

ROGÉRIO SANCHES CUNHA



MANUAL DE
DIREITO PENAL

VOLUME ÚNICO

PARTE GERAL
(arts. 1º ao 120)

13^a
edição

revista
atualizada
ampliada

2024

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

É importante notar que as qualificadoras não fazem parte das etapas de fixação da pena, pois integram o preceito secundário do tipo penal e, deste modo, são consideradas como ponto de partida para a dosimetria da pena. Assim, se no crime de homicídio simples a aplicação da pena parte dos limites de 6 a 20 anos, no homicídio qualificado o cálculo da reprimenda penal parte da pena de 12 a 30 anos, sobre a qual incidirão as circunstâncias de cada uma das três etapas.

O método trifásico de aplicação da pena tem por objetivo **viabilizar o exercício do direito de as partes (acusação – incluindo a vítima – e defesa)** conhecerem com exatidão os parâmetros que conduziram o juiz à determinação da reprimenda.

Depois de calculada a pena privativa de liberdade, deve o Magistrado anunciar o regime inicial para seu cumprimento, bem como a possibilidade (ou não) de substituição da pena por medidas alternativas (restritivas de direitos, multa ou suspensão condicional da execução da pena – *sursis*).

Em síntese:

| Sistema Trifásico | | |
|---|---|---|
| Preceito Secundário Simples /Preceito Secundário Qualificado | | |
| 1ª FASE: fixar a pena-base atentando-se para as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) | 2ª FASE: fixar a pena intermediária, considerando as agravantes (arts. 61 e 62 do CP) e atenuantes (arts. 65 e 66 do CP). | 3ª FASE: fixar a pena definitiva, aplicando as causas de aumento e diminuição de pena |
| * Fixada a pena definitiva, deve o Juiz anunciar o regime para seu inicial cumprimento * Por fim, deve aquilatar os requisitos que permitem: (A) substituição da pena privativa de liberdade por sanção alternativa ou (B) a suspensão condicional de execução da pena (<i>sursis</i>) | | |

Vejamos cada uma das etapas.

3. PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA

Como já alertado, a primeira etapa de aplicação da sanção privativa de liberdade tem por **finalidade fixar a pena-base**, partindo do preceito secundário simples ou qualificado³ estampado no tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: *culpabilidade, antecedentes, conduta social,*

3. Caso exista mais de uma circunstância qualificadora do crime (por exemplo, furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e concurso de pessoas, art. 155, § 4º, I, e IV, do CP), somente uma delas deverá ser aplicada como ponto de partida, ficando a outra relegada **(A)** à segunda fase de aplicação da pena, caso encontre previsão legal em uma das circunstâncias agravantes dos artigos 61 ou 62 do Código Penal, ou **(B)** à análise em sede de circunstâncias judiciais, ainda na primeira fase. A respeito, confira-se entendimento do STJ: “Havendo mais de uma qualificadora do delito, é possível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, seja para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo” (AgRg no AREsp 830.554/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 20/09/2018).

*personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima*⁴⁻⁵⁻⁶.

Nota-se que o Código Penal não fixou o *quantum* de aumento para as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado. Esse montante, portanto, fica a critério do juiz, que deverá sempre fundamentar a sua decisão.⁷

A pena-base fixada acima do mínimo sem fundamentação dá ensejo à anulação da sentença nesse ponto. A instância superior deve reconhecer a nulidade e remeter os autos para que o juiz proceda à nova aplicação da pena, desta vez de forma motivada.

Note-se que o art. 315 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), dispõe que **não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução**

4. Adotando a Constituição Federal um direito penal garantista, compatível, unicamente, com um direito penal do fato, temos doutrinadores criticando as circunstâncias subjetivas constantes do artigo 59 do CP. Aliás, seguindo essa linha crítica, o projeto do novo CP (ainda em discussão no Congresso) aboliu tais circunstâncias do artigo em comento. Ousamos discordar. Como estudamos no capítulo dos princípios do Direito Penal, adotamos um direito penal do fato (só fatos humanos exteriorizados pelo agente podem ser incriminados), mas, no momento da punição, não se pode ignorar o rol de condições pessoais do agente do fato, garantindo, com isso, a tão desejada justa individualização da pena, mandamento constitucional (art. 5º, XLVI). Com o advento da Lei 10.792/03, o magistrado conquistou importante instrumento na (árdua) tarefa de extrair do processo em julgamento as circunstâncias relacionadas no art. 59 do CP. O interrogatório judicial, com a referida Lei, foi dividido em duas partes, sendo que na primeira o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais (art. 187, § 1º, do CPP). Note-se que as indagações refletem o “roteiro” traçado pelo Código Penal para a fixação da pena-base.
5. A respeito das circunstâncias judiciais, decidiu o STF: “Descabe considerar como circunstância judicial negativa o bem protegido pelo próprio tipo penal. PENA – DOSIMETRIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL – CRIME SOCIETÁRIO – DIRIGENTE. O fato de o acusado ser dirigente da pessoa jurídica atrai a responsabilidade penal, não podendo servir, a um só tempo, à exacerbação da pena presentes as circunstâncias judiciais” (HC 106.380, Primeira Turma, DJe 01/08/2013).
6. Em virtude da obrigação de individualização, o juiz não pode, nos casos de concurso de agentes, aplicar a pena em bloco, isto é, uma só pena para todos os acusados. É preciso singularizar e aplicar as penas adequadas a cada um dos agentes. O STJ, no entanto, firmou a tese de que é possível, diante das circunstâncias e das características pessoais idênticas, fazer referência a elas apenas uma vez sem que isso caracterize ofensa ao princípio da individualização: “Não se constata qualquer irregularidade ou ausência de fundamentação concreta no fato de a Corte Estadual haver analisado as circunstâncias judiciais de forma conjunta para todos os réus, pois, havendo similitude entre as suas situações jurídicas, exatamente como na espécie, o julgador não é obrigado a realizar uma dosimetria para cada um deles.” (HC 376.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/05/2017).
7. Se, embora fundamentado o aumento, alguma circunstância é afastada pela segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, porque valorada erroneamente pelo juiz, o tribunal deve promover a redução proporcional da pena, sob pena de acabar atribuindo peso maior às demais circunstâncias mantidas e provocar a *reformatio in pejus*, vedada pelo art. 617 do CPP (STJ: EDv nos EREsp 1.826.799/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 08/09/2021).

ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.⁸

Da simples leitura do novo dispositivo – reprodução fiel do art. 489, §1º, do CPC –, conclui-se que a decisão deve fugir ao lugar comum, evitando frases feitas, verdadeiros “carimbos” que permitem sua reprodução em série, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem o mínimo de individualização. Deve ficar evidente o porquê de o juiz ter tomado aquela decisão. Nessa linha de raciocínio, menções genéricas às circunstâncias judiciais são repugnadas. Não basta afirmar, por exemplo, que a culpabilidade do autor do crime é acentuada; ou que as circunstâncias do crime demonstram sua gravidade. É preciso apontar por que determinado indivíduo agiu de forma mais reprovável e por que o crime é mais grave do que o normal.⁹

Decisões que se limitam a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos retratam, na realidade, pseudofundamentação, e por isso devem ser reprovadas. Se a decisão tem como único ou principal fundamento o precedente, seja ele obrigatório ou apenas persuasivo, e não estabelece o necessário *distinguishing*, deve ser considerada nula por falta de fundamentação (ou fundamentação deficiente).

Do mesmo modo, merece censura a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. É que, tratando-se de precedente vinculante, para que o julgador possa deixar de aplicá-lo é necessário que especifique quais diferenças entre os casos julgado e em julgamento tornam inadequada essa aplicação (*distinguishing*), ou, sendo competente para isso, que indique

8. O inciso V do art. 564 do CPP, inserido pela mesma lei, dispõe ser nula a decisão carente de fundamentação.

9. Sobre o tema, o STJ firmou a tese de que o aumento deve ser fundamentado em circunstâncias que extrapolem os elementos inerentes ao tipo penal: “O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.” (AgRg no HC 460.900/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23/10/2018).

a superação do entendimento anterior (*overruling*) ou a limitação de sua abrangência (*overriding*).

Devidamente fundamentada a necessidade do aumento, a jurisprudência sugere 1/6 para cada circunstância presente;¹⁰ a doutrina, 1/8. De todo modo, nesta etapa, **o juiz está atrelado aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário da infração penal (art. 59, II, CP), não podendo suplantá-los.

Dentro desse espírito, o magistrado sentenciante deve partir da pena mínima para, reconhecendo presente circunstância desfavorável ao réu, dirigir-se na direção da pena máxima. Não havendo circunstâncias judiciais relevantes (ou presente somente circunstâncias favoráveis), a pena base deverá ser fixada no mínimo legal (respeitando, sempre, o limite mínimo trazido pelo preceito punitivo). A pena-base somente se afastará do patamar mínimo se estiverem presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis.¹¹⁻¹²

10. AgRg no HC 666.815/PA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01/06/2021.

11. O STJ decidiu que o juiz não é obrigado a mencionar pelo nome a circunstância judicial utilizada para aumentar a pena. Sua obrigação consiste em fundamentar o aumento em aspectos que encontrem correspondência concreta nos fatos julgados: [...] 2. Se existe uma circunstância judicial específica destinada à valoração do passado desabonador do réu (antecedentes), revela-se uma imprecisão intitulá-la de personalidade ou de conduta social negativas. 3. Todavia, não se pode perder de vista que a dicção legal não impõe ao julgador a obrigatoriedade de nomear as circunstâncias legais. O que é cogente na tarefa individualizadora da pena-base é indicar peculiaridades concretas dos autos, relacionadas às oito vetoriais do art. 59 do CP. Se a sentença mencionar várias condenações definitivas anteriores do réu para aumentar a sanção básica, sem dar título algum à circunstância, não haverá vício no decurso. 4. As instâncias ordinárias mencionaram cinco condenações definitivas da paciente como justificativa para o recrudescimento da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Entretanto, os registros não foram corretamente designados como maus antecedentes, mas sim como conduta social. O erro do pronunciamento está relacionado somente à atecnia na nomeação da circunstância legal. Assim, em habeas corpus, deve ser corrigida a palavra imprópria, para que o dado concreto levado em conta pelo juiz seja chamado de maus antecedentes. 5. A motivação da decisão (anotações criminais anteriores), que permitiu ao operador do direito expor a razão da escolha da sanção ao fato sob julgamento e possibilitou à defesa compreender e fiscalizar sua atuação, permanece hígida. O fundamento está relacionado à justa reprovação e prevenção do crime e não pode, portanto, ser desconsiderado apenas porque houve imprecisão na sua classificação, caso contrário seria conferido à ré, em igual intensidade, a mesma retribuição cabível aos agentes neófitos em práticas ilícitas, o que afrontaria o princípio da igualdade" (HC 501.144/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 10/03/2020).

12. Caso o juiz reconheça circunstâncias judiciais desfavoráveis e a segunda instância, atendendo a recurso exclusivo da defesa, afaste alguma delas, é obrigatória a redução proporcional da pena: "No acórdão embargado, o entendimento da Sexta Turma do STJ é no sentido de que "se em ação ou recurso exclusivo da defesa, for afastado o desvalor conferido a circunstâncias judiciais equivocadamente negativas, a pena-base deverá necessariamente ser reduzida, ao invés de se manter inalterada, pois proceder de maneira diversa implicaria o agravamento do *quantum* anteriormente atribuído a cada vetorial" (AgRg no HC 493.941/PB, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/05/2019). Por sua vez, no acórdão paradigma, entende a Quinta Turma desta Corte que a adoção de novos fundamentos pelo Tribunal de origem, mantido o *quantum* da pena fixado pelo Juízo de primeiro grau, não viola o art. 617 do CPP (AgRg no REsp 1.853.139/PA, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/5/2020). Não obstante, nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, a reforma prejudicial

E se ficar constatado o concurso entre circunstâncias judiciais favoráveis e desfavoráveis?

Diz a doutrina que o magistrado deve invocar, por analogia, o artigo 67 do Código Penal (aplicando a preponderante)¹³. Concordamos com o raciocínio, desde que, no entanto, favoreça o réu, pois se o prejudicar, estaremos diante de analogia *in malam partem*, clara violação ao princípio da legalidade.

Vamos resumir (e concluir) o tema com exemplos:

Imaginemos um homicídio qualificado (pena de 12 a 30 anos). Não havendo circunstâncias judiciais relevantes, a pena-base deve ser fixada no mínimo (12 anos); só havendo circunstâncias judiciais favoráveis, pena-base também deve ser imposta no mínimo (12 anos), pois, nesta fase, o juiz está atrelado **aos limites mínimo e máximo** abstratamente previstos no preceito secundário; só havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo, sendo que o **quantum de aumento fica a critério do juiz, demandando fundamentação** (12 anos + 1/6 = 14 anos); por fim, no concurso de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis, é possível aplicar o art. 67 do CP, por analogia, desde que não prejudique o réu.

3.1. Culpabilidade do agente

Deve ser alertado, desde logo, que a circunstância judicial da “culpabilidade” nada tem a ver com a “culpabilidade” terceiro substrato do crime. Cuida-se, na verdade, do maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do agente. Com base nesse raciocínio, o STJ decidiu que “encontra-se fundamentada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois as instâncias ordinárias consignaram que a quadrilha da qual fazia parte o Paciente “se destinava a realizar blitz com intuito de achacar motoristas e efetuar prisões ilegais deles com o fim de obter vantagem econômica, bem como torturar (crime equiparado a hediondo) presos ou pessoas que estavam sob a sua guarda”, o que empresta à conduta do Paciente especial reprovabilidade e não se afigura inerente ao próprio tipo penal”¹⁴⁻¹⁵.

somente poderá ocorrer na hipótese de previsão legal de recurso de ofício, em que se devolve ao Tribunal de Justiça todo o conhecimento da matéria, assim como nas situações em que houver recurso da acusação. Desse modo, afastada pelo Tribunal local uma circunstância judicial negativa reconhecida no édito condenatório, imperiosa é a redução proporcional da reprimenda básica. Isso, porque a proibição de reforma para pior não admite, em caso de recurso exclusivo da defesa, seja agravada a situação do recorrente, direta ou indiretamente” (STJ: EREsp 1.826.799/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Rel. Acđ. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, j. 08/09/2021).

13. Art. 67 – No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.
14. HC 164.189/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 27/08/2013.
15. Para Luiz Flávio Gomes e Antonio Molina, essa circunstância impõe ao juiz observar “a posição do agente frente ao bem jurídico violado: **(A)** de menosprezo total (que se dá no dolo direto); **(B)** de indiferença (que ocorre no dolo eventual) e de **(C)** descuido (que está presente nos crimes culposos)” (Ob. cit., vol. 2 p. 514).

Na mesma linha, há inúmeras outras decisões do STJ em que a culpabilidade acen- tuada tem sido admitida para exasperar a pena:

“O fato de o agente ter se aproveitado, para a prática do crime, da situação de vulnerabilidade emocional e psicológica da vítima decor- rente da morte de seu filho em razão de erro médico pode constituir motivo idôneo para a valoração negativa de sua culpabilidade. De fato, conforme entendimento do STJ, ‘é possível a valoração negati- va da circunstância judicial da culpabilidade com base em elementos concretos e objetivos, constantes dos autos, que demonstrem que o comportamento da condenada é merecedor de maior reprovabilida- de, de maneira a restar caracterizado que a conduta delituosa extra- polou os limites naturais próprios à execução do crime’”.¹⁶

“O cometimento de estelionato em detrimento de vítima que co- nhecia o autor do delito e lhe depositava total confiança justifica a exasperação da pena-base. De fato, tendo sido apontados argu- mentos idôneos e diversos do tipo penal violado que evidenciam como desfavoráveis as circunstâncias do crime, não há constrangi- mento ilegal na valoração negativa dessa circunstância judicial (HC 86.409-MS, Sexta Turma, DJe 23/10/2014)”.¹⁷

“1. Conforme disposto na decisão ora recorrida, quanto à culpabi- lidade, – conduta do réu extremamente reprovável, porquanto mos- trou ter uma conduta premeditada e fria ao abordar a vítima em plea- na via pública e em horário de grande movimentação – tem-se que o fundamento apresentado é idôneo, pois houve a apresentação de elementos atinentes ao caso em concreto aptos a justificar a negati- vação de tal circunstância. 2. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos autos, a premeditação do crime permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar res- posta penal superior (...). 3. A culpabilidade foi corretamente ava- liada como desfavorável, isso porque a jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que ‘a premeditação e o preparo do crime são fundamentos válidos a exasperar a pena-base, especialmente no que diz respeito à circunstância da culpabilidade’”.¹⁸

“Na primeira fase da dosimetria, a culpabilidade foi valorada ne- gativamente pelo fato de que as ameaças foram lançadas quando a

16. HC 264.459/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 16/3/2016.

17. HC 332.676/PE, Rel. Min. Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), DJe 3/2/2016.

18. AgRg no REsp 1.753.304/PA, Sebastião Reis Júnior, j. 16/10/2018.

vítima se encontrava com seu filho menor de idade, circunstância que revela maior desvalor na conduta do acusado.”¹⁹

“A utilização, por bacharel em direito, de seus conhecimentos acerca do exame da OAB para participar de esquema de fraude a essa seleção justifica a valoração negativa da culpabilidade do agente.”²⁰

“Tem-se por justificado o trato negativo da vetorial culpabilidade diante do fato de o réu ser praticante de artes marciais, o que, em se considerando os princípios éticos da prática desportiva, de não utilização da violência salvo em casos extremos, justifica validamente a exasperação da pena-base, porquanto evidencia maior reprovabilidade da conduta, sendo imprópria, de todo modo, a revisão do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias na estreita via do especial²¹.”

3.2. Antecedentes do agente

Esta circunstância judicial representa a vida pregressa do agente, sua vida antes do crime (fatos posteriores não são considerados **nesta etapa**).

Num Estado Democrático norteado pelo princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), **inquéritos policiais em andamento** ou **já arquivados** (não importando o motivo) não devem ser considerados como maus antecedentes. O mesmo raciocínio se aplica às **ações penais em curso**²² ou **já encerradas com decisão absoluta** (não importando o seu fundamento)²³. Essa conclusão está consolidada na Súmula

19. AgRg no AREsp 1.964.508/MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 29/03/2022.

20. AgRg no AREsp 2.101.521/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18/10/2022.

21. AgRg no AREsp 2.053.119/SC, Rel. Min. Jesuíno Rissato (desembargador convocado do TJDF), j. 27/06/2023.

22. O STJ chegou a admitir que as ações penais em curso afastassem a causa de diminuição de pena no tráfico de drogas (AgRg no HC 515.327/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 22/10/2019). A Terceira Seção do tribunal, no entanto, decidiu que somente a existência de ações penais contra o acusado por tráfico não pode impedir a minorante, diante do princípio da presunção de inocência (REsp 1.977.027/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 10/08/2022). Ações penais em andamento podem ter efeito na pretensão de registro de loteamentos e desmembramentos, pois o art. 18, inc. III, c, da Lei 6.766/79 exige que sejam apresentadas certidões negativas de ações penais relativas a crimes contra o patrimônio e contra a Administração Pública. Considera-se que não há ofensa à presunção de inocência, tratando-se apenas de uma precaução em relação a quem deve ser considerado legitimado para promover o parcelamento do solo. É uma limitação administrativa semelhante a várias outras que o agente pode sofrer após o recebimento da denúncia.

23. Segundo reiteradas decisões do STJ, embora as informações sobre inquéritos policiais arquivados e ações penais em que tenha havido absolvição ou extinção da punibilidade não possam ser elencadas em folha de antecedentes, não é possível exigir que essas informações sejam excluídas do banco de dados de institutos de identificação pessoal: “O Superior Tribunal de Justiça já enfatizou, em sucessivas decisões, que as anotações referentes a inquéritos e ações penais, em que houve absolvição ou extinção da punibilidade, conquanto não possam ser mencionadas na folha de antecedentes criminais, nem mesmo em certidão extraída dos livros em juízo, não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação, porque tais registros comprovam fatos e situações

nº 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. O Supremo Tribunal Federal, julgando recurso extraordinário com repercussão geral (591.054), decidiu que inquéritos e ações penais em curso não podem ser utilizados na definição dos antecedentes criminais²⁴.

Os atos infracionais e eventuais passagens pela Vara da Infância e Juventude também não são considerados para fins de antecedentes criminais do sentenciado. A imposição de medidas de proteção ou socioeducativas pode servir para balizar futuras medidas da mesma natureza caso o menor volte a cometer atos infracionais. O art. 122, inc. II, por exemplo, estabelece a possibilidade de internação “por reiteração no cometimento de outras infrações graves”. Mas a imposição dessas medidas não pode, na qualidade de maus antecedentes, influenciar a aplicação da pena-base em infração penal cometida após a maioridade, pois, não obstante o ato cometido pelo inimputável seja correspondente (semelhante) a um ilícito penal, as medidas impostas a ele têm sobretudo o propósito educativo, não se inserem nas clássicas finalidades da pena criminal.

São igualmente incapazes de gerar maus antecedentes as transações penais efetuadas pelo agente antes de cometer o crime pelo qual está sendo condenado. Em razão do caráter despenalizador da transação, o próprio art. 76 da Lei 9.099/95 estabelece, no § 4º, que, aceita a proposta, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que é registrada apenas e tão somente para impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de cinco anos. Além disso, segundo o § 6º, a transação penal “não constará de certidão de antecedentes criminais”, justamente porque não pode ser encarada como mau antecedente.

Consideradas, portanto, as características da transação penal, o STJ firmou a tese de que seu registro não pode fundamentar o aumento da pena-base por maus antecedentes, nem tampouco pode ser considerado na segunda fase de aplicação da pena como agravante:

“2. Na esteira da Súmula 444 do STJ, ações penais em curso ou sem certificação do trânsito em julgado, registro da aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, além de ações penais em que houve a extinção da punibilidade e inquéritos arquivados não podem ser utilizados como maus antecedentes, má

jurídicas e, por essa razão, não devem ser apagados ou excluídos, observando-se que essas informações estão protegidas pelo sigilo” (AgRg no REsp 1.751.708/SP, j. 05/02/2019).

24. Essa orientação, firmada em dezembro de 2014, tende a ser novamente objeto de discussão. Isso porque, em sessão plenária no dia 24 de junho de 2015, o tribunal, julgando dois habeas corpus nos quais se discutia a validade do aumento da pena em decorrência de inquéritos policiais e ações penais em curso (94.620 e 94.680), aplicou o entendimento firmado no recurso extraordinário, mas vários dos ministros ressaltaram que somente o faziam em respeito ao princípio da colegialidade, ou seja, decidiam contrariamente a seu posicionamento pessoal para prestigiar a orientação plenária. Mas a ministra Cármen Lúcia votou pelo indeferimento dos habeas corpus ressaltando que o princípio da colegialidade impõe aos ministros que se submetam à orientação antes firmada apenas nas decisões individuais e naquelas tomadas pelas Turmas. Para a ministra, se o tema voltar ao Pleno, nada impede novo debate. Considerando a ressalva de entendimento pessoal feita por outros ministros, é possível que o tribunal volte a se debruçar sobre o mesmo assunto e modifique a orientação firmada no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054.

conduta social ou personalidade desajustada para fins de elevação da pena-base'. 3. Afasta-se a exasperação da pena-base imposta ao condenado pelo crime de furto (1 ano e 6 meses de reclusão) quando, em flagrante descompasso com aquele enunciado sumular, for considerado como antecedentes criminais ações não definitivamente julgadas e feitos já baixados, em que houve transação penal e suspensão condicional do processo".²⁵

Também não há maus antecedentes em virtude da celebração do acordo de não persecução penal de que trata o art. 28-A do CPP. Como dispõe o § 12 do art. 28-A, a celebração e o cumprimento do acordo não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para verificar se, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, o agente já foi beneficiado em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Não há, portanto, efeitos sobre a aplicação de pena futura.

Então o que configura maus antecedentes?

Somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência (arts. 61, I, e 63, ambos do CP), seja pelo decurso do prazo de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP), seja pela condenação anterior por crime militar próprio ou político (art. 64, II), seja pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito²⁶.

Imaginemos as seguintes situações:

(A) 6 anos depois de cumprir a pena por crime de furto, JOÃO pratica novo crime, agora de roubo. Considerando que o novo crime foi praticado após 5 anos de cumprimento da pena pelo crime anterior, JOÃO não é considerado reincidente (art. 64, I, do CP), mas portador de maus antecedentes;

(B) Condenado por crime que só pode ser praticado por militar, JOÃO pratica um furto, sendo condenado. Sabendo que a condenação por crime militar próprio não gera reincidência (art. 64, II, do CP), será considerado portador de maus antecedentes;

(C) JOÃO está sendo processado por roubo. Pratica furto antes da condenação pelo primeiro crime. Condenado por roubo, será considerado portador de maus antecedentes quando da condenação pelo crime de furto.

A comprovação dos maus antecedentes dispensa a emissão de certidões cartorárias, bastando a folha de antecedentes criminais (súmula 636 do STJ).

25. AgRg no HC 272.522/MG, Rel. Min, Gurgel de Faria, j. 10/03/2015.

26. "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange 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 (STJ – HC 185.894/MG – Sexta Turma – Nefi Cordeiro – Dje 05/02/2016)".

☑ **Existe limitação temporal para a condenação anterior ser considerada para efeitos de maus antecedentes (a exemplo do que já acontece com a agravante da reincidência)?**

Apesar de a maioria responder que não, **Cezar Bitencourt** discorda e explica:

“Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’ fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, *in verbis*: ‘o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência –, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal’²⁷.

A 2ª Turma do STF tem decisões que adotam esse entendimento:

“Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II – Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, *b*, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período de purgação de 5 anos”.²⁸

Mas, seguindo a orientação que vinha sendo desenhada pela 1ª Turma, o plenário do tribunal decidiu, em sede de repercussão geral, que o limite de cinco anos **não se aplica** aos maus antecedentes. Posteriormente, o tribunal ajustou a tese firmada para estabelecer que o aumento não é obrigatório, competindo ao juiz afastá-lo caso o considere desnecessário:

“Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, podendo o julgador, fundamentada e eventualmente, não promover qualquer incremento da pena-base em razão de condenações pretéritas, quando as considerar desimportantes, ou demasiadamente distanciadas no tempo, e, portanto, não necessárias à prevenção e repressão do crime, nos termos do comando do artigo 59 do Código Penal”.²⁹

27. Ob. cit., p. 831-832.

28. HC 142.371/SC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/05/2017.

29. RE 593.818/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 25/04/2023.

O STJ, igualmente, segue a orientação de que o aumento é admissível:

“É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, à luz do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal”.³⁰

O aumento é admissível, não obrigatório em todas as situações nas quais a folha de antecedentes revela condenações passadas. Referindo-se ao direito ao esquecimento, o próprio STJ admite que o juiz avalie a necessidade de aumentar a pena na primeira fase:

“Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, deve ser feita uma valoração com cautela, na primeira fase da pena, para evitar uma condenação perpétua, e ser possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento”.³¹

3.3. Conduta social do agente

Trata-se do comportamento do réu no seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência com os outros.

É por conta do julgamento que se faz da conduta social na aplicação da pena que o réu costuma arrolar, em sua defesa, as chamadas “**testemunhas de beatificação**”, assim consideradas aquelas que nada sabem sobre os fatos, mas que têm contato suficiente com o acusado para depor sobre o seu comportamento pretérito.

Segundo o STJ, condenações passadas não podem ser utilizadas para aumentar a pena com fundamento na conduta social:

“A conduta social diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a coletividade em que está inserido. Conforme o Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (in Código Penal Comentado, 18.^a ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389), “conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora”. 4. Rogério Greco diferencia detalhadamente antecedentes criminais de conduta social. Esclarece o Autor que o Legislador Penal determinou essa análise em momentos distintos porque “os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais”. Especifica, ainda, que as incriminações anteriores “jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento

30. AgRg no AREsp 1.075.711/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18/05/2017.

31. AgRg no HC 613.578/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23/03/2021.

do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais” (in Curso de Direito Penal, 18.^a ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 684) [...] Em conclusão, o vetor dos antecedentes é o que se refere única e exclusivamente ao histórico criminal do agente.”³²

3.4. Personalidade do agente

Cuida-se, aqui, do retrato psíquico do delinquente. De maneira precisa, pontuou o Superior Tribunal de Justiça:

“A circunstância judicial referente à ‘personalidade do agente’ não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor.”³³

Há quem sustente que a correta valoração desta circunstância judicial só pode ser feita mediante estudo psíquico promovido por profissionais da área da saúde mental, pois, no âmbito estrito do processo penal, juízes não são capacitados para analisar traços pessoais cujos conceitos científicos não se encontram no âmbito jurídico, mas no de outras ciências como psicologia e psiquiatria. A tese, no entanto, não tem sido aceita nos tribunais:

“Este Sodalício entende que, para se atestar a personalidade negativa do réu, o magistrado deve utilizar-se de elementos concretos inseridos nos autos, justificantes da exasperação da pena-base cominada, sendo prescindível a realização de laudo pericial para tal constatação”.³⁴

Como tem decidido o STJ, condenações passadas não podem ser valoradas para aumentar a pena-base com fundamento na personalidade voltada para o crime:

“Quanto à personalidade do agente, a mensuração negativa da referida moduladora ‘deve ser aferida a partir de uma análise pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos [...]’ (HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019) (STJ, AgRg no REsp 1918046/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021). ‘São exemplos de fatores positivos da personalidade: bondade, calma, paciência, amabilidade, maturidade, responsabilidade, bom humor, coragem, sensibilidade, tolerância, honestidade, simplicidade, desprendimento material, solidariedade. São fatores negativos: maldade, agressividade (hostil ou destrutiva), impaciência, rispidez, hostilidade, imaturidade, irresponsabilidade, mau-humor, covardia, frieza, insensibilidade, intolerância (racismo,

32. REsp 1.794.854/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 23/06/2021.

33. STJ – Quinta Turma – REsp 513641 – Rel. Min. Felix Fischer – DJ 01/07/2004.

34. STJ: AgRg no REsp 1.406.058/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/04/2018.

(CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “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” (art. 226, § 8º), tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica na censura à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação –, porque, uma vez demonstrada

a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.⁴

2.2. Confisco dos instrumentos e produtos do crime

O artigo 91, II, do Código Penal, relaciona os bens que devem ser perdidos como efeito da condenação:

“São efeitos da condenação:

(...)

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.”

A finalidade do confisco é óbvia: **a)** impedir a propagação dos instrumentos idôneos para a prática de crimes; **b)** não permitir o enriquecimento ilícito do criminoso; **c)** e, por fim, dismantlar as organizações criminosas, destruindo a sua célula nervosa, qual seja, impressionante capacidade financeira (fortuna), ainda que localizada no exterior.

O artigo em comento começa anunciando que devem ser perdidos em favor da União os instrumentos do crime, isto é, os utensílios que serviram ao agente na execução do delito.

Como bem alerta **Bitencourt**, a lei

*“não admite o confisco indistintamente de todo e qualquer instrumento do crime, mas tão somente daqueles instrumentos cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito (art. 91, I, “a”, do CP). Na verdade, confiscam-se aqueles instrumentos que, por sua destinação específica, são usados na prática de crimes, ou cujo uso ou porte sejam proibidos. Com essa previsão, nosso legislador visou evitar o confisco de utensílios profissionais, de trabalho, de estudo, enfim, objetos de uso lícito. Assim, o bisturi do médico, o automóvel que atropela e mata a vítima, a navalha do barbeiro, embora *instrumenta sceleris*, não podem ser confiscados.”*⁵

4. REsp 1643051/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 28/02/2018.

5. Ob. cit., p. 930.

Os instrumentos do crime e os objetos confiscados cuja perda for declarada em favor da União devem ser inutilizados. Pode ocorrer, porém, que, devido à sua raridade ou valor histórico, haja interesse na sua conservação em um museu criminal (art. 124 do CPP). A Lei 12.840/13 dispõe sobre a destinação dos bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus, nas hipóteses que descreve. De acordo com seu artigo inaugural, “Consideram-se disponíveis para serem destinados ao patrimônio dos museus federais os bens de valor cultural, artístico ou histórico que fazem parte do patrimônio da União, nas seguintes hipóteses: I – apreensão em controle aduaneiro ou fiscal, seguida de pena de perdimento, após o respectivo processo administrativo ou judicial; II – dação em pagamento de dívida; III – abandono”.

Movida pelo mesmo espírito, a Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) acrescentou ao CPP o art. 124-A anunciando que, na hipótese de decretação de perdimentos de obras de arte ou de outros bens de relevante valor cultural ou artístico, se o crime não tiver vítima determinada – e esse é o caso, por exemplo, dos crimes vagos, como organizações e associações criminosas – poderá haver destinação a museus públicos. O Museu da Abolição (MAB), em Recife (PE), na exposição “Novos Objetos: Novas Coleções”, exibiu obras integradas ao acervo da casa a partir da contribuição da Receita Federal do Brasil (RFB) – que, amparada na Lei 12.840/13, tem destinado bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus públicos federais. O Museu da Abolição já havia recebido, à época, um total de 118 bens culturais. O conjunto doado incluiu três esculturas, cinco telas de arte contemporânea, um livro com reprodução de gravuras de Jean-Baptiste Debret e 109 objetos de origem africana, constituídos de diversos tipos de suporte: madeira, tecido, miçangas, metal, vidro, pelos de animais, sementes e outros, representativos de mais de vinte etnias daquele continente.

Também será confiscado o produto do crime, entendido como qualquer bem ou valor que represente o proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso⁶.

Nos dois casos (confisco dos instrumentos ou produto do crime) a lei ressalva *o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé*. Suponhamos que JOÃO, depois de apoderar-se arbitrariamente da arma de um colecionador, pratica um roubo. O instrumento utilizado no crime, em tese, é coisa cujo porte constitui fato ilícito. O colecionador ficará sem seu objeto de coleção? Parece-nos justo que se o dono da arma tem permissão para possuir o material bélico, afasta-se a natureza ilícita, pressuposto do confisco, restituindo-se a arma ao real proprietário.

E se o produto ou proveito do crime não for encontrado ou estiver localizado no exterior?

A Lei nº 12.694/12, definindo organização criminosa (bem como seu processo e julgamento por colegiado em primeiro grau de jurisdição), alterou a redação do art. 91

6. Importante anotar que o Código de Processo Penal, nos seus artigos 125 a 144, dispôs sobre as **medidas cautelares reais de natureza penal** (medidas assecuratórias), dotando o magistrado de meios para evitar que o réu se desfaça dos bens produto do crime, bem como dos valores auferidos com ele. O diploma processual permite, com tais medidas, a constrição do patrimônio do acusado, seja ele ilícito ou **lícito**, sempre com a finalidade de, ao término do processo, garantir os efeitos da condenação.

do Código Penal, acrescentando-lhe dois parágrafos, autorizando, nesses casos, o confisco de bens ou valores equivalentes⁷.

De acordo com o art. 133 do CPP, transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, deve determinar a avaliação e a venda em leilão dos bens cujo perdimento tenha sido decretado. O dinheiro apurado que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé será recolhido aos cofres públicos.

De quem será a competência para decidir a destinação do dinheiro apurado? A doutrina diverge.

Segundo Eduardo Espínola Filho⁸, é de competência do juízo cível. Assim, o destino do numerário, o que cabe à vítima e ao terceiro de boa-fé, já não é mais atribuição do juízo criminal, mas do juízo cível perante o qual o ofendido ajuizou ação de ressarcimento do dano que experimentou. Caso a vítima não tenha ajuizado essa ação, preferindo aguardar a condenação criminal para depois executar o título, a competência será do juízo perante o qual tramitar esta execução.

Não é o entendimento de Tourinho Filho, para quem a competência é do juízo criminal. Afinal, pondera, “se é o Juiz penal quem determina o leilão no caso de produto do crime, quando não reclamada a restituição, por que razão não poderá fazê-lo quando se tratar de coisas adquiridas com o produto da infração?”⁹

Pensamos que a competência é mesmo do juízo cível, embora reconheçamos que, por economia processual, pudesse se imaginar o contrário. Com efeito, a textualidade do art. 143 do CPP, ao determinar a remessa dos autos ao juiz do cível, parece não dar margem a dúvida. Demais disso, imagine-se a possibilidade de oposição de embargos pela Fazenda ou pela vítima. Não teria cabimento que, esgotada sua jurisdição, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ainda fosse o juiz criminal conhecer e julgar esse feito.

O que ocorre com bens sequestrados, apreendidos ou sujeitos a qualquer medida assecuratória cujo uso, devido ao interesse público, foi autorizado pelo juiz?

A utilização de bens é uma medida de caráter provisório e instrumental, notabilizada pela necessidade de dar uso social, útil e tempestivo a bens já atingidos por constrição patrimonial assecuratória, de modo a evitar sua obsolescência, a ação corrosiva do tempo e a sanar a incapacidade prática do Estado de adequadamente administrar os bens que ingressam em sua esfera de proteção. Além disso, a destinação e a utilização provisória desses bens tendem a aumentar o poder de atuação na prevenção e repressão aos crimes em geral.

7. Esses efeitos já constavam em Convenções Internacionais, das quais o Brasil é signatário, a exemplo da Convenção de Palermo, Convenção das Nações Unidas contra a corrupção e Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas.

8. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. I, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1965, p. 394-5.

9. *Código de Processo Penal comentado*, São Paulo: Saraiva, 9ª. Ed., 2005, p. 431.

O uso é autorizado por meio de uma decisão incidental que não depende de uma sentença condenatória e, tampouco, de seu trânsito em julgado. Pode, assim, ser decretado ainda no curso do inquérito policial. Mas, ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória com a decretação do perdimento, o juiz poderá determinar a transferência definitiva da propriedade ao órgão público ao qual foi custodiado o bem (art. 133-A, §4º, do CPP), ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé.

Ressalte-se que o STF decidiu pela impossibilidade de aplicar, no âmbito da transação penal, os efeitos da condenação aqui estudados, decorrentes exclusivamente da sentença penal condenatória definitiva. Para o tribunal,

“as consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do CP, dentre as quais a do confisco de instrumentos do crime (art. 91, II, a) e de seu produto ou de bens adquiridos com o seu proveito (art. 91, II, b), só poderiam ocorrer como efeito acessório, reflexo ou indireto de uma condenação penal. Apesar de não possuírem natureza penal propriamente dita, não haveria dúvidas de que esses efeitos constituiriam drástica intervenção estatal no patrimônio dos acusados, razão pela qual sua imposição só poderia ser viabilizada mediante a observância do devido processo, que garantisse ao acusado a possibilidade de exercer seu direito de resistência por todos os meios colocados à sua disposição. Ou seja, as medidas acessórias previstas no art. 91 do CP, embora incidissem “ex lege”, exigiriam juízo prévio a respeito da culpa do investigado, sob pena de transgressão ao devido processo legal. Assim, a aplicação da medida confiscatória sem processo revelar-se-ia antagonica não apenas à aceção formal da garantia do art. 5º, LIV, da CF, como também ao seu significado material, destinado a vedar as iniciativas estatais que incorressem, seja pelo excesso ou pela insuficiência, em resultado arbitrário. No caso, o excesso do decreto de confisco residiria no fato de que a aceitação da transação revertera em prejuízo daquele a quem deveria beneficiar (o investigado), pois produzira contra ele um efeito acessório — a perda da propriedade de uma motocicleta — que se revelara muito mais gravoso do que a própria prestação principal originalmente avençada (pagamento de cinco cestas de alimentos)”¹⁰.

2.2.1. Confisco em decorrência do tráfico de drogas

O art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal estabelece o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

O tráfico de drogas é uma das infrações penais que sem dúvida mais garantem retorno financeiro. Está também entre as infrações nas quais mais se empregam bens materiais que viabilizam o sucesso da empreitada.

10. RE 795567/PR, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 09/09/2015.

O perdimento de bens, como vimos, é uma consequência aplicável em virtude tanto da utilização de bens materiais para a prática de crimes quanto da obtenção desses bens na qualidade de proveito da atividade criminosa.

No tocante aos bens utilizados para a prática criminosa do tráfico de drogas, há certa controvérsia a respeito do que pode ser assim considerado. Há quem diga, diante da regra geral de vedação ao confisco, que somente podem ser expropriados os bens utilizados exclusiva e reiteradamente para o cometimento da atividade criminosa. É o caso do imóvel utilizado com a finalidade precípua de estocar as drogas; do automóvel utilizado por membros do grupo criminoso para o transporte habitual de drogas etc.

Há, de outro lado, aqueles que defendem a possibilidade de confisco pela simples constatação de que determinado bem foi utilizado para o cometimento do tráfico, independentemente de qualquer prova de habitualidade ou de exclusividade.

O STF, no RE 638.491/PR (j. 17/05/2017), adotou a segunda orientação. Para o tribunal, basta que se observe o parágrafo único do art. 243 da Constituição Federal, que determina o perdimento de bens apreendidos *em decorrência do tráfico*. Não há, no texto constitucional, nenhum requisito de habitualidade ou de exclusividade na utilização dos bens apreendidos.

Asseverou-se no julgamento

“que o tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, por meio de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 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 uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais”.

Os mandados de criminalização vinculam o legislador ordinário, reduzindo a sua margem de atuação para obrigá-lo a proteger (de forma suficiente/eficiente) certos temas (bens ou interesses). É o que ocorre, além do caso do art. 243, com os crimes de racismo (art. 5º, XLII, CF/88),¹¹ hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII, CF/88), de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CF/88) e com os crimes ambientais (art. 225, §3º, CF/88). Temos também mandados de criminalização nos dispositivos que tratam da retenção dolosa do salário (art. 7º, X, CF/88) e do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente no âmbito familiar (art. 227, §4º, CF/88). Aliás, este último serviu de campo fértil para a Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel).

11. O Decreto 10.932/22 promulgou a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, que impõe aos signatários a obrigação de prevenir, eliminar, proibir e punir esses atos de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições da Convenção.