os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social**. Além disso, já entendeu que os atos infracionais pretéritos **também não se prestam a configurar reincidência**²⁷.

Na contramão, os atos infracionais pretéritos se prestarão a:

- Decretar prisão preventiva²⁸;
- Negar a causa especial de diminuição de pena de tráfico privilegiado²⁹;

25. HC 185.894/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016.

26. HC 499.987/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019. REsp 1702051/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018.

27. AgRg no AREsp 1665758/RO, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/05/2020, DJe 05/06/2020.

28. “A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a periculosidade do acusado, evidenciada na reiteração delitiva, constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar. Ademais, registros criminais anteriores, anotações de atos infracionais, inquéritos e ações penais em curso, e condenações ainda não transitadas em julgado são elementos que podem ser utilizados para amparar eventual juízo concreto e cautelar de risco de reiteração delitiva, de modo a justificar a necessidade e adequação da prisão preventiva.” (AgRg no HC 572.617/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 16/06/2020).

29. “Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o registro de atos infracionais é elemento idôneo para afastar a figura do tráfico privilegiado, quando evidenciar a propensão do agente

– Negar aplicação do princípio da insignificância³⁰.

E sobre o tráfico privilegiado? Inquéritos e ações penais em curso podem afastar tal benefício?

Até a 3ª edição deste livro, afirmávamos e analisávamos acerca da divergência existente até então entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal em relação a essa temática. De acordo com a compreensão então vigente no STJ, era sim possível a utilização de inquéritos policiais ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o agente se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal do tráfico privilegiado³¹.

Em sentido oposto, porém, o STF entendia em sentido **negativo**, ou seja, não caberia afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas com base em condenações não alcançadas pela preclusão maior (trânsito em julgado).³²

NOVIDADE! Contudo, a mencionada divergência não mais existe. É que, ao longo do ano de 2021, as duas Turmas Criminais do STJ modificaram seu entendimento. Doravante, aliando-se à compreensão sufragada pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte passou a registrar, sobre o tema, que “inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). **Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado se fundou na simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva**, e na natureza ou quantidade de droga apreendida, especialmente, quando valorada na primeira fase da dosimetria em evidente bis in idem”³³.

a práticas criminosas. Precedentes.” (AgRg no HC 573.149/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020).

30. “Não se mostra possível reconhecer um reduzido grau de reprovabilidade na conduta de quem, de forma reiterada, comete vários delitos ou comete habitualmente atos infracionais.” (AgRg no AREsp 1550027/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 02/06/2020).
31. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, Terceira Seção, por maioria, julgado em 14/12/2016, DJe 1/2/2017.
AgRg no HC 539.666/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 09/03/2020.
32. HC 166385, Relator(A): Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado Em 14/04/2020, Processo Eletrônico-co DJe-118 Divulg 12-05-2020 Public 13-05-2020.
HC 173806, Relator(a): Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado Em 18/02/2020, Processo Eletrônico DJe-049 Divulg 06-03-2020 Public 09-03-2020.
33. AgRg no HC 676.516/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021. **No mesmo sentido:** 6ª Turma, AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021.

 **COMO CAIU NA SUA PROVA**

FCC (TJ-AL 2019): Na aplicação da pena, vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, não se configurando a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato. (*Errado*)

MPE-PR (Promotor de Justiça 2019): É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. (*Certo*)

CESPE (Delegado PF 2018): Valter, maior e capaz, foi preso preventivamente em uma das fases de uma operação policial. Ele já era réu em outras três ações penais e estava indiciado em mais dois outros IPs. Nessa situação, as ações penais em curso podem ser consideradas para eventual agravamento da pena-base referente ao crime que resultou na prisão preventiva de Valter, mas os IPs não podem ser considerados para essa mesma finalidade. (*Errado*)

FAPEMS (PC-MS 2017): Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado pode ser considerada como maus antecedentes criminais para fins de dosimetria da pena. (*Errado*)

VUNESP (TJ-SP 2017): é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, configurando-se, porém, a má antecedência se o acusado ostentar condenação por crime anterior, transitada em julgado após o novo fato. (*Certo*)

CESPE (TJ-AM 2016): Considerando que o réu já tinha sido preso em flagrante por roubo e, mesmo sem o trânsito em julgado da respectiva sentença, ele ainda responde a dois inquéritos policiais por furtos, justifica-se a exacerbação da pena-base. (*Errado*)

FAURGS (TJ-RS 2016): Segundo a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, processos criminais em andamento não poderão ser valorados como prova de antecedentes criminais, salvo na hipótese de já terem sido objeto de sentença condenatória sobre a qual se aguarda o julgamento de recursos defensivos. (*Errado*)

CESPE (TJ-DFT 2016): Embora seja vedada a utilização de inquéritos policiais em andamento para aumentar a pena-base, é possível a utilização de ações penais em curso para requerer o aumento da referida pena. (*Errado*)

FUNCAB (PC-PA 2016): O STF entende, com repercussão geral, que inquéritos arquivados ou ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, mas podem ser considerados para elevar a pena com fundamento na conduta reprovável. (*Errado*)

Não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal (RE 593818, 18.08.2020).

▲ Repercussão Geral - Tema 150/STF

Reincidência e maus antecedentes não se confundem. Enquanto o primeiro configura circunstância agravante, avaliada na 2ª fase da dosimetria da pena (art. 61 do CPB³⁴), o segundo refere-se à circunstância judicial, avaliada na 1ª fase da dosimetria da pena (art. 59 do CPB³⁵).

Dito isso, os maus antecedentes seriam as condenações anteriores que, por algum motivo, não caracterizariam a reincidência. Neste ponto, perceba que o Código Penal, por seus dispositivos 63 e 64, deixa claro o que seria a reincidência. Assim, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63 do CPB). Ainda, para efeito de reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação, bem como não se consideram os crimes militares próprios e políticos (art. 64 do CPB).

Mas, e sobre a possibilidade de se considerar como maus antecedentes as condenações após o período depurador de 5 anos previsto pelo CPB para a reincidência?

Até então havia divergência entre os Tribunais Superiores a respeito do tema!

O STJ já entendia que o prazo de cinco anos do art. 64, I, do Código Penal, afastava os efeitos da reincidência, mas não impedia o reconhecimento de maus antecedentes.³⁶ Já o STF, apresentava vários julgados em direção contrária, considerando que a existência de condenação anterior, ocorrida em prazo superior a 5 anos, contado da extinção da pena, não poderia ser considerada como maus antecedentes.³⁷

34. Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

I – a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

35. Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

36. STJ, HC 281.051/MS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe 28/11/2013.

37. HC 126.315/SP.

Mas foi em sentido oposto, se afinando com o STJ, que STF pacificou o tema, em repercussão geral, por maioria, numa votação apertada de 6x4³⁸.

O voto vencedor, do ministro Roberto Barroso, considerou que a reincidência e os maus antecedentes são institutos diversos, de finalidades distintas, não se aplicando o art. 64, I do CPB, referente à reincidência, aos maus antecedentes. Além do mais, não se poderia retirar do julgador a possibilidade de aferir informações sobre a vida pregressa do agente, em observância aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

Vale mencionar que o debate envolve aquilo que vem sendo chamado de manifestação do **direito ao esquecimento** no âmbito criminal, pelo qual um indivíduo não poderia ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal.

O direito ao esquecimento foi mencionado pelo ministro Dias Toffoli, que acompanhou a divergência suscitada pelo ministro Marco Aurélio:

O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado “direito ao esquecimento”, não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Ora, se essas condenações não mais se prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que são o menos.

Em seu voto, também divergente, o ministro Gilmar Mendes asseverou, mencionando **Zaffaroni e Pierangeli**, que “levando em conta a proibição constitucional às penas perpétuas (art. 5º, XLVII, b, CF) e o devido respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), não é possível admitir que *o autor de um delito perca a sua condição de pessoa, passando a ser um indivíduo ‘marcado’, ‘assinado’, estigmatizado pela vida afora, reduzido à condição de marginalizado perpétuo*’.

Não obstante, fixada a tese, restou pacificado o tema entre as Cortes Superiores, de que não se aplica para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal³⁹.

38. Acompanham o voto do ministro relator, Roberto Barroso, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Luiz Fux. A divergência ficou por conta dos ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Dias Toffoli. Não participou do julgamento o ministro Celso de Mello.

39. Apesar da relevância do tema deliberado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, impera registrar que, ao menos na visão do STJ, é possível flexibilizar sua aplicação, a depender

➔ **Súmula 545 - STJ:** Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

Sabemos que a confissão é uma circunstância genérica atenuante da pena, prevista no artigo 65, III, “d” do CPB⁴⁰, e observada na segunda fase da dosimetria da pena. O dispositivo parte do seguinte pressuposto, se o agente confessa espontaneamente, ou seja, reconhecendo a autoria do crime, motivado por sua própria vontade de colaborar com a persecução criminal – *livre de qualquer coação* –, ensejaria a atenuação da pena, sendo esta de incidência obrigatória. Além disso, a confissão possui natureza objetiva, de modo que a sua constatação independe de subjetivismo do julgador!

Sendo assim, perceba que a confissão é um fato processual que gera um ônus e um bônus para o réu. O ônus está no fato de que isso será utilizado contra ele como elemento de prova no momento da sentença. O bônus foi concedido pela lei e consiste na atenuação de sua pena. Não seria justo que o julgador utilizasse

das peculiaridades do caso concreto, **especialmente quando a condenação pretérita for extremamente antiga e a ausência de particular gravidade do delito que a gerou.** Nessa perspectiva, a Corte apontou que “embora, recentemente, tenha o Supremo Tribunal Federal decidido, ao julgar o RE 593.818 RG, que não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal, **tal compreensão, em nome da razoabilidade e dos fins do Direito Penal, e das peculiaridades do caso concreto** – que o distinguem em relação ao precedente – **deve ser relativizado, de sorte a afastar registro anterior do acusado, quando, dado o longo tempo transcorrido (trânsito em julgado há 17 anos) e a ausência de particular gravidade (crime de furto), não pode denotar o excessivo relevo atribuído pelas instâncias de origem.** A imposição de uma sanção penal representa o mais invasivo grau de interferência estatal na liberdade do indivíduo, o que, de plano, exige que a atividade concretamente punitiva – mais do que abstratamente sancionadora – se dê, sempre, em caráter de excepcionalidade, nos casos em que seja realmente necessário punir o infrator da lei penal, e punir na medida certa, sem acréscimos ou malefícios que não derivem da estrita necessidade, como já dispunha, em 1789, o art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...”). O Direito Penal é ciência humana, vinculada à realidade e desta não pode se desprender na sua interpretação e aplicação, dadas as consequências extremamente gravosas no âmbito da liberdade e da personalidade do indivíduo. Diante das peculiaridades deste caso concreto relativas às anotações anteriores do paciente, há de ser afastada a desfavorabilidade da circunstância judicial relativa aos antecedentes. Uma vez afastada a conclusão de que o paciente possui maus antecedentes, e porque ele é tecnicamente primário, possuidor de bons antecedentes e não há, nos autos, elementos concretos a evidenciar sua dedicação a atividades delituosas ou integração em organização criminosa, é de se lhe aplicar a minorante prevista no § 4o do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. E, visto que a quantidade de drogas apreendidas não foi elevada, mostra-se adequada e suficiente a redução de pena no patamar máximo de 2/3 (STJ, HC 567.164, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 13/10/2020).

40. Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

a confissão apenas para condenar o réu, sem lhe conferir o bônus, qual seja, o reconhecimento da confissão e a aplicação da atenuante.⁴¹

Nesse sentido, a inteligência do entendimento sumulado ora comentado assevera que, se houve utilização da confissão para condenar, há de se aplicar a atenuante da confissão, seja ela total, parcial, qualificada ou retratada.

Sobre o tema da confissão, vale conhecer o **Enunciado nº 3** da I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, vinculado ao STJ:

Enunciado 3: A inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.

VAMOS COMPLEMENTAR?

Citamos acima as modalidades de confissão: total, parcial, qualificada e retratada. Vamos conhecer um pouco?

A **confissão total** é aquela já conhecida, quando o agente confessa ter praticado exatamente aquela prática delituosa pela qual foi acusado.

Sobre a **confissão parcial**, seria o caso de alguém que confessa parcialmente a conduta imputada. Aproveitemos julgado publicado no Informativo 569 do STJ como exemplo:

DIREITO PENAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. **O fato de o denunciado por furto qualificado pelo rompimento de obstáculo ter confessado a subtração do bem, apesar de ter negado o arrombamento, é circunstância suficiente para a incidência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP).** Isso porque, consoante entendimento sufragado no âmbito do STJ, mesmo que o agente tenha **confessado parcialmente** os fatos narrados na exordial acusatória, deve ser beneficiado com a atenuante genérica da confissão espontânea (HC 322.077-SP, Quinta Turma, DJe 3/8/2015; e HC 229.478-RJ, Sexta Turma, DJe 2/6/2015). HC 328.021-SC, **Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ-PE), julgado em 3/9/2015, DJe 15/9/2015.**

Veja que o agente confessa o furto, mas nega o arrombamento. Por outras palavras, a confissão parcial é aquela quando o agente confessa o ato ilícito, mas nega eventuais qualificadoras ou causas de aumento.

Seguindo o raciocínio, atentemos para a chamada **confissão qualificada**. Ela nada mais é do que a situação em que o agente reconhece espontaneamente (sem ser constrangido) a prática de um fato típico perante autoridade, porém, concomitantemente, alega motivo etiquetado como (i) excludente da ilicitude

41. ACR 0021975-81.2008.4.01.3800, Juíza Federal Carina Cátia Bastos De Senna, TRF1 - Quarta Turma, E-Djfl 03/10/2018.

– estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito – ou de (ii) culpabilidade em sua defesa – são as chamadas *dirimentes*: imputabilidade, erro de proibição inevitável, coação moral irresistível e obediência hierárquica à ordem não manifestamente ilegal.

Por fim, a **confissão retratada** é nada mais nada menos do que a situação na qual o agente, que anteriormente tinha confessado a prática do ilícito, passa a negá-lo, retratando-se.

Ora, de acordo com a **Súmula 545 do STJ**, caso a confissão (*mesmo parcial, qualificada ou retratada*) seja utilizada no convencimento do julgador, ela será idônea a gerar a redução!

Isso é bastante relevante, pois há julgados do Supremo Tribunal Federal (*antes da Súmula do STJ*) **asseverando posição em sentido contrário em relação à confissão qualificada e a confissão retratada**⁴².

O entendimento desse verbete só não vem sendo aplicado totalmente em relação ao crime de tráfico de drogas, quando o réu reconhece a propriedade da droga, mas sustenta se tratar de crime diverso (porte para consumo próprio). No entanto, para aprofundamento desse tema, indicamos a leitura e o estudo da **Súmula 630 do STJ**⁴³.

COMO CAIU NA SUA PROVA

FCC (DPE-BA 2021): Sobre a confissão, é correto afirmar: Ainda que parcial, atenua a pena, se utilizada para dar suporte à condenação. (*Certo*)

VUNESP (TJ-RJ 2019): A doutrina denomina “confissão qualificada” aquela em que o acusado: *a*) admite a prática criminosa, mas alega, em sua defesa, alguma causa que o beneficia, como uma excludente de ilicitude. (*Certo*); *b*) não só confessa os fatos cometidos por si, mas também aponta os demais coautores ou partícipes da empreitada criminosa (*Errado*); *c*) fica em silêncio; contudo, tal modalidade não fora recepcionada pela Constituição de 1988, que garante nenhum prejuízo ao acusado nesses casos (*Errado*); *d*) colabora ativamente com a apuração do crime, inclusive interrompendo ou impedindo que os fatos se consumem

42. “A confissão qualificada não é suficiente para justificar a atenuante prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal (Precedentes: HC 74.148/GO, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 17/12/1996 e HC 103.172/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 24/09/2013)” (HC 119671, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 05/11/2013).

“A retratação em juízo da anterior confissão policial obsta a invocação e a aplicação obrigatória da circunstância atenuante referida no art. 65, inc. III, alínea ‘d’, do Código Penal” (HC 118375, Relator(a): Cármen Lúcia, Segunda Turma, Julgado Em 08/04/2014, Processo Eletrônico Dje-125 Divulg 27-06-2014 Public 01-07-2014).

43. Súmula 630 do STJ: A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.

(*Errado*); e) se retrata da negativa dos fatos ocorrida perante a autoridade policial e admite-os espontaneamente perante o magistrado (*Errado*).

CESPE (DPE-DF 2019): A confissão espontânea na delegacia de polícia retratada em juízo deverá ser considerada atenuante da confissão espontânea, ainda que o magistrado não a utilize para fundamentar a condenação do réu. (*Errado*)

CESPE (TJ-BA 2019): A confissão qualificada, na qual o réu alega em seu favor causa descriminante ou exculpante, não afasta a incidência da atenuante de confissão espontânea. (*Certo*)

CESPE (TJ-BA 2019): A confissão espontânea em delegacia de polícia pode servir como circunstância atenuante, desde que o réu não se retrate sobre essa declaração em juízo. (*Errado*)

FCC (DPE-MA 2018): A confissão qualificada, ainda que utilizada como elemento de convicção do magistrado, não servirá para atenuar a pena. (*Errado*)

TRF 3ª Região (Juiz Federal 2018): A confissão do acusado não poderá ser levada em consideração na dosimetria da pena se for alegada alguma causa excludente de antijuridicidade ou culpabilidade (confissão qualificada). (*Errada*)

CESPE (DPE-RN 2015): A respeito de arrependimento posterior, crime impossível, circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, assinale a opção correta à luz da legislação e da jurisprudência do STJ. Na hipótese de o autor confessar a autoria do crime, mas alegar causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, não se admite a incidência da atenuante da confissão espontânea, descrita no art. 65, III, d, CP. (*Errado*)

É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. (*REsp 1341370/MT, 17.04.2013*)

▲ Recurso Repetitivo • Tema 585/STJ

É HORA DA ATUALIZAÇÃO!

Não se trata de novo tema aprovado na sistemática de repetitivos, mas sim um aperfeiçoamento e nova redação, para adaptar a tese à realidade atual. Vamos explicar.

Como afirmávamos nas 3 primeiras edições do livro, em 2013, a 3ª Seção da Corte aprovava, na sistemática de repetitivos a seguinte premissa:

"É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

É importante destacar a raiz da conclusão da Corte Superior. De acordo com o art. 67 do Código Penal Brasileiro, **"no concurso de agravantes e atenuantes**, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas **circunstâncias preponderantes**, entendendo-se como tais as que resultam dos **motivos** determinantes do crime, da **personalidade** do agente e da **reincidência**.

Dessa maneira, além da reincidência que é expressamente preponderante, há a compreensão de que a confissão espontânea é um importantíssimo traço revelador da personalidade do imputado, razão pela qual também é norteadada pela preponderância.

Assim, estaríamos diante da chamada **equivalência de circunstâncias preponderantes**, o que fundamenta a posição do STJ de que uma teria o condão de neutralizar a outra, culminando com a inexistência de aumento ou de diminuição no caso concreto.

Registre-se, porém, que essa compreensão não é uniforme e pacífica. Ao menos, não no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Em alguns julgados, a Suprema Corte anotou que "nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. (...) **a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada** (RHC 120.677). Diante da divergência, é preciso **cuidado redobrado** na hora da prova, mas – se não houver a ressalva do STF, deverá prevalecer o entendimento do STJ, em razão da sistemática de repetitivos adotada⁴⁴.

Realizada essa introdução, vale destacar que o próprio STJ sempre admitiu casuisticamente alguma temperança e mitigação dessa tese de compensação. Isso se dava expressamente nos casos de **(i) réu multirreincidente⁴⁵ ou (ii) reincidente específico⁴⁶, quando prevalecerá a reincidência (STJ, HC 334.558/SP).**

44. Apesar de ter entendido que, por demandarem exame prévio da legislação infraconstitucional, as questões relativas à individualização e à dosimetria da pena configuram ofensa reflexa ao texto constitucional, concluindo pela ausência de repercussão geral da questão alusiva à possibilidade ou não da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, (RE 983765, 15.12.2016), o STF possui julgados pela preponderância da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, como visto anteriormente. A título de exemplo, "**a agravante reincidência prevalece sobre a confissão – artigo 67 do Código Penal**" (RHC 141519, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 31/08/2020).

45. Agente que possui três ou mais condenações transitadas em julgado.

46. Quando os delitos perpetrados são da mesma natureza – espécie –, apresentarem elementares fundamentais comuns, inclusive previstos no mesmo dispositivo.

Recentemente, ao julgar o **RESP 1.931.145**, a 3ª Seção da Corte, através do Ministro Sebastião Reis Jr. (Relator), anotou que “apenas nos casos de multirreincidência deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do CP, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. (...) **É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não.** Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, **sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade**”.

De acordo com a orientação agasalhada, a simples reincidência é reprovada por lei com intensidade, uma vez que revela um presumível desprezo à legislação vigente, denotando uma “*tendência antissocial*”. Portanto, calcando-se na individualização da pena, é necessário conferir um agravamento penal do réu nos casos de multirreincidência, o que evidencia maior reprovabilidade do comportamento e devendo preponderar em face à confissão.

Diante da aceitação do colegiado quanto a esse raciocínio, os membros da 3ª Seção concluíram pela necessidade de atualizar a tese firmada no TEMA 585. Doravante, a tese restará assim consagrada:

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade” (NOVA REDAÇÃO DO TEMA 585).

COMO CAIU NA SUA PROVA

CESPE (TJ-BA 2019): A múltipla reincidência não afasta a necessidade de integral compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, haja vista a igual preponderância entre as referidas circunstâncias legais. (*Errado*)

CESPE (MPE-RR 2017): Não se admite compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. (*Errado*)

TRF 2ª Região (Juiz Federal 2017): É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, não havendo preponderância. (*Certo*)