Artigos Criminais

vol. 1

Ricardo Henrique Araújo Pinheiro

Copyright ©
Todos os direitos reservados.
Texto revisado de acordo com o novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Diagramação e capa: LivroEbook Diagramação e Design

1ª edição 2023.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Pinheiro, Ricardo Henrique Araújo
Artigos Criminais - Volume I.
Ricardo Henrique Araújo Pinheiro - Brasília - DF, 2023.
312 pags.

ISBN 978-65-84598-50-8.

1. Justiça Criminal 2. Jurisprudência 3. Superior Tribunal de Justiça 4. Estratégia de defesa 5. Produção Probatória

CDD-345.05

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Criminal

Agradecimentos:

Dedico esse livro à minha bondosa e amada mãe, Constança Maria Araújo Pinheiro, exemplo de generosidade. Ao meu pai, Mayro Ipojucan Cavalcanti Pinheiro, um ser humano exemplar. Aos meus irmãos Leonardo e Fernanda, sempre solidários. À, Maria Rosa, mulher amada e esposa leal. Às minhas filhas Clara e Beatriz, crianças maravilhosas.

Préfacio

Ao ser presenteado com o convite para prefaciar este livro, me dei conta de que deveria inicialmente registrar o imenso respeito e gratidão que guardo pelo seu autor. Foram anos profícuos no Ministério Público Federal, quando pude constatar a inteligência, a perspicácia e a solidez das peças penais e processuais-penais elaboradas com a inestimável colaboração de quem agora superou todas as minhas expectativas sobre o seu brilhante futuro. O livro é fruto, tenho certeza, de árduo e abrangente estudo sobre a jurisprudência penal e processual-penal do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. A desenvoltura com que o autor tratou de temas absolutamente atuais, apontando a especial relevância de cada um deles e os seus reflexos, demonstram a maturidade de um profissional do Direito extremamente qualificado. Quem tiver oportunidade de contemplar esta especial obra, haverá de ser enriquecido com a seu conteúdo. Parabéns e sucesso estimado amigo.

Ronaldo Meira de Vasconcellos Albo

Introdução:

Compreender o funcionamento da justiça criminal e dominar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é fundamental para que o advogado criminalista possa projetar a melhor estratégia de defesa.

O sistema de colheita de provas em matéria criminal não admite interpretação extensiva em desfavor do jurisdicionado, em outras palavras, as arbitrariedades praticadas pelos órgãos de persecução criminal podem ser revistas a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Os quarenta e cinco títulos que fazem parte dessa obra foram produzidos a partir de reflexões pessoais do autor, onde a hipótese originária se transformava em estudo que era trilhado pela leitura de votos exarados por Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que posteriormente eram modelados em forma de artigos científicos.

1. Sumário

Agradecimentos: 3

Préfacio 4

Introdução: 5

1. A nulidade da prova colhida sem a observância da tese sedimentada no RE 1.055.941. Análise feita de acordo com a interpretação dada no julgamento do RHC 147707 – PA 11

2. O tráfico de influência e a exploração de prestígio 22

3. A responsabilidade penal do "laranja" na lavagem de dinheiro..... 29

4. A organização criminosa e a associação criminosa..... 34

5. O crime de moeda falsa..... 40

6. O acordo de não persecução penal 44

7. As consequências penais da falsidade ideológica 51

8. A gestão fraudulenta de instituições financeiras 57

9. O crime de gestão temerária..... 66

10. A apreensão do aparelho celular por força do cumprimento de mandado de busca e apreensão e a inexistência de relação com os rigores da Lei nº. 9.296/96 72

11. O crime de inserção de dados falsos em sistema de informações..... 78

12. A autolavagem e a dupla punição criminal 83

13. O crime de denunciação caluniosa 90

14. A força probatória dos relatórios de inteligência financeira produzidos pelo COAF 97

15. A omissão intencional na anotação da Carteira de Trabalho e seus efeitos criminais 104

16. A razoabilidade na fundamentação da pena-base da sentença penal condenatória 110

17. A teoria da cegueira deliberada 117

18. A evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos casos de furto de energia elétrica 124

19. A superquebra de sigilos e a necessidade de fundamentação concreta da decisão que autoriza a interceptação telefônica 133

20. A evasão de divisas 138

21. O parcelamento do débito tributário e seus efeitos reflexos na esfera criminal 144

22. Os crimes contra a honra 150

23. Os possíveis enquadramentos penais do “laranja” dentro de organização criminosa constituída para fraudes tributárias 155

24. A importância dos documentos de conformidade na tomada de decisões corporativas 161

25. Os limites impostos na ação policial após o julgamento do habeas corpus 598.051/SP 165

26. Os reflexos criminais da pejotização..... 181

27. A quebra do sigilo telefônico na apuração de crimes financeiros..... 186

28. O caso "Rolex" e as consequências administrativas e criminais 193

29. É lícito que o juízo cível possa determinar a quebra de sigilo telemático (e-mail) para instruir procedimento de produção probatória antecipada? 201

30. O sequestro de bens no processo penal 208

31. A razoabilidade na utilização da quebra de sigilo bancário pela Comissão Parlamentar de Inquérito..... 215

32. O esquema ponzi (pirâmides financeiras) 224

33. A eficácia da fundamentação "per relationem" em matéria criminal. ...228

34. A justa causa para a apuração de crime de lavagem de dinheiro lastreada em crimes contra a ordem tributária..... 234

35. O crime continuado 240

36. O ônus probatório da defesa em investigação que contém interceptação telefônica..... 247

37. A exploração sexual de criança ou adolescente..... 255

38. O pedido de arquivamento feito por Subprocurador-Geral da República e a vinculação do Tribunal Superior..... 261

39. A prevaricação e a advocacia administrativa 267

40. O sistema de compensação ilegal via dólar-cabo 274

41. As provas obtidas no aparelho celular sem autorização judicial e a validade da fonte, independente de prova 279

42. O pedido de absolvição feito pelo Ministério Público e a vinculação do órgão judicante 286

43. A razoabilidade na aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública 292

44. A fraude processual 299

45. A utilização da busca e apreensão em crimes que não evolvam violência ou grave ameaça 306

1. A nulidade da prova colhida sem a observância da tese sedimentada no RE 1.055.941. Análise feita de acordo com a interpretação dada no julgamento do RHC 147707 – PA

Os relatórios de inteligência financeira são ferramentas desenvolvidas pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF) - (antigo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF), com a finalidade de examinar e identificar anomalias em operações financeiras que envolvam indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro.

De acordo com o artigo 15 da Lei nº. 9.613/98, é obrigação da UIF representar aos órgãos de persecução criminal, quando constatados fundadas suspeitas da prática de crimes:

> *Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.*

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 1.055.941, referendou ser constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que

se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem prévia autorização judicial.

> *É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;*
>
> *(RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-052 DIVULG 17-03-2021 PUBLIC 18-03-2021)*

De acordo com o referido precedente, como as informações que aparecem nos atos administrativos elaborados pela Unidade de Inteligência Financeira e pela Receita Federal do Brasil são sigilosos, e em direito penal não se admite interpretação *in malam*, será inconstitucional caso compartilhamento dessas informações sigilosas ocorra de maneira inversa, ou seja, quando os órgãos de persecução criminal, ao invés de receberem esses documentos, fizerem a solicitação ou a requisição dos RIF sem prévia autorização judicial.

Portanto, a constitucionalidade declarada no Recurso Extraordinário 1.055.941 refere-se ao compartilhamento, e não à requi-

sição ou solicitação desses documentos diretamente pelos órgãos de persecução criminal.

Com efeito, no julgamento do AgRg na CauInomCrim n. 69/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 1/6/2022, DJe de 3/6/2022 foi decidido que os trabalhos desenvolvidos pela UIF têm natureza penal persecutória, de modo que os relatórios de inteligência financeira podem ser utilizados para fundamentar pretensão de quebra dos sigilos fiscal e bancário:

> *A atribuição desenvolvida pelo COAF se insere no âmbito das atividades de natureza penal persecutória. Assim, pode ser utilizada como fundamento para a quebra de sigilo financeiro. Precedentes do STF e do STJ.*

Em sentido oposto, como as conclusões da UIF narram possível ocorrência de crimes financeiros, e não possuem força probatória vinculante - uma vez que as suas conclusões foram feitas de forma unilateral - a utilização exclusiva dos relatórios de inteligência financeira para fundamentar eventual pedido de quebra de sigilos bancário e fiscal, quando dissociada de outros elementos investigativos, faz com que a atividade de investigação policial se transforme em ato de arbitrariedade, e a eventual prova obtida por meio da quebra de sigilo poderá ser considerada ilícita:

> *(...) fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo*

> *para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção. (...)*
>
> *(HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011.)*

Ao conceder ordem de habeas corpus por deficiência na fundamentação que autorizou a quebra dos sigilos bancário e fiscal de investigado por crime de lavagem de dinheiro, o eminente relator do caso, Ministro Olindo Menezes, assim se manifestou:

> *O direito ao sigilo financeiro não é absoluto e pode ser mitigado quando houver interesse público, por meio de autorização judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a providência para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, lastreada em indícios de prática delitiva (RMS 51.152/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 13/11/2017).*
>
> *No caso, as citações constantes do voto não expressam razões fundadas para a quebra do sigilo do acusado Flávio Ramos de Andrade. Tudo partiu de denúncia anônima e os indícios citados pela decisão (reunião em um restaurante, com empresários e pessoas do meio político, forma de ingresso em empresa e menções indiretas), não têm firmeza fática a indicar que o acusado*

> *estaria envolvido na cobrança de valores de empresários que celebraram contratos com o Estado de Goiás (...)*
>
> *Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada para conceder o habeas corpus, para declarar a ilegalidade da quebra do sigilo fiscal e bancário do agravante, haja vista a ausência de fundadas razões a justificar a medida. (AgRg no HC n. 703.081/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.)*

Importante destacar que, no ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça julgou tese que classificava os trabalhos desenvolvidos pela UIF como atividades de persecução criminal e, portanto, entendeu que intercâmbio de informações poderia ser feito de maneira inversa, ou seja, os órgãos de persecução criminal poderiam solicitar os relatórios de inteligência financeira sem a necessidade de autorização judicial:

> *Se o art. 1º, § 3º, IV, da Lei 9.613/98 admite que o COAF comunique "autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa", não há motivo para que o Ministério Público deixe de dirigir solicitação ao órgão no sentido de que investigue operações bancárias e fiscais de pessoa (física ou jurídica) sobre as quais paire suspeita e comunique, ao final, suas conclusões. Assim, o MPF "não possui acesso aos bancos de dados sigilosos do COAF, existindo apenas um intercâmbio de informações por sistema eletrônico, criado pelo próprio*

> *órgão, objetivando atender ao preconizado no artigo 15 da Lei de Lavagem de Dinheiro".*
>
> *(HC 349.945/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017). Precedente recente da Quinta Turma: RHC 49.982/GO, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017.*

No julgamento do RHC n. 43.356/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015, por maioria de votos, prevaleceu a tese de que as conclusões da UIF possuem força probatória suficiente para justificar uma acusação criminal. Pela importância que o voto vencido tem dentro da análise do presente estudo, transcrevem-se trechos da ementa e do voto vencido:

> *(EMENTA)*
>
> *Não há nulidade em denúncia oferecida pelo Ministério Público cujo supedâneo foi relatório do COAF, que, minuciosamente, identificou a ocorrência de crimes vários e a autoria de diversas pessoas.*
>
> *(VOTO VENCIDO) (MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR)*
>
> *[...] apenas o relatório do COAF não é suficiente para subsidiar a denúncia e ensejar a deflagração de ação penal. Tal relatório demonstra, sim, a necessidade da instauração de idônea investigação criminal, a fim de se identificar todos os envolvidos, eventuais crimes em que estariam incursos e o modo pelo*

> *qual foram realizados, elementos indispensáveis à descrição da acusação (fato criminoso com as respectivas circunstâncias - art. 41 do CPP). (RHC n. 43.356/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015.)*

No julgamento do RHC n. 83.233/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 9/2/2022, DJe de 15/3/2022, que foi balizado pela decisão proferida no Recurso Extraordinário 1.055.941, foi declarada a ilicitude da prova colhida, por meio de requisição direta de documentos sigilosos feita pelo Ministério Público à Receita Federal. Confira trechos da ementa:

> *Assim, a requisição ou o requerimento, de forma direta, pelo órgão da acusação à Receita Federal, com o fim de coletar indícios para subsidiar investigação ou instrução criminal, além de não ter sido satisfatoriamente enfrentada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, não se encontra abarcada pela tese firmada no âmbito da repercussão geral em questão. Ainda, as poucas referências que o acórdão faz ao acesso direto pelo Ministério Público aos dados, sem intervenção judicial, é no sentido de sua ilegalidade.*
>
> *Hipótese dos autos que consiste no fato de que o Ministério Público Federal solicitou, diretamente ao Superintendente da Receita Federal, as declarações de imposto de renda da recorrente, de seus familiares e de diversas pessoas jurídicas, ou seja, obteve-se diretamente do referido órgão documentação fiscal sem que tenha havido qualquer espécie de ordem judicial.*

> *A possibilidade de a Receita Federal valer-se da representação fiscal para fins penais, a fim de encaminhar, de ofício, os dados coletados no âmbito do procedimento administrativo fiscal, quando identificada a existência de indícios da prática de crime, ao Ministério Público, para fins de persecução criminal, não autoriza o órgão da acusação a requisitar diretamente esses mesmos dados sem autorização judicial.*

No julgamento do RHC 147.707 - PA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 24/8/2023, por maioria de votos, o colegiado deliberou que a decisão proferida no Recurso Extraordinário 1.055.941 não contempla a inversão do caminho burocrático para a comunicação oficial sobre os indícios de crimes descobertos pela UIF e pela RFB. Confira a íntegra da ementa do RHC n. 147.707 - PA:

> *PENAL. PROCESSO PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 1º, § 2º, I, DA LEI N. 9.613/1998). RELATÓRIO DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA DO COAF. SITUAÇÃO DIVERSA DA DECIDIDA NO RE N. 1.055.941/SP. RELATÓRIOS SOLICITADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL DIRETAMENTE AO COAF SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, em âmbito de repercussão geral, fixou as seguintes teses, a saber: "1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização*

judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

2. Constata-se que foi julgado lícito o compartilhamento de provas entre o UIF (antigo COAF) e a Receita Federal do Brasil (RFB) com os órgãos de persecução penal, nos casos em que o UIF e a RFB constatam a ocorrência de ilegalidades e comunicam os fatos aos órgãos de persecução penal.

3. No presente caso, a autoridade policial solicitou diretamente ao COAF o envio dos relatórios de inteligência financeira, sem a existência de autorização judicial, situação, portanto, diversa da análise pelo STF.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior analisou situação similar, ao julgar o RHC n. 83.233/SP, no qual o Ministério Público requisitou diretamente à Receita Federal do Brasil o envio da declaração de imposto de renda de determinadas pessoas, o que foi considerado ilícito por esta Corte Superior.

5. Dessa forma, o presente recurso em habeas corpus deve ser provido para declarar a ilicitude dos relatórios de inteligência financeira solicitados diretamente pela autoridade policial ao COAF.

6. Recurso em habeas corpus provido.

> *(RHC n. 147.707/PA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 24/8/2023.)*

Portanto, ainda que não esteja pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a interpretação de que a decisão proferida no Recurso Extraordinário 1.055.941 não admite a inversão do caminho burocrático para a comunicação oficial sobre os indícios de crimes descobertos pela UIF e da RFB, a recente decisão exarada no RHC 147.707 - PA é um importante norteador para a evolução da referida decisão do Supremo Tribunal Federal.

Fontes:

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998 .

RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-052 DIVULG 17-03-2021 PUBLIC 18-03-2021.

AgRg no HC n. 703.081/GO, relator Ministro Olindo Menezes Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

HC n. 349.945/PE, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 2/2/2017.

RMS n. 52.677/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2017, DJe de 5/5/2017.

AgRg na CauInomCrim n. 69/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 1/6/2022, DJe de 3/6/2022.

HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011.

AgRg no HC n. 703.081/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

HC 349.945/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017). Precedente recente da Quinta Turma: RHC 49.982/GO, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017.

RHC n. 43.356/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015.

RMS n. 42.120/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 31/5/2021.

RHC n. 83.233/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 9/2/2022, DJe de 15/3/2022.

RHC n. 147.707/PA, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 24/8/2023.

2. O tráfico de influência e a exploração de prestígio

Os crimes de exploração de prestígio e de tráfico de influência possuem características semelhantes. É a venda de suposta influência como forma de desprestigiar o correto funcionamento da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Enquanto na exploração de prestígio o criminoso se vale da venda de facilidades sobre juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, ou seja, de uma pessoa que terá influência no desfecho do processo judicial, no tráfico de influência, o criminoso vende facilidades para, supostamente, influir em ato praticado por funcionário público que esteja no exercício da função.

Como na exploração de prestígio a venda de facilidades é mais restrita, uma vez que é direcionada àquele que terá influência no desfecho de processo Judicial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem classificado esse crime como uma subespécie do tráfico de influência:

> *Na linha da jurisprudência desta Corte, "o crime de exploração de prestígio é, por assim dizer, uma 'subespécie' do crime previsto no art. 332 do Código Penal (tráfico de influência). É a exploração de prestígio, a venda de influência, a ser exercida*

> *especificamente sobre pessoas que possuem destacada importância no desfecho de processo judicial (APn n. 549/SP, Corte Especial, relator Ministro Felix Fischer, DJe 18/11/2009).*
>
> *(PExt no RHC n. 55.940/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe de 4/2/2019.)*

Importante destacar que, na exploração de prestígio, não se exige deferência direta sobre a autoridade pública, bastando para a sua configuração que o pedido ou o recebimento da vantagem indevida se dê a pretexto de influir, de qualquer modo, junto à autoridade ou a pessoa que praticará ato relevante em processo judicial:

> *O tipo penal do art. 357 do Código Penal não exige o prestígio direto, bastando para sua configuração que o pedido ou recebimento de dinheiro ou outra utilidade se dê a pretexto de influir, de qualquer modo, junto a autoridade ou a pessoa que vai atuar em processo cível ou criminal, no caso, o magistrado competente para apreciar pedido de prisão preventiva. Recurso improvido.*
>
> *(RHC 75128, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 01/04/1997, DJ 16-05-1997 PP-19976 EMENT VOL-01869-02 PP-00383)*

Como a venda de facilidades sobre autoridade pública pode ser mero artifício utilizado pelo criminoso para angariar

valores ilícitos, a jurisprudência tem admitido ser dispensável a identificação expressa do suposto funcionário público:

> *Em se tratando do crime de exploração de prestígio, não é necessário que o funcionário exista, podendo ser uma figura puramente imaginária.*
>
> *(HC n. 92.194/CE, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/8/2010, DJe de 6/9/2010.)*

Trata-se de crime que não exige resultado naturalístico para a sua caracterização, consumando-se no exato momento em que o negociador de facilidades solicita, exige, cobra ou obtém vantagem indevida, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

> *Conclui-se que o delito perfaz-se com a mera prática de um de seus núcleos (solicitar, exigir, cobrar ou obter), cometidos com a específica finalidade de buscar vantagem ou promessa de vantagem, para o próprio Agente ou em benefício de terceiro, "a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função" - condutas que, realizadas dessa forma, configuram as elementares do crime de tráfico de influência. Portanto, não interfere na solução da controvérsia o fato de o sujeito passivo secundário acreditar, ou não, no poder de influência do Agente.*
>
> *(HC n. 202.519/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe de 3/2/2014.)*

Como os tipos penais em análise são caracterizados pelo oferecimento de suposta influência sobre o prestígio da Administração Pública, ainda que a conduta da pessoa que se propõe a aceitar a hipótese comercializada pelo vendedor de influência seja considerada inescrupulosa, não é possível imputar os crimes de exploração de prestígio e de tráfico de influência à pessoa que foi convencida a pagar pela proposta indecorosa, uma vez que os tipos penais em análise só punem o "vendedor da fumaça":

> *Na hipótese, a denúncia não se desincumbiu de descrever nenhum comportamento típico do ora recorrente, comportamento esse conhecido como o de "vendedor da fumaça" (venditio fumi), sob o qual poderia exercer a influência jactante, caracterizadora da exploração de prestígio. Ao revés, a incoativa descreve, amiúde, a conduta do recorrente como a de um "comprador de fumaça".*
>
> *"Sujeito passivo é o Estado, pois ofendida é a administração pública [rectius: da Justiça]. Secundariamente é também vítima o comprador de prestígio, mas prestígio vão, fraudulento e inexistente. É ele quem sofre prejuízo concreto ou material, com a vantagem obtida pelo vendedor de fumo. Dá-se aqui o que se passa na fraude bilateral, no estelionato [...] Não obstante a conduta ilícita do comprador de influência, não pode ele ser também sujeito ativo do crime, como alguns pretendem, conquanto sua conduta seja imoral. Realmente, ele se crê agente de um crime de corrupção em co-autoria com o vendedor de prestígio, mas dito crime*

> *não existe, é putativo" (NORONHA. E. Magalhães. Direito Penal. Volume 4. São Paulo. Ed. Saraiva, 2003, págs. 325/326).*
>
> *(RHC n. 55.940/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018.)*

A propósito, ainda que o "vendedor da fumaça" esteja comercializando suposta influência em nível federal, a competência para processar e julgar essa infração penal só será da Justiça Federal quando o infrator tiver alguma relação direta com a Administração Pública Federal, caso contrário, a competência será da Justiça Estadual.

No julgamento do CC n. 37.073/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 14/3/2007, DJ de 26/3/2007, p. 194, analisou-se um caso em que o infrator se dizia funcionário de órgão federal como forma de dar credibilidade à sua conduta. Por não constatar qualquer ofensa a bens, serviços ou interesses da União e de suas entidades, o colegiado declarou a competência da Justiça Estadual, pois constatou-se que o artifício fraudulento foi empregado como forma de facilitar o exaurimento da exigência indevida. Confira trechos do voto exarado pela eminente Relatora do caso:

> *No contexto da dissidência observa-se, indiscutivelmente, a inexistência de qualquer vínculo dos agentes indiciados com o Ministério do Trabalho, em relação ao qual, no momento da prática delituosa, diziam-se fiscais; é o que se comprova à fl. 34 do apenso.*

> *Apenas usavam do artifício de passar por servidores do órgão para facilitar o exaurimento da exigência indevida, de modo que não há cogitar-se de usurpação da função que não se tem.*

Por fim, caso o "vendedor de fumaça" tenha empregado ou convertido o proveito da infração penal em ativos lícitos, poderá, também, responder por uma acusação criminal de lavagem de dinheiro, nos termos do artigo 1º da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998:

> *No tocante ao crime de lavagem, além dos indícios de autoria e materialidade, também houve o apontamento do crime antecedente, que seria o de exploração de prestígio, o que se revela suficiente para o início da ação penal, independente da aferição da culpabilidade ou punibilidade por meio de condenação.*
>
> *(HC n. 559.505/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 2/6/2021.)*

Como visto, os crimes de exploração de prestígio e de tráfico de influência se caracterizam pela venda de suposta influência como forma de desprestigiar o correto funcionamento da Administração Pública e do Poder Judiciário. É a comercialização de supostas facilidades como meio de angariar valores indevidos em detrimento à moralidade.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

PExt no RHC n. 55.940/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe de 4/2/2019.

RHC 75128, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 01/04/1997, DJ 16-05-1997 PP-19976 EMENT VOL-01869-02 PP-00383.

HC n. 92.194/CE, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/8/2010, DJe de 6/9/2010.

RHC n. 55.940/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018.

CC n. 37.073/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 14/3/2007, DJ de 26/3/2007, p. 194.

HC n. 559.505/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 2/6/2021.

3. A responsabilidade penal do "laranja" na lavagem de dinheiro

Popularmente conhecido como "testa de ferro" ou "laranja", aquele que, voluntariamente, empresta o seu nome para que terceiros possam constituir empresas e abrir contas bancárias para a movimentação de valores duvidosos pode ser responsabilizado criminalmente pelos desvios praticados por aquele que foi agraciado com o recebimento do nome do "laranja", pois, ainda que não tenha ingerência sobre as infrações penais praticadas pelo núcleo operacional do esquema, o "laranja" assume o risco pelo infortúnio criminoso daquele que se utilizou de inverdades materiais para praticar crimes e, nos termos do artigo 29 do Código Penal responderá à Justiça na medida de sua culpabilidade:

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Situação hipotética corriqueira pode ser exemplificada dentro de uma corporação regulamente constituída onde o "laranja" é funcionário dessa corporação e mantém vínculo de amizade com o seu patrão. Sabendo que a empresa possui enorme passivo trabalhista e dívidas de outras naturezas, o "laranja", mediante promessa de recompensa financeira,

empresta o seu nome para que o patrão possa constituir outras empresas, visando elidir ou sonegar tributos. Nesse caso, ainda que o "laranja" não tenha sido responsável direto pelo cometimento dos crimes orquestrados pelo patrão, agiu com dolo eventual ao permitir a utilização consciente de seu nome para a prática de infrações penais.

> *Hipótese de paciente que, na qualidade de empregado, atuava como sócio fictício em empresa de fachada, agindo como "testa de ferro", recebendo remuneração para isso, além de prestar auxílio ao patrão e corréu cumprindo ordens e alertando-o contra fiscalizações.*
>
> *(HC n. 185.599/BA, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 4/4/2011.)*

De acordo com o exemplo citado, se o proveito da infração penal praticada pelo patrão dentro da "empresa fantasma" tem aptidão suficiente para dissimular valores que serviriam para o funcionamento da corporação real, nos termos do artigo 1º da Lei nº. 9.613/98, o "laranja" poderá ser responsabilizado pela lavagem do dinheiro oriunda da fraude ocorrida na empresa fictícia:

> *Art. 1o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

Se a função do "laranja" transborda do mero empréstimo de seu nome para a efetiva participação na empreitada criminosa – exemplo: o laranja é o responsável pelo pagamento de fornecedores -, poderá ser enquadrado, também, no conceito de organização criminosa:

> *§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*

Como a lavagem de dinheiro pressupõe a existência de qualquer infração penal antecedente, os desvios praticados pelo patrão em nome do "laranja" poderão levar a grande tormento financeiro para o "testa de ferro", uma vez que o artigo 126 do Código de Processo Penal autoriza o sequestro de bens quando há indícios veementes da proveniência ilícita dos bens:

> *Art. 126. Para a decretação do sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.*

Aliás, o artigo 4º do Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941, autoriza que o sequestro possa recair sobre quaisquer bens do "laranja" e não apenas sobre aqueles que se transformaram em proveito da infração penal:

> *Art. 4º O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave.*

Recentemente, no julgamento do AgRg no AREsp n. 2.219.917/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023, foi confirmada a constitucionalidade do Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941:

> *A medida de sequestro deferida nos autos, a teor do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 3.240/41, pode recair sobre quaisquer bens dos requerentes e não apenas sobre aqueles que sejam produtos ou proveito do crime, mostrando-se, assim, desnecessária qualquer discussão sobre o fato de os bens estarem ou não alienados e de terem sido adquiridos antes da prática delitiva (RMS 29.854/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).*

Portanto, aquele que voluntariamente empresta o nome para que terceiros possam utilizá-lo na prática criminosa responderá na medida da sua culpabilidade pelo infortúnio e, como visto, além de ser responsabilizado criminalmente, poderá perder todo o seu patrimônio constituído ao longo da vida, ainda que obtido em data anterior à infração penal praticada pelo gestor do esquema criminoso.

Fontes:

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

Decreto-Lei nº. 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Decreto-Lei nº. 3698, de 3 de outubro de 1941.

Decreto-Lei nº. 3240, de 8 de maio de 1941.

HC n. 185.599/BA, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 4/4/2011.

AgRg no AREsp n. 2.219.917/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.

4. A organização criminosa e a associação criminosa

O conceito de organização criminosa está previsto no artigo 1º da Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que, em linhas gerais, estará demonstrada quando a investigação comprovar a existência das seguintes características: a) mínimo de quatro pessoas; b) existência de hierarquia e relação de subordinação; c) divisão de tarefas; d) objetivo de praticar crimes cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (cometidos fora do território nacional):

> *É da natureza da organização criminosa a divisão de tarefas.*
>
> *(AgRg no HC n. 802.176/MT, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 16/8/2023.)*
>
> *As circunstâncias ínsitas ao crime de organização criminosa são: associação de quatro ou mais agentes; estrutura ordenada; divisão de tarefas e objetivo de praticar delitos cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos ou que possuam caráter transnacional.*
>
> *(AgRg no HC n. 678.001/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 23/5/2022.)*

A associação criminosa está prevista no artigo 288 do Código Penal (antiga quadrilha ou bando), e estará identificada quando a investigação comprovar que: a) mínimo de 3 (três) pessoas; b) reunião estável dos membros; c) não é exigida a hierarquia; d) não é exigida a divisão de tarefas; e) pode ser imputada independentemente do crime autônomo.

> *A associação criminosa é crime formal, que se caracteriza pela simples reunião estável de três ou mais pessoas com a finalidade de cometer um ou alguns ilícitos. Não se exige, para sua consumação, a efetiva execução de delitos autônomos.*
>
> *(RHC n. 75.641/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 11/11/2019.)*

No julgamento do HC n. 374.515/MS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7/3/2017, DJe de 14/3/2017, foi concedida ordem de habeas corpus para determinar o trancamento de ação penal que imputou ao paciente o crime de associação criminosa, sem, contudo, descrever, suficientemente, os elementos objetivo e subjetivo do tipo penal. Ou seja, a denúncia foi declarada inepta, pois não foi capaz de demonstrar que o jurisdicionado integrasse grupo criminoso estável e permanente, criado com o objetivo de praticar crimes indeterminados:

> *Para caracterização do delito de associação criminosa, indispensável a demonstração de estabilidade e permanência do grupo formado por três ou mais pessoas, além do elemento subjetivo especial consiste no ajuste prévio entre os membros com*

> *a finalidade específica de cometer crimes indeterminados. Ausentes tais requisitos, restará configurado apenas o concurso eventual de agentes, e não o crime autônomo do art. 288 do Código Penal.*

No julgamento do AgRg no RHC n. 179.561/BA, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 15/9/2023, foi denegada ordem de habeas corpus que vindicava o trancamento de ação penal pelo crime de organização criminosa, cuja tese de defesa contestava a atipicidade da conduta pela ausência de demonstração de um dos requisitos objetivo da norma, qual seja, o mínimo de quatro pessoas.

No entanto, o eminente relator do caso rechaçou a tese defensiva, pois constatou que mais de quatro pessoas foram denunciadas pelos crimes tipificados no artigo 2°, § 4°, inciso II da Lei 12.850/2013 (integrar organização criminosa); no artigo 1°, § 1°, inciso II e § 4°, da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais na modalidade receber); e no art. 171, caput, do Código Penal (estelionato), conforme se infere do seguinte trecho do voto exarado no citado julgamento:

> *Em que pese as alegações defensivas no sentido de que somente a três indivíduos foi imputado o crime de integrar organização criminosa, denota-se da inicial acusatória informação divergente, isto é, foram denunciados nove indivíduos pela prática do referido crime, o que, a princípio, justifica o prosseguimento da ação penal, conforme o art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013.*

Diferentemente da organização criminosa – na qual não é exigida a estabilidade e a permanência -, sedimentou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a estabilidade e a permanência são requisitos intrínsecos da associação criminosa, e a ausência de qualquer dessas condições de procedibilidade acusatória é suficiente para que a denúncia seja declarada inepta. Confira trechos da ementa do RHC n. 71.502/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe de 1/2/2017:

> *A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que a estabilidade e a permanência são circunstâncias indispensáveis para a configuração do crime de quadrilha ou bando (atual associação criminosa). Precedentes.*

De acordo com esse entendimento, ainda que a empreitada criminosa seja composta por 3 (três) pessoas (ou mais), se o Ministério Público não demonstrar a estabilidade e a permanência dos membros, haverá excesso acusatório em relação ao crime previsto no artigo 288 do Código Penal.

Em relação ao crime de pertencimento a organização criminosa, onde não é exigida a estabilidade e a permanência, caberá ao Ministério Público comprovar a relação de subordinação entre os autores do crime, sendo vedada a presunção de responsabilidade penal:

> *A denúncia é inepta, pois atribuiu ao recorrente os crimes de pertencimento a organização criminosa e contra a ordem*

> *econômica (cartel) por ser sócio e administrador de posto de gasolina, mas não é possível compreender as funções desempenhadas pelo réu no estabelecimento, de que forma aderiu à societas sceleris e atuou (dolosamente ou de forma omissa) nos fatos delitivos.*
>
> *(RHC n. 153.056/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 19/4/2023.)*

Portanto, o que diferenciará a associação criminosa da organização criminosa, é que, nesta última, é exigida uma estrutura organizada (ainda que informalmente) com divisão de tarefas.

Fontes:

Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

AgRg no HC n. 802.176/MT, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 16/8/2023.

AgRg no HC n. 678.001/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 23/5/2022.

RHC n. 147.000/DF, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 14/4/2023.

RHC n. 75.641/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/11/2019, DJe de 11/11/2019.

HC n. 374.515/MS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7/3/2017, DJe de 14/3/2017.

AgRg no RHC n. 179.561/BA, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 11/9/2023, DJe de 15/9/2023.

RHC n. 71.502/MT, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe de 1/2/2017.

RHC n. 153.056/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/4/2023, DJe de 19/4/2023.

5. O crime de moeda falsa

O crime de moeda falsa está previsto no artigo 289 do Código Penal, com pena de reclusão de três a doze anos, e multa, e é imputado àquele que – dolosamente – falsifica, fabrica, altera, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda metálica ou papel-moeda falsa em curso no país ou no estrangeiro. A norma prevê, também, punição de seis meses a dois anos, e multa, àquele que, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade.

Há entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não existe desproporcionalidade de preceitos secundários (penas) entre aquele que promove a circulação da moeda falsa para obter vantagem indevida, e o sujeito que, após receber uma cédula de boa-fé, para não sofrer prejuízo, a repassa a terceiros:

> *A redação do artigo 289 do Código Penal não ofende o princípio da proporcionalidade ao aplicar pena mais severa ao agente que promove a circulação de moeda falsa para obter vantagem financeira indevida, em comparação ao que, após receber uma cédula falsa de boa-fé, para não sofrer prejuízo, a repassa a terceiros (AgRg no AREsp n. 815.155/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º/2/2016).*

> *(AgRg no HC n. 345.352/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe de 23/8/2016.)*

Trata-se de delito que independe de resultado naturalístico ou comprovação de prejuízo, e é conceitualmente conhecido como pluridimensional, pois protege a fé pública e a lisura nas transações empresariais.

> *Ainda, trata-se de crime* pluridimensional, *pois, além de proteger preponderantemente a fé pública, de forma mediata, assegura o patrimônio particular e a celeridade das relações empresariais e civis.*
>
> *(HC n. 210.764/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 28/6/2016.)*

De acordo com o artigo 10, da Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, compete privativamente ao Banco Central do Brasil a emissão de moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional. Sendo assim, nos termos do artigo 109, I, da Constituição Federal, a competência para processar e julgar o crime de moeda falsa será da Justiça Federal.

No entanto, quando existe laudo pericial atestando que a falsificação do papel moeda é grosseira, o caso será tratado como estelionato, cuja competência será da Justiça Estadual, nos termos da Súmula nº. 73 do STJ:

> *A utilização de papel moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.*

Importante destacar que o crime de moeda falsa não se compatibiliza com a aplicação do princípio da insignificância, pois o bem jurídico protegido é a fé pública, e a quantidade de cédulas apreendidas é irrelevante para a caracterização do tipo penal em análise:

> *Independentemente da quantidade e do valor das cédulas falsificadas, haverá ofensa ao bem jurídico tutelado, razão pela qual não há que se falar em mínima ofensividade da conduta do agente, o que afasta a incidência do princípio da insignificância.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 509.765/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe de 17/3/2015.)*

Por fim, de acordo com o artigo 28-A do Código Penal, como a pena mínima do crime de moeda falsa é inferior a quatro anos, é possível o oferecimento de acordo de não persecução penal, desde que, em linhas gerais, o investigado confesse a prática delitiva, não seja reincidente específico, repare o dano causado à coletividade e preste serviço à comunidade por período correspondente à pena mínima do delito diminuída de um a dois terços.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964 .

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/01/relatorio-tematico-2-moeda-falsa-painel-e-relatorio-quantitativo.pdf

AgRg no CC n. 176.929/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/3/2021, DJe de 30/3/202.

AgRg no HC n. 345.352/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe de 23/8/2016.

CC n. 170.644/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/5/2020, DJe de 1/6/2020.

AgRg no AREsp n. 509.765/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe de 17/3/2015.

6. O acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal foi introduzido no Código de Processo Penal, por meio da Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, e passou a vigorar a partir do dia 23 de janeiro de 2020.

É uma estratégia de política criminal criada com o objetivo de aplicar penas privativas de liberdade apenas nos casos em que há risco social efetivo. Visa, também, fortalecer os órgãos de persecução criminal, na medida em que o tempo despendido em investigações de menor complexidade, poderá ser utilizado em investigações de maior complexidade.

As diretrizes básicas para que o Ministério Público possa analisar a viabilidade do acordo de não persecução penal são as seguintes:

> A infração penal não pode ter sido cometida com violência ou grave ameaça.
>
> A pena mínima do delito deve ser inferior a 4 anos.
>
> O investigado precisa confessar a prática delitiva, e não pode omitir fato relevante.
>
> O investigado não pode ser reincidente específico ou habitual, ou seja, não pode ser criminoso contumaz.

A denúncia não pode ter sido recebida, ou seja, a investigação deve estar na fase de inquérito.

Portanto, o acordo de não persecução penal indica a possibilidade de realização de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, com a finalidade de afastar a necessidade da persecução penal.

O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

No entanto, o Ministério Público não pode recusar, de forma desmotivada, a realização do acordo de não persecução penal. Se assim o fizer, o investigado poderá submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão Ministerial, que dará a última palavra sobre a pretensão do investigado.

Se a instância revisora entender que o investigado preenche os requisitos objetivos para a realização do acordo, determinará que o Ministério Público faça o negócio jurídico. Se a instância revisora mantiver a decisão da instância de instrução, e o investigado se sentir prejudicado, poderá recorrer ao Poder Judiciário, caso tenha fundamentos sólidos que comprove a ilegalidade da medida.

No âmbito federal, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão é o órgão competente para analisar os pedidos de revisão do

exercício funcional dos membros do Ministério Público Federal na área criminal.

O órgão é composto de três membros titulares e três membros suplentes, escolhidos entre subprocuradores-gerais da República e, de maneira supletiva, procuradores regionais da República.

Os julgamentos perante a Câmara de Coordenação e Revisão se assemelham aos que ocorrem perante os Tribunais, sendo permitida a distribuição de memoriais e a sustentação oral. Ao final do julgamento é lavrado o acórdão e, quando há reiteração de fatos semelhantes, o colegiado propõe a lavratura de um enunciado, equivalente a uma súmula, que servirá de base para a análise de casos parecidos.

Por se tratar de norma de direito processual, ou seja, de aplicação imediata e, diante da controvérsia que se criou com os processos que estavam em curso quando da publicação da Lei nº. 13.964/2019, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão editou os Enunciados nº. 98 e 101, nestes termos:

> ***Enunciado nº 98***
>
> *É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar que seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar*

de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão.

Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020.

Enunciado nº 101

É atribuição do procurador regional da República celebrar Acordo de Não Persecução Penal quando cabível em grau recursal, por retroação do art. 28- A do CPP.

Aprovado na 198ª Sessão de Coordenação, de 30/08/2021.

Isto é, se a infração penal foi praticada antes da entrada em vigor da Lei nº. 13.964/2019 e o processo não transitou em julgado, ainda que tenha ocorrido condenação, caso o acusado preencha os requisitos objetivos previsto no artigo 29-A do CPP, poderá celebrar acordo de não persecução penal e, neste caso, desaparecerão todos os efeitos danosos da condenação.

Os enunciados da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão estão em consonância com o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento AgRg no AREsp nº.

1.923.433/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022, ficou a

> *(...) O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a lei que instituiu o acordo de não persecução penal não pode retroagir a feitos cuja denúncia já foi recebida, como na hipótese dos autos, em que já havia sido, inclusive, proferida a sentença condenatória.*

Portanto, conforme argumentado, não há divergências de entendimentos sobre a forma e o momento adequado para a proposição e aceitação do acordo de não persecução penal.

Se o acordo for aceito, deverá ser efetivamente cumprido, pois o seu descumprimento levará à rescisão do pacto, e a confissão utilizada na fundamentação do acordo de não persecução penal, poderá ser utilizada em desfavor do jurisdicionado.

Fontes:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm

https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2

https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados

https://www.migalhas.com.br/depeso/304382/aspectos-gerais-do-acordo-de-colaboracao-premiada

AgRg no AREsp nº. 2.158.847/SC, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022.

AgRg no HC nº. 770.846/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022.

AgRg no REsp nº. 2.017.798/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022.

AgRg no AREsp nº. 1.840.018/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 2/12/2022.

AgRg no REsp nº. 1.995.326/PB, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 2/12/2022.

AgRg no HC nº. 642.819/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022.

AgRg no AREsp nº. 2.144.020/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

AgRg no HC nº. 778.828/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

AgRg no AREsp nº. 1.923.433/RJ, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 24/10/2022.

AgRg no REsp nº. 1.931.728/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 17/10/2022.

AgRg no HC nº. 701.443/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.

AgRg no REsp nº. 1.974.323/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.

AgRg no AREsp nº. 2.045.850/MS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 17/10/2022.

AgRg no HC nº. 644.069/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.

AgRg no HC nº. 764.615/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.

AgRg no HC nº. 736.449/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022.

AgRg no AREsp n°. 1.824.982/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.

7. As consequências penais da falsidade ideológica

O crime de falsidade ideológica pode ser entendido como uma espécie de falsidade imaterial inserida em documento formalmente perfeito com o propósito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. É o documento formalmente perfeito, mas materialmente imperfeito, que foi produzido com objetivos escusos.

> *"Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:"*

No julgamento do RHC n. 77.510/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 7/12/2016 restou comprovada a falsidade ideológica, cujo especial fim de agir foi caracterizado pela alteração dolosa de informação juridicamente relevante no contrato social da corporação:

> *"Extrai-se da peça acusatória que os denunciados alteraram contrato social a fim de fazer constar endereço diverso do verdadeiro onde se realizavam as atividades comerciais, a fim de que os carnês de IPTU e IPVA fossem destinados à vítima. Restou,*

> *assim, devidamente descrito na denúncia o especial fim de agir da falsidade ideológica."*

Trata-se de crime que independe de resultado naturalístico e, por ser instantâneo, a sua consumação ocorre no exato momento em que a fraude é praticada:

> *"A falsidade ideológica é crime formal e instantâneo, cujos efeitos podem vir a se protrair no tempo. A despeito dos efeitos que possam, ou não, vir a gerar, ela se consuma no momento em que é praticada a conduta.*
>
> *(RvCr n. 5.233/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/5/2020, DJe de 25/5/2020.)"*

Em sentido oposto, no AgRg no REsp n. 1.382.216/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 12/9/2018 foi analisado caso onde o termo inicial para a contagem do prazo prescricional foi contabilizado a partir do dia em que o fato criminoso se tornou conhecido:

> *"Não há falar em extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição, pois o termo inicial para a contagem do prazo nos crimes de falsidade é o dia em que o fato se tornou conhecido, nos termos do artigo 111, inciso IV, do Código Penal.*
>
> *Assim, partindo da descoberta do ilícito (encaminhamento da declaração à JUCESP - julho de 2001) e, considerando o disposto no art. 109, IV, do CP, não houve o transcurso do prazo de 8 (oito) anos entre aquela data e o recebimento da denúncia*

> *(17/5/2007), nem entre a sentença condenatória (24/7/2012) até presente data."*

A competência para processar e julgar o delito de falsidade ideológica será, em regra, da Justiça Estadual. A exceção – Justiça Federal - ocorrerá caso seja constatado que o delito foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesses da União.

No julgamento do CC n. 121.416/PA, relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe de 19/12/2012 foi reconhecida a competência da Justiça Federal, pois os acusados alteraram o contrato social da empresa com o objetivo de, junto à Polícia Federal, obter autorização para o funcionamento de empresa de segurança privada:

> *"A conduta dita criminosa foi perpetrada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, já que houve a intenção direta de lesar a Polícia Federal, o que atrai a competência da Justiça Federal para julgar o feito."*

Assim, diante da ocorrência de uma infração penal antecedente, as conseqüências subseqüentes são extremamente danosas, pois se o autor da falsidade ideológica obtém proveito econômico desse crime antecedente e oculta ou dissimula a origem do proveito econômico advindo da falsidade, poderá ser responsabilizado, também, pelo crime de lavagem de dinheiro, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> *"Havendo indícios de existência de organização criminosa voltada a prática de fraude fiscal estruturada, com delitos tributários e outros, como a falsidade ideológica, a demonstrar que os valores ocultados e dissimulados tiveram origem da prática de outros crimes, não há como se acolher a tese de inexistência de crime antecedente ao suposto delito de lavagem de capitais.*
>
> *(AgRg no RHC n. 155.730/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.)"*

No julgamento do HC n. 436.024/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 19/6/2018 foi denegada ordem de habeas corpus que analisava a justa causa para a acusação criminal proposta pelos crimes de falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. Confira trechos do voto exarado no referido *writ*:

> *"Consoante relatado, afirma o impetrante, em síntese, inépcia da inicial acusatória, por se tratar de denúncia genérica, sem a mínima exposição dos fatos, e falta de justa causa, em razão da ausência de provas da autoria dos pacientes na prática do crime de falsidade ideológica e lavagem de dinheiro. (...)*
>
> *Extrai-se da inicial acusatória que os ora pacientes foram denunciados pela prática de falsidade ideológica na elaboração do contrato social de EWS Brasil Participações Ltda., por terem inserido falsamente o nome da denunciada Elisama Lima de Souza na condição de sócia da referida empresa, mediante a promessa de pagamento da quantia mensal pelo "empréstimo do nome" (fl. 496), com o fim de alterar a verdade sobre fato*

> *juridicamente relevante, isto é, a condição de verdadeiros sócios e proprietários da empresa EWS Brasil Participações Ltda., e M-COR Holding Ltda., ou seja, dos acusados Luiz Francisco Ribeiro Pinto e Ariane Riguette Pinto, em outubro de 2010 (fls. 498/499). (...)*
>
> *Assim, conforme se observa da narrativa acusatória, encontra-se presente a necessária indicação dos fatos delituosos imputados aos pacientes, de modo que não se verifica a presença de quaisquer das situações que ensejam o trancamento da ação penal, restando devidamente demonstrado haver indícios mínimos de materialidade e autoria da imputação de falsidade ideológica e ocultação de bens. (...)*
>
> *Com efeito, não há generalidade na denúncia acima transcrita, que individualiza a conduta dos pacientes, permitindo o pleno exercício da ampla defesa, em conformidade com o art. 41 do CPP."*

Diante do exposto, aquele que, mediante remuneração, "empresta" o seu nome para que terceiros possam criar documentos ideologicamente falsos com o propósito de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante poderá ser responsabilizado criminalmente pelos delitos de falsidade ideológica e lavagem de dinheiro.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

RHC n. 77.510/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe de 7/12/2016.

RvCr n. 5.233/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 13/5/2020, DJe de 25/5/2020.

AgRg no REsp n. 1.382.216/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 12/9/2018.

CC n. 121.416/PA, relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Terceira Seção, julgado em 12/12/2012, DJe de 19/12/2012.

AgRg no RHC n. 155.730/RJ, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 26/4/2022.

HC n. 436.024/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 19/6/2018.

CC n. 81.261/BA, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 11/2/2009, DJe de 16/3/2009.

CC n. 119.576/BA, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 9/5/2012, DJe de 21/6/2012.

8. A gestão fraudulenta de instituições financeiras

O crime de gestão fraudulenta está previsto no artigo 4º, da Lei nº. 7.492/1986, com pena de reclusão de 3 a 12 anos, e multa, e tem como objeto jurídico tutelado a credibilidade pública do sistema financeiro nacional. Em linhas gerais, a referida lei objetiva repelir lesão ou ameaça de lesão contra o sistema financeiro nacional, e a sua configuração está vinculada à má-fé praticada por aquele que detém poder de gerir negócios jurídicos dentro de uma instituição financeira.

> *A má-fé, nesse contexto, é elemento essencial para a configuração da fraude.*
>
> *(HC n. 285.587/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2016, DJe de 28/3/2016.)*

Portanto, para a caracterização do delito em análise, presume-se que o gestor agiu com vontade de enganar ou iludir o sistema financeiro nacional, produzindo expedientes ardilosos, com o objetivo de obter vantagem indevida:

> *A conduta típica está caracterizada no fato de o autor do crime, que é quem detém a função de comando, controle ou de direção de instituição financeira, ter, supostamente, procedido a uma*

> *série de empréstimos irregulares, de forma reiterada e habitual, contando com a participação de diversas pessoas, dentre elas o paciente, para prestarem falsas garantias, ocasionando prejuízo à instituição financeira.*
>
> *(HC n. 39.908/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 6/12/2005, DJ de 3/4/2006, p. 373.)*

Importante destacar que o mero descumprimento de normas internas da instituição financeira não caracteriza esse tipo penal, pois a configuração do delito exige a comprovação de que o ato contrário às normas de conduta foi praticado por aquele que possui poderes legais para gerir negócios jurídicos dentro da instituição financeira:

> *O descumprimento de normas internas da agência bancária, relativas a empréstimos e financiamentos, não legitima a acusação de gerente pelo delito de gestão fraudulenta se os atos não chegaram a compreender o núcleo contido no verbo "gerir", pelo qual se tem real comprometimento da administração da instituição.*
>
> *(REsp n. 897.864/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/11/2010, DJe de 29/11/2010.)*

Assim, a infração em análise pressupõe que o gestor esteja vinculado a uma instituição financeira legalmente autorizada pelo Banco Central do Brasil a funcionar no território nacional, pois aquele que opera, sem a devida autorização, ou com auto-

rização obtida mediante declaração falsa, instituição financeira, pratica o crime previsto no artigo 16, da Lei nº. 7.492/86, que, aliás, tem pena inferior ao crime de gestão fraudulenta:

> *Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:*
>
> *Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*
>
> *Nesse sentido, não existe impedimento legal para que a acusação seja dirigida ao gerente de uma agência bancária com poderes reais de gestão:*
>
> *A jurisprudência desta Corte entende que, se o gerente de uma agência bancária detiver poderes reais de gestão, é-lhe possível a imputação do crime previsto no art. 4º da Lei n. 7.492/86. No caso, há indícios de que o recorrente detinha poderes de gestão na instituição financeira, pois foi apontado que era responsável pela aprovação de propostas de concessão de crédito, além de possuir autorização para manipulação de operações de crédito, como desembolso e liquidação de operações de crédito.*
>
> *(RHC n. 147.307/PE, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.)*

Sendo assim, apesar de ser considerado um crime conceitualmente conhecido como de mão própria, de conduta pessoal ou de atuação infungível, nos termos do artigo 29, do Código Penal é possível atribuir a autoria dessa infração àquele que formalmente não detém poder de gestão, mas que contribuiu para a prática delitiva:

> *A autoria do delito de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei n. 7.492/86) pode ser reconhecida para aqueles que não ostentem a condição do art. 25 da Lei n. 7.492/86 quando os referidos atos ilícitos são praticados por administradores de fato da instituição financeira, em razão do disposto nos artigos 29 e 30 do CP.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 1.140.011/MT, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 19/2/2019.)*

Trata-se de crime formal, que não exige resultado naturalístico ou efetivo prejuízo para a sua caracterização, cuja consumação, em regra, estará baseada em decisão proferida por autoridade administrativa vinculada ao Ministério da Fazenda:

> *O tipo penal do art. 4° da Lei 7.492/86 é crime formal consumando-se mediante a comprovação da gestão fraudulenta, independentemente da efetiva lesão ao patrimônio de instituição financeira ou prejuízo dos investidores, poupadores ou assemelhados". AgRg no AREsp 926.372/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 2/2/2017).*

> *(AgRg no REsp n. 1.877.651/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)*

No entanto, o prejuízo causado à instituição financeira poderá ensejar no aumento do quantum estabelecido à pena-base do infrator. Isto é, quanto maior o prejuízo causado à coletividade, maior será a pena-base atribuída ao condenado:

> *Da leitura do artigo 4º, da Lei nº 7.492/86, depreende-se que o prejuízo causado pela gestão fraudulenta não integra o seu tipo penal, ademais, "tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das conseqüências do delito (HC 41.466/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 10/10/2005, p. 402).*
>
> *(EDcl no REsp n. 975.243/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3/3/2011, DJe de 28/3/2011.)"*

Apesar da divergência de entendimentos sobre a classificação do crime de gestão fraudulenta, somos adeptos à corrente minoritária de que a habitualidade é pressuposta da conduta ilícita, sendo atípica a conduta lastreada em ato isolado no tempo:

> *Além disso exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da insti-*

> *tuição financeira, perpetrados com dolo, visando à obtenção de vantagem indevida em prejuízo da pessoa jurídica.*
>
> *A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão fraudulenta, como ocorre na espécie, onde o ora paciente está imbricado como mero partícipe, estranho aos quadros da instituição financeira, por ter efetivado uma operação na bolsa de valores, em mesa de corretora.*
>
> *(HC n. 101.381/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/9/2011, DJe de 13/10/2011.)*

Por fim, se a denúncia é baseada em decisão de primeira instância punitiva, que foi cassada por instância recursal administrativa, que deliberou pela legalidade do ato do gestor da instituição financeira e o inocentou da acusação inicialmente proposta, não há como negar que a decisão administrativa absolutória vincula a acusação criminal por crime contra o sistema financeiro nacional:

> *Desnecessário o exame aprofundado de provas, no caso concreto, bastando cotejar os fatos que deram suporte à denúncia (fundada exclusivamente em representação do Banco Central) com aqueles mencionados no acórdão do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, que inocentou o paciente da acusação de gestão temerária, determinando o arquivamento da representação, restando evidente a correspondência entre eles.*

No Estado Democrático de Direito, o devido (justo) processo legal impõe a temperança do princípio da independência das esferas administrativa e penal, vedando-se ao julgador a faculdade discricionária de, abstraindo as conclusões dos órgãos fiscalizadores estatais sobre a inexistência de fato definido como ilícito, por ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, alcançar penalmente o cidadão com a aplicação de sanção limitadora de sua liberdade de ir e vir.

HC n. 77.228/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13/11/2007, DJ de 7/2/2008, p. 343.

Fontes:

AgRg no AREsp n. 486.689/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 2/8/2019.

AgRg no REsp n. 1.877.651/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.

AgRg no REsp n. 1.820.289/PE, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 19/12/2019.

RHC n. 147.307/PE, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.

AgRg no AREsp n. 1.140.011/MT, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 19/2/2019.

RHC n. 98.056/CE, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 4/6/2019, DJe de 21/6/2019.

RHC n. 64.045/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2017, DJe de 23/8/2017.

HC n. 351.960/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe de 26/6/2017.

HC n. 285.587/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/3/2016, DJe de 28/3/2016.

HC n. 245.916/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/4/2013, DJe de 13/9/2013.

REsp n. 1.015.971/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 3/4/2012.

HC n. 101.381/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/9/2011, DJe de 13/10/2011.

EDcl no REsp n. 975.243/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3/3/2011, DJe de 28/3/2011.

REsp n. 897.864/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/11/2010, DJe de 29/11/2010.

REsp n. 975.243/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/10/2010, DJe de 8/11/2010.

AgRg no REsp n. 510.779/MT, relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 23/2/2010, DJe de 15/3/2010.

AgRg no HC n. 31.051/RJ, relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 5/3/2009, DJe de 11/5/2009.

REsp n. 897.656/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/12/2008, DJe de 19/12/2008.(HC n. 93.479/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/10/2008, DJe de 24/11/2008.

HC n. 39.908/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 6/12/2005, DJ de 3/4/2006, p. 373.

REsp n. 575.684/SP, relator Ministro Hamilton Carvalhido, relator para acórdão Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 4/10/2005, DJ de 23/4/2007, p. 317.

REsp n. 637.742/PR, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/9/2005, DJ de 7/11/2005, p. 344.

REsp n. 585.770/RS, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 7/10/2004, DJ de 16/11/2004, p. 313.

AgRg no HC n. 78.169/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 23/2/2017.

HC n. 77.228/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13/11/2007, DJ de 7/2/2008, p. 343.

9. O crime de gestão temerária

O crime de gestão temerária está previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei nº. 7.492/1986, e tem como objeto jurídico tutelado a credibilidade do sistema financeiro nacional.

> *Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:*
>
> *Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Se a gestão é temerária:*
>
> *Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.*

Esse tipo penal pode ser cometido por aquele que detém competência institucional para a prática de atos de gestão bancária, onde o desprezo pelas normas de conduta da instituição financeira tem potencial para causar danos subjetivos à coletividade.

> *A concessão em série de dezenas de empréstimos aprovados pelos diretores de entidade governamental de fomento, sem a devida observância das normas editadas pelo Banco Central do Brasil, e o gerenciamento desses créditos, sem controle e sem cobrança daqueles em atraso, pode, em tese, configurar o crime de gestão temerária de instituição financeira, que não depende de resultado, não havendo como afastar a responsabilidade penal sem a realização da instrução criminal.*

HC n. 44.866/GO, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 3/11/2005, DJ de 5/12/2005, p. 346.)

Trata-se de delito considerado de mão própria, de conduta pessoal ou de atuação infungível, isto é, pode ser praticado por aquele que detém poder de decisão sobre o deferimento de uma operação financeira, admitindo-se, consequentemente, *ex vi* do artigo 29, do Código Penal, a participação de terceiros que contribuíram para a realização do fato típico.

É possível, todavia, a participação de terceiras pessoas não integrantes do rol taxativo previsto em lei na prática do delito, desde que se demonstre o nexo de causalidade entre a conduta da terceira pessoa e a realização do fato típico. Esse nexo exige a presença do elemento subjetivo, consubstanciado na consciência de sua conduta, mediante ajuste de vontades, voltada para a ocorrência do resultado que a lei visa reprimir.

RHC n. 18.667/DF, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 9/10/2012, DJe de 19/10/2012.)

O delito em análise exige que o gestor tenha intenção de colocar em risco a instituição financeira (ou assuma o risco – dolo eventual), ou seja, só haverá justa causa para a formalização de uma acusação criminal quando estiver comprovado o dolo:

A denúncia que emprega os termos imprudência e negligência, descrevendo, pois, comportamento culposo, apesar da imputação de crime punível apenas a título de dolo, conduz ao reconhecimento da atipicidade.

> *(HC n. 101.570/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/9/2010, DJe de 11/10/2010.)*

Aliás, o mero descumprimento de normas internas da instituição financeira não caracteriza o delito, uma vez que a gestão temerária exige ato voluntário típico de gestão desastrosa:

> *O descumprimento de normas internas da agência bancária, relativas à empréstimos e financiamentos, não legitima a acusação de gerente pelo delito de gestão fraudulenta se os atos não chegaram a compreender o núcleo contido no verbo "gerir", pelo qual se tem real comprometimento da administração da instituição.*
>
> *(REsp n. 897.864/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 4/11/2010, DJe de 29/11/2010.)*

Nesse sentido, a infração penal não exige efetiva lesão, pois o resultado naturalístico não é previsto na norma. Trata-se de infração conceitualmente conhecida como formal ou de consumação antecipada, sendo a lesão ao sistema financeiro nacional mero exaurimento do crime:

> *A consumação do crime de gestão temerária não depende da produção de resultado naturalístico, que nem sequer é previsto no tipo penal.*

> *REsp n. 1.352.043/SP, Relator Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/10/2013, DJe de 28/11/2013*

Embora existam divergências sobre o conceito de gestão para a caracterização do tipo penal em análise, prevalece o entendimento de que a gestão temerária poderá estar configurada com apenas um único ato típico. Trata-se de delito definido como habitual impróprio, onde a reiteração criminosa não configura pluralidade de crimes.

Confira trechos das ementas de dois julgamentos divergentes ocorridos no Superior Tribunal de Justiça:

> *O crime de gestão temerária de instituição financeira caracteriza-se como crime acidentalmente habitual, razão pela qual, embora um único ato seja suficiente para a configuração do crime, a sua reiteração não configura pluralidade de delitos. Precedentes do STJ e do STF.*
>
> *HC n. 391.053/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 30/5/2019, DJe de 2/8/2019.)*
>
> *Embora exista controvérsia, com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a tese mais plausível é de que o crime do art. 4º, parágrafo único da Lei nº 7.492/1986 (gestão temerária) exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com desmedido arrojo.*

> *A descrição de um só ato, isolado no tempo, não legitima denúncia pelo delito de gestão temerária.*
>
> *(HC n. 97.357/GO, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/9/2010, DJe de 18/10/2010.)*

Por fim, em regra, por ser um delito que se presuma estar embasado em decisão proferida pelo Banco Central do Brasil, só haverá justa causa para a persecução criminal quando houver o trânsito em julgado da decisão punitiva da autoridade administrativa, sendo inaplicável a regra das independências das instâncias administrativa e criminal, pois, na gestão temerária, a decisão administrativa punitiva vincula a justa causa para a ação penal.

> *Tendo o órgão estatal responsável pela fiscalização do Sistema Financeiro Nacional, após regular e amplo procedimento administrativo, concluído que as práticas que motivaram a representação administrativa e, posteriormente, a investigação criminal, não caracterizaram gestão temerária, evidente a atipicidade da conduta, a conduzir ao trancamento da Ação Penal por falta de justa causa. Precedentes do STF e do STF (RHC 12.192/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU 10.03.03 e HC 83.674/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 16.04.04).*
>
> *(HC n. 77.228/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13/11/2007, DJ de 7/2/2008, p. 343.).*

Fontes:

Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986.

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

HC n. 125.853/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 2/2/2010, DJe de 1/3/2010.

REsp n. 644.272/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6/6/2006, DJ de 1/8/2006, p. 515.

AgRg no REsp n. 1.374.090/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/8/2018, DJe de 15/8/2018.

REsp n. 899.630/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 10/8/2010, DJe de 13/9/2010.

HC n. 317.330/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe de 3/2/2017.

REsp n. 1.613.260/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 9/8/2016, DJe de 24/8/2016.

RHC n. 12.192/RJ, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 21/3/2002, DJ de 10/3/2003, p. 311.

AgRg no HC n. 78.169/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 23/2/2017.

REsp n. 1.149.477/DF, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28/2/2012, DJe de 2/3/2012.

10. A apreensão do aparelho celular por força do cumprimento de mandado de busca e apreensão e a inexistência de relação com os rigores da Lei nº. 9.296/96

A apreensão do aparelho celular por força do cumprimento de mandado de busca e apreensão, isto é, em obediência à pretérita decisão judicial, quando fundamentada em elementos capazes de justificar a imprescindibilidade da medida - uma vez que os dados contidos no celular dizem respeito à intimidade e à privacidade da pessoa - não é ilegal, pois o inciso XII do art. 5º da Constituição Federal admite a violação judicial do sigilo de dados, por ordem judicial:

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

Importante destacar que a extração dos dados existentes no aparelho celular da pessoa submetida ao cumprimento do mandado de busca e apreensão não se confunde com interceptação de comunicação telefônica e, portanto, não se subordina

à Lei nº. 9.296/96, pois os dados existentes no telefone celular já estão incorporados no próprio hardware apreendido (base fixa), e a interceptação telefônica ou telemática diz respeito aos dados que não foram incorporados no aparelho.

> *"Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. (HC 91867, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012)"*

Como a finalidade da busca e apreensão do aparelho celular não está relacionada ao próprio aparelho celular, mas aos dados existentes nele, consolidou-se o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que a apreensão do telefone pressupõe o acesso aos dados nele armazenados:

> *"Este Tribunal Superior já assentou que "na pressuposição da ordem de apreensão de aparelho celular ou smartphone está o acesso aos dados que neles estejam armazenados, sob pena de a busca e apreensão resultar em medida írrita, dado que o aparelho desprovido de conteúdo simplesmente não ostenta virtualidade de ser utilizado como prova criminal".*
>
> *(AgRg no HC n. 675.582/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021.)*

Aliás, como o mandado de busca e apreensão é autorizado por meio de fortes indícios da prática de crimes, ou seja, não há certeza do que poderá ser encontrado por ocasião do cumprimento da medida, prevalece o entendimento de que não se considera genérica a decisão judicial que não faz a pormenorização de todos os bens que deverão ser apreendidos:

> *"A pormenorização dos bens somente é possível após o cumprimento da diligência, não sendo admissível exigir um verdadeiro exercício de futurologia por parte do Magistrado, máxime na fase pré-processual (Precedentes).*
>
> *(RHC n. 59.661/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe de 11/11/2015.)"*

Com efeito, quando o acesso aos dados do aparelho celular é feito ao consectário da oportunidade e da conveniência, sem autorização judicial pretérita, por ocasião de eventual prisão em flagrante, as provas colhidas a partir da insurgência constitucional serão consideradas ilícitas, pois, conforme sustentado, a obtenção de dados no aparelho celular exige prévia autorização judicial:

> *"Ambas as Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior entendem ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial.*

(AgRg no HC n. 499.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe de 14/6/2019.)"

No julgamento do HC n. 672.688/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022, foi concedida ordem de habeas corpus para anular uma condenação lastreada em produção probatória ilícita, onde o policial responsável pela prisão em flagrante da paciente atendeu o telefone da pessoa e se passou por traficante para forjar a comercialização de entorpecente.

"No caso, por ocasião da própria prisão em flagrante - sem, portanto, a prévia e necessária autorização judicial -, o policial atendeu o telefone do réu e afirmou que a ligação tratava de um pedido de venda de substância entorpecente. [...] 3. A denúncia se apoiou em elementos obtidos a partir da apreensão do celular pela autoridade policial, os quais estão reconhecidamente contaminados pela forma ilícita de sua colheita.

Não tendo a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para ler mensagens nem para atender ao telefone móvel da pessoa sob investigação e travar conversa por meio do aparelho com qualquer interlocutor que seja se passando por seu dono, a prova obtida dessa maneira arbitrária é ilícita.

No caso, a condenação do paciente está totalmente respaldada em provas ilícitas, uma vez que, no momento da abordagem ao veículo em que estavam o paciente, o corréu e sua namorada, o

> *policial atendeu ao telefone do condutor, sem autorização para tanto, e passou-se por ele para fazer a negociação de drogas e provocar o flagrante.*
>
> *Ordem concedida a fim de reconhecer a ilicitude da prova produzida por meio do atendimento policial da ligação da paciente para o celular do corréu no momento do flagrante, bem como de todas as dela decorrentes, com a consequente anulação da condenação da paciente."*

Assim, de acordo com o que foi fundamentado nesse estudo, se pode concluir que: a) A apreensão do aparelho celular por ocasião do cumprimento de mandado de busca e apreensão pressupõe a existência pretérita de ordem judicial devidamente fundamentada; b) Não se aplicam as regras contidas na Lei nº. 9.296/96 na apreensão do aparelho celular, uma vez que a interceptação telefônica diz respeito à comunicação dos dados, e não aos dados já incorporados no aparelho celular; c) O mandado de busca e apreensão do aparelho celular pressupõe o acesso aos dados existentes no hardware; d) Não se considera genérica a decisão judicial que não faz a pormenorização de todos os bens que deverão ser apreendidos no mandado de busca e apreensão; e) É ilícito o acesso aos dados existentes no aparelho celular sem prévia autorização judicial.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996.

HC 91867, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012.

AgRg no HC n. 675.582/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021.

RHC n. 59.661/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe de 11/11/2015.

AgRg no HC n. 499.425/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe de 14/6/2019.

HC n. 672.688/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.

AgRg nos EDcl no REsp n. 1.957.639/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022.

RHC n. 75.800/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 26/9/2016.

RE 418416, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233.

HC n. 283.151/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe de 24/6/2015.

HC n. 142.205/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/11/2010, DJe de 13/12/2010.

11. O crime de inserção de dados falsos em sistema de informações

O crime de inserção de dados falsos em sistema de informações está previsto no artigo 313-A do Código Penal, com pena de reclusão de dois a doze anos, e multa e, por ser considerado crime de mão própria, deve ser originado por ato doloso de funcionário público que tenha autorização legal para praticar uma das condutas descritas no tipo penal.

> *O tipo penal também exige que o funcionário público detenha ainda a condição de funcionário autorizado a promover inserção, alteração ou exclusão de dados nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública.*
>
> *(REsp n. 1.596.708/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/6/2017, DJe de 13/6/2017.)*

Importante destacar que, nos termos do artigo 30 do Código Penal, o delito em análise admite participação de terceiro que não seja funcionário público, mas que se envolveu em alguma das etapas da empreitada criminosa:

> *A condição de funcionário público, elementar do tipo descrito no art. 313-A do Código Penal, comunica-se a todos os envolvidos na prática do crime, ainda que não possuam referida*

> *qualidade, nos termos do art. 30 do Código Penal, razão pela qual inviável o acolhimento do pedido de absolvição quanto ao crime de inserção de dados falsos em sistema de informações.*
>
> *(AgRg no REsp n. 1.512.328/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 12/5/2020.)*

Ademais, deve ser comprovado que a adulteração no sistema de informações foi feita com o objetivo de angariar vantagem indevida ou para causar dano, e deve ser demonstrado que os dados inseridos, alterados ou excluídos são falsos, uma vez que a inserção de dados corretos ou inseridos de forma culposa não caracteriza o tipo penal:

> *Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).*

Trata-se, portanto, de crime formal, que não exige resultado naturalístico para a sua consumação, caracterizando-se, independentemente, da comprovação de prejuízo ao erário:

> *O crime do art. 313-A do CP, embora exija o especial fim de agir de causar dano ou obter vantagem ilícita, se consuma independentemente da efetiva provocação de qualquer prejuízo aos cofres públicos. Assim, a inserção de dados falsos que também causa dano ao erário (R$ 20.211,02, neste caso) é, evidente-*

> *mente, mais gravosa do que a inserção que não o fez, autorizando a valoração negativa das consequências do crime na primeira fase da dosimetria da pena.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 2.046.698/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 31/5/2022.)*

Aliás, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.988.116/CE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022, por considerar que os prejuízos causados ao erário não integram o tipo penal, o valor do rombo oriundo da conduta criminosa pode justificar a avaliação desfavorável da vetorial consequências do crime:

> *O STJ reconhece que o delito previsto no art. 313-A do CP não é de natureza patrimonial e que a concessão indevida de benefícios previdenciários implica prejuízo sistêmico à autarquia federal, instituição fundamental para a sobrevivência de inúmeros brasileiros, o que caracteriza gravidade concreta não prevista no citado tipo penal.*

No entanto, quando a inserção de dados falsos é apenas um caminho utilizado para a prática de outro delito, admite-se a aplicação do princípio da consunção, isto é, o crime-fim absorve o crime-meio, e o sujeito só responderá pelo crime que efetivamente praticou, desconsiderando-se as etapas típicas necessárias para a consumação do crime-fim:

> *A inserção de dados falsos em sistema informatizado da Administração Pública - endereço de corréu e gabarito de prova*

supostamente realizada por ele - visou a expedição da carteira nacional de habilitação. Daí se afirmar que o crime previsto no art. 313-A se exauriu na prática daquele previsto no art. 299, tendo sido mero instrumento para a execução deste.

Habeas corpus em que se concede a ordem para reconhecer a absorção do delito previsto no art. 313-A pelo do art. 299, ambos do Código Penal, estando extinta a punibilidade, pela prescrição, quanto ao último delito.

(HC n. 388.543/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 8/3/2018)"

Por fim, quando há conflito de jurisdições entre os Juízos Comum e Militar, na apuração de crime de inserção de informações falsas, por militar, em sistema de informação das Forças Armadas, deve ser aplicado o princípio da especialidade entre o crime contra a ordem administrativa militar e o delito previsto no artigo 313-A do Código Penal, e a competência para o processamento e o julgamento dessa apuração será do Juízo Militar:

A inserção de informações falsas, por militar, em sistema de informação da Aeronáutica, com vistas à obtenção de vantagem indevida de militares que almejavam a contratação de empréstimos em condições mais vantajosas, configura crime militar, pois perpetrada por militar, em situação de atividade, contra a ordem administrativa militar (art. 9º, II, e, do CPM).

CC n. 168.814/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/5/2020, DJe de 19/5/2020"

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

REsp n. 1.596.708/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/6/2017, DJe de 13/6/2017.

AgRg no REsp n. 1.512.328/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/5/2020, DJe de 12/5/2020.

AgRg no AREsp n. 2.046.698/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 31/5/2022.

HC n. 388.543/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe de 8/3/2018.

CC n. 168.814/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 13/5/2020, DJe de 19/5/2020.

AgRg no REsp n. 1.988.116/CE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.

AgRg no AREsp n. 1.441.689/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022.

AgRg no AREsp n. 2.090.890/DF, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022.

AgRg no RHC n. 145.671/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 31/8/2021.

12. A autolavagem e a dupla punição criminal

O crime de lavagem de dinheiro está previsto na Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998, com pena de reclusão de 3 a 10 anos, e multa, e, resumidamente, é imputado àquele que oculta ou dissimula a origem ilícita de bens ou valores que sejam decorrentes de crimes.

> *Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

Nesse sentido, o crime de lavagem de dinheiro é considerado delito autônomo em relação à infração criminal antecedente, ou seja, quem pratica essa espécie delitiva pode ser responsabilizado, independentemente da condenação pelo delito antecedente:

> *Por definição legal, a lavagem de dinheiro constitui crime acessório e derivado, mas autônomo em relação ao crime antecedente, não constituindo post factum impunível, nem dependendo da comprovação da participação do agente no crime antecedente para restar caracterizado.*
>
> *(REsp n. 1.342.710/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 2/5/2014.)*

Assim, por exemplo, se o sujeito pratica o crime antecedente de corrupção passiva, mas não oculta, dissimula ou reintegra os recursos na economia formal, responderá apenas pelo crime previsto no artigo 317 do Código Penal:

> *O recebimento dos recursos por via dissimulada, como o depósito em contas de terceiros, não configura a lavagem de dinheiro. Seria necessário ato subsequente, destinado à ocultação, dissimulação ou reintegração dos recursos – Rel. Min. Luiz Fux, redator para acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 21.8.2014. Absolvição.*
>
> *(AP 644, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 15-03-2018 PUBLIC 16-03-2018)*

No julgamento do HC n. 207.936/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 12/4/2012, adotou-se o entendimento, segundo o qual, a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da infração penal antecedente não implica em atipicidade do delito de lavagem de dinheiro, pois a lavagem de dinheiro independe da responsabilização pelo delito antecedente:

> *(...)Aliás, se a própria Lei 9.613/1998 permite a punição dos fatos nela previstos ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime antecedente, é evidente que a extinção da punibilidade pela prescrição de um dos coautores dos delitos acessórios ao de lavagem não tem o condão de inviabilizar a persecução penal no tocante a este último ilícito penal.*

Portanto, de acordo com a jurisprudência anteriormente citada, não se aplica o princípio da consunção entre o crime antecedente e a lavagem de dinheiro, uma vez que não se trata de mero exaurimento impunível do primeiro crime, mas de autonomia material em relação ao delito antecedente:

> *O agente que praticou o crime contra o sistema financeiro nacional (art. 22 da Lei n. 7.492/1996) pode também ser sujeito ativo do delito de lavagem de capitais (art. 1º da Lei n. 9.613/1998), não constituindo este mero exaurimento impunível do primeiro crime e tampouco ficando caracterizado o bis in idem em decorrência da dupla punição. São condutas independentes, cada qual tipificada autonomamente, inexistindo, no ordenamento jurídico, qualquer previsão excluindo a responsabilidade do autor do crime antecedente pelo delito posterior.*
>
> *(REsp n. 1.222.580/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe de 10/4/2014.)*

Importante destacar que a condenação pelo delito previsto no artigo 1º da Lei nº. 9.613/98 depende da comprovação que o autor do crime de lavagem detinha ciência da origem ilícita dos bens, direitos e valores e concorreu para sua ocultação ou dissimulação:

> *A condenação pelo delito de lavagem de dinheiro depende da comprovação de que o acusado tinha ciência da origem ilícita dos valores.*

> *(AP 470 EI-décimos sextos, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00321)*

Posto isso, o autor do crime antecedente que desenvolve uma série de condutas subsequentes, para dar aparência de licitude à infração penal originária, poderá ser responsabilizado pela autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem de dinheiro – concurso material de crimes. Cita-se, como exemplo, o advogado que, por meio de contrato fictício de prestação de serviços advocatícios, disfarça o recebimento de valores oriundos de crimes contra a Administração Pública, e, após essa etapa, utiliza os proveitos da suposta prestação de serviços advocatícios na compra de um imóvel.

> *Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de um crime antecedente, é possível a autolavagem - isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem -, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização do primeiro crime, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.*
>
> *(APn n. 856/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/10/2017, DJe de 6/2/2018.)*

Em sentido oposto, quando não há comprovação de que o réu realizou ações posteriores autônomas, com o objetivo de

dar aparência de legalidade à ação inicial, responderá apenas pelo cometimento do delito originário ou antecedente. No julgamento da APn n. 804/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 18/12/2018, DJe de 7/3/2019, como não foi comprovado que o réu praticou ações autônomas posteriores, com o objetivo de dar aparência de legalidade ao proveito do crime antecedente, não foi aplicada a tese de autolavagem de capitais, subsistindo apenas a condenação pelo delito antecedente:

> *Assim, não há que se falar, no caso concreto, de "autolavagem de capitais", pois o réu não realizou ações posteriores e autônomas com aptidão para convolar os valores obtidos com a prática delituosa em valores com aparência de licitude na economia formal. (...)*
>
> *Com isso, é de se concluir pela condenação do réu apenas pelo cometimento do delito previsto no art. 317, com a causa de aumento de pena prevista no § 1º, todos do Código Penal. Com a dosimetria efetivada e individualizada a pena in concreto, aplica-se ao réu a uma pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão.*

Portanto, de acordo com o que foi sustentado neste estudo, quando o autor do crime antecedente pratica uma série de condutas subsequentes, para dar aparência de licitude à infração penal originária, responderá pela autolavagem, isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, do delito antecedente e do crime de lavagem de dinheiro, e poderá ser responsabilizado em concurso material de delitos.

Fontes:

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

REsp n. 1.342.710/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 22/4/2014, DJe de 2/5/2014.

AP 644, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/02/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 15-03-2018 PUBLIC 16-03-2018.

HC n. 207.936/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 27/3/2012, DJe de 12/4/2012.

REsp n. 1.222.580/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe de 10/4/2014.

AP 470 EI-décimos sextos, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 20-08-2014 PUBLIC 21-08-2014 RTJ VOL-00229-01 PP-00321.

APn n. 856/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 18/10/2017, DJe de 6/2/2018.

APn n. 804/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 18/12/2018, DJe de 7/3/2019.

REsp n. 1.829.744/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 18/2/2020, DJe de 3/3/2020.

APn n. 922/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 5/6/2019, DJe de 12/6/2019.

APn n. 923/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 23/9/2019, DJe de 26/9/2019.

HC 85949, Relator(a): CARMEN LUCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 06-11-2006 PP-00038 EMENT VOL-02254-02 PP-00407 RTJ VOL-00199-03 PP-01132.

HC 165036, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020.

13.O CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA

Em 18 de dezembro de 2020 foi publicada a Lei nº. 14.110, que alterou o artigo 339 do Código Penal, para dar nova redação ao crime de denunciação caluniosa, e incorporar ao texto originário, que previa punição apenas quando a falsa acusação estava relacionada a crime, a possibilidade de punir aquele que se utiliza do Estado para vingança pessoal, e passou a criminalizar o agente que – dolosamente – movimenta, indevidamente, a máquina do Estado, com o objetivo de atribuir a terceiro inocente fato inverídico, que tenha como propósito a instauração de procedimento persecutório:

> *Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020)*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*

Isso quer dizer que o novo conceito de denunciação caluniosa possibilita punição àquele que, dolosamente, por exemplo, der ensejo à abertura de processo administrativo na Ordem dos Advogados do Brasil:

> *A abertura de processo administrativo no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil pode configurar o delito de denunciação caluniosa, desde que preenchidos os demais elementos constitutivos do tipo penal.*
>
> *(HC n. 477.243/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 7/5/2019.)*

Importante destacar que o delito previsto no artigo 339 do Código Penal só é punível a título de dolo, por meio de conduta comissiva, isto é, o criminoso tem certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática desabonadora. No julgamento do RHC n. 147.724/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 26/10/2021, houve a condenação pelo crime de denunciação caluniosa, de ex-esposa que acusou injustamente o ex-marido de tentativa de homicídio:

> *Situação em que a denúncia narra que a recorrente apresentou notícia, perante a autoridade policial, de que seu ex-marido teria acelerado o veículo que conduzia, em sua direção, no interior do estacionamento de um clube, com a intenção de matá-la, apurando-se, no entanto, em laudo pericial, que a recorrente teria se colocado intencionalmente na frente do carro conduzido por seu ex-esposo, que trafegava em baixa velocidade no interior do estacionamento.*

A caracterização do delito em análise independe do resultado final de investigação instaurada em desfavor da vítima, uma vez que a indevida movimentação da máquina do Estado,

contra pessoa sabidamente inocente, atinge a consumação do crime no momento em que a administração da Justiça é induzida a erro:

> *O delito de denunciação atingiu a consumação, pois, ainda que a queixa-crime não tenha sido recebida, o recorrente levou ao conhecimento do poder judiciário fato desprovido de mínimo lastro probatório, movimentando a máquina pública de maneira indevida, o que, inclusive, deu ensejo à instauração de processo judicial e à realização de uma série de atos para a apuração de conduta da qual sabia ser a pessoa alvo da imputação inocente.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 1.994.946/RS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022.)*

Como a caracterização da denunciação caluniosa depende da instauração de procedimento apuratório, quando a atuação dolosa do denunciante não enseja na formalização do procedimento para apurar os fatos narrados na falsa denúncia, a conduta será considerada atípica:

> *Não tendo sido instaurado procedimento investigatório disciplinar contra a reputada vítima, já que a reclamação apresentada pelo agravado, que fora autuada como "notícia de fato", foi arquivada, de plano, resta clara a inexistência de movimentação indevida do órgão de controle administrativo e, por consectário, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta descrita na peça acusatória.*

> *(AgRg no RHC n. 88.132/RN, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 13/5/2021.)*

Em sentido oposto, quando há abusividade no exercício da autodefesa, com acusações infundadas contra os agentes do Estado responsáveis pela prisão do denunciante, caso seja instaurada investigação para a apuração das condutas narradas pelo custodiado, ele responderá, também, pelo crime previsto no artigo 339 do Código Penal:

> *Para caracterização do crime de denunciação caluniosa é imprescindível que o sujeito ativo saiba que a imputação do crime é objetivamente falsa ou que tenha certeza de que a vítima é inocente.(RHC 106.998/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 12/03/2019), como na hipótese dos autos, onde o paciente, ao ser ouvido na audiência de custódia, narrou que três policiais civis, ao buscarem lhe capturar, teriam desferido tiros em sua direção, agredido e xingado seus familiares, além de lhe ameaçar, dando causa à instauração de investigação administrativa e instauração de inquérito contra os referidos agentes públicos, pela suposta prática dos crimes de disparo de arma de fogo, abuso de autoridade e ameaça.*
>
> *(AgRg no HC n. 622.955/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 7/6/2021.)*

Convém realçar que a rejeição sumária de queixa-crime não a torna apta – por si só – para a caracterização do delito de denunciação caluniosa, pois, de acordo com o que foi sus-

tentado nesse estudo, é imprescindível a existência de dolo na conduta do agente, isto é, a certeza da inocência da pessoa a quem se atribui a prática desabonadora. No RHC n. 101.728/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe de 14/10/2019, foi determinado o trancamento de uma ação penal movida exclusivamente com base na rejeição sumária de uma representação:

> *Pelo que consta dos autos, o Tribunal entendeu simplesmente que o fato de a representação e de a queixa terem sido rejeitadas caracteriza o crime de denunciação caluniosa. Com efeito, a rejeição da queixa não quer dizer que o recorrente tenha tido o dolo direto para fazer uma denunciação caluniosa.*
>
> *2. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento da ação penal.*

Por fim, é pacífica a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça de que a competência do juízo será do local onde foram iniciadas as investigações sobre o fato denunciado:

> *A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, "considera-se consumado o crime de denunciação caluniosa no local onde foram iniciadas as investigações, ainda que preliminares, sobre o fato denunciado".*
>
> *(AgRg no RHC n. 55.609/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 10/12/2020.)*

Portanto, de acordo com o que foi sustentado nesse estudo, a conduta típica da denunciação caluniosa depende dos seguintes requisitos: a) Atuação do agente contra a própria convicção, intencionalmente e com conhecimento de causa, sabendo que o denunciado é inocente; b) Efetiva instauração de procedimento apuratório.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

AgRg no RHC n. 141.307/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 17/9/2021.

RHC n. 106.998/MA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe de 12/3/2019.

AgRg no AREsp n. 1.923.395/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 30/8/2022.

AgRg no AREsp n. 1.895.015/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.

AgRg nos EDcl na PET no AREsp n. 1.770.572/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 3/5/2021.

AgRg nos EDcl no HC n. 492.287/PB, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020.

HC n. 510.410/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe de 30/8/2019.

AgRg no AREsp n. 2.076.570/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 10/8/2022.

RHC n. 107.533/CE, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 10/3/2021.

AgRg no HC n. 501.188/RO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/2/2020, DJe de 2/3/2020.

14. A força probatória dos relatórios de inteligência financeira produzidos pelo COAF

Os relatórios de inteligência financeira são ferramentas desenvolvidas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), com a finalidade de examinar e identificar anomalias em operações financeiras que envolvam indícios da prática do crime de lavagem de dinheiro. De acordo com o artigo 15, da Lei nº. 9.613/98, é obrigação do COAF representar aos órgãos de persecução criminal quando constatados fundados indícios da prática de crimes:

> *Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.*

Trata-se de documentos sigilosos não oponíveis aos órgãos de persecução penal para fins criminais. Isso quer dizer que o compartilhamento desses documentos para fins de investigação penal não exige prévia autorização judicial:

> *É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lança-*

> *mento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional;*
>
> *(RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-052 DIVULG 17-03-2021 PUBLIC 18-03-2021)*

No julgamento do AgRg na CauInomCrim n. 69/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 1/6/2022, DJe de 3/6/2022, ficou consignado que os trabalhos desenvolvidos pelo COAF tem natureza penal persecutória, de modo que os relatórios de inteligência financeira podem ser utilizados para fundamentar pretensão de quebra dos sigilos fiscal e bancário:

> *A atribuição desenvolvida pelo COAF se insere no âmbito das atividades de natureza penal persecutória. Assim, pode ser utilizada como fundamento para a quebra de sigilo financeiro. Precedentes do STF e do STJ.*

Em sentido oposto, como as conclusões do COAF indicam a probabilidade de indícios da prática de crimes financeiros, e não possuem força probatória vinculante, uma vez que as suas conclusões foram feitas de forma unilateral, a utilização exclusiva do relatório de inteligência financeira, para fundamentar eventual pedido de quebra de sigilos bancário e fiscal, quando

dissociado de outros elementos investigativos, faz com que a atividade de investigação policial se transforme em ato de arbitrariedade, e as eventuais provas obtidas por meio dessas quebras são consideradas ilícitas:

> *(...) fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção. (...)*
>
> *(HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011.)*

Ao conceder ordem de habeas corpus por deficiência na fundamentação que autorizou a quebra dos sigilos bancário e fiscal de investigado por crime de lavagem de dinheiro subsidiado em relatório de inteligência financeira, o eminente relator do caso, Ministro Olindo Menezes, assim se manifestou:

> *O direito ao sigilo financeiro não é absoluto e pode ser mitigado quando houver interesse público, por meio de autorização judicial suficientemente fundamentada, na qual se justifique a providência para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, lastreada em indícios de prática delitiva (RMS 51.152/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 13/11/2017).*

> *No caso, as citações constantes do voto não expressam razões fundadas para a quebra do sigilo do acusado Flávio Ramos de Andrade. Tudo partiu de denúncia anônima e os indícios citados pela decisão (reunião em um restaurante, com empresários e pessoas do meio político, forma de ingresso em empresa e menções indiretas), não têm firmeza fática a indicar que o acusado estaria envolvido na cobrança de valores de empresários que celebraram contratos com o Estado de Goiás (...)*
>
> *Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada para conceder o habeas corpus, para declarar a ilegalidade da quebra do sigilo fiscal e bancário do agravante, haja vista a ausência de fundadas razões a justificar a medida. (AgRg no HC n. 703.081/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.)*

Como os trabalhos desenvolvidos pelo COAF se inserem no âmbito das atividades de persecução criminal, não há ilegalidade quando o intercâmbio de informações é feito de forma inversa, ou seja, quando a produção do relatório de inteligência financeira é oriunda de solicitação feita pelo próprio órgão de acusação:

> *Se o art. 1º, § 3º, IV, da Lei 9.613/98 admite que o COAF comunique "autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa", não há motivo para que o Ministério Público deixe de dirigir solicitação ao órgão no sentido de que investigue operações bancárias e fiscais de pessoa (física ou*

> *jurídica) sobre as quais paire suspeita e comunique, ao final, suas conclusões. Assim, o MPF "não possui acesso aos bancos de dados sigilosos do COAF, existindo apenas um intercâmbio de informações por sistema eletrônico, criado pelo próprio órgão, objetivando atender ao preconizado no artigo 15 da Lei de Lavagem de Dinheiro".*
>
> *(HC 349.945/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017). Precedente recente da Quinta Turma: RHC 49.982/GO, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017.*

Com efeito, há divergências de entendimentos quando a acusação criminal é lastrada exclusivamente no relatório de inteligência financeira. No julgamento do RHC n. 43.356/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015 prevaleceu a tese mais restritiva, ou seja, que as conclusões do COAF possuem força probatória suficiente para justificar a acusação criminal. Pela importância que o voto vencido tem dentro desse contexto, transcrevem-se trechos da ementa e do voto vencido:

> *Não há nulidade em denúncia oferecida pelo Ministério Público cujo supedâneo foi relatório do COAF, que, minuciosamente, identificou a ocorrência de crimes vários e a autoria de diversas pessoas.*
>
> *(VOTO VENCIDO) (MIN. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR)*

> *[...] apenas o relatório do COAF não é suficiente para subsidiar a denúncia e ensejar a deflagração de ação penal. Tal relatório demonstra, sim, a necessidade da instauração de idônea investigação criminal, a fim de se identificar todos os envolvidos, eventuais crimes em que estariam incursos e o modo pelo qual foram realizados, elementos indispensáveis à descrição da acusação (fato criminoso com as respectivas circunstâncias - art. 41 do CPP). (RHC n. 43.356/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015.)*

Em linhas gerais, os relatórios de inteligência financeira visam à apuração das seguintes condutas: a) Operações financeiras em espécie; b) O titular da conta favorecida pelo depósito; c) A propriedade do dinheiro depositado ou o destinatário do dinheiro sacado; d) O depositante – a pessoa que fez o depósito; e) O sacador – a pessoa que efetuou a retirada.

Fontes:

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

RE 1055941, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-243 DIVULG 05-10-2020 PUBLIC 06-10-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-052 DIVULG 17-03-2021 PUBLIC 18-03-2021.

AgRg no HC n. 703.081/GO, relator Ministro Olindo Menezes Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

HC n. 349.945/PE, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 2/2/2017.

RMS n. 52.677/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2017, DJe de 5/5/2017.

AgRg na CauInomCrim n. 69/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 1/6/2022, DJe de 3/6/2022.

HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011.

AgRg no HC n. 703.081/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

HC 349.945/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017). Precedente recente da Quinta Turma: RHC 49.982/GO, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017.

RHC n. 43.356/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015.

RMS n. 42.120/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 31/5/2021

15. A omissão intencional na anotação da Carteira de Trabalho e seus efeitos criminais

A omissão intencional de anotações obrigatórias na Carteira de Trabalho do empregado, visando prejuízos diretos ou indiretos ao seguro social, é crime capitulado no §4º do artigo 297 do Código Penal, com pena de reclusão de dois a seis anos, e multa, e se consuma com a simples omissão dolosa de dados que deveriam subsidiar o seguro social obrigatório.

> *O crime em questão se consuma com a simples omissão de qualquer um dos dados elencados no § 3.º do art. 297 do Estatuto Repressivo, o que, supostamente, teria ocorrido, uma vez que a empresa de que os recorrentes são sócios teria deixado de registrar a própria relação trabalhista, ou seja, omitiu na CTPS todos os dados mencionados.*
>
> *(RHC n. 29.285/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 20/6/2012.)*

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça considera que a configuração da infração penal em análise depende da conjugação da tipicidade formal e principalmente material, uma vez que deve ser demonstrado

o dolo para a ocorrência da falsidade com o objetivo de fraudar a fé pública:

> *Prevalece no STJ que a simples omissão de anotação de contrato na CTPS já preenche o tipo penal descrito no § 4º do art. 297 do Código Penal. Contudo, é imprescindível que a conduta preencha não apenas a tipicidade formal, mas antes e principalmente a tipicidade material. Indispensável, portanto, a demonstração do dolo de falso e da efetiva possibilidade de vulneração à fé pública.*
>
> *(...)*
>
> *A melhor interpretação a ser dada ao art. 297, § 4º, do Código Penal, deveria passar necessariamente pela efetiva inserção de dados na Carteira de Trabalho, com a omissão de informação juridicamente relevante, demonstrando-se, da mesma forma, o dolo do agente em falsear a verdade, configurando efetiva hipótese de falsidade ideológica, o que a tutela penal visa coibir." REsp n. 1.252.635/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 2/5/2014.*

Destarte, ainda que a primeira etapa do delito seja caracterizada pelo contrato de trabalho fraudulento realizado entre o patrão e o empregado, como o seguro social obrigatório é financeiramente alimentado por informações originadas da Carteira de Trabalho, a omissão de informações relevantes influenciará no valor que o segurado deveria pagar ao seguro social, e não o fez por ato doloso de suprimir tributo. Dado que o seguro social é gerido pela União, a vítima desse delito será o Estado e, conforme

disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal, a competência para processar e julgar esse crime será da Justiça Federal:

> *A partir do julgamento no conflito de competência n. 127.706/RS, de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, esta egrégia Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido de que "o sujeito passivo primário do crime omissivo do art. 297, § 4.º, do Diploma Penal, é o Estado, e, eventualmente, de forma secundária, o particular, terceiro prejudicado, com a omissão das informações, referentes ao vínculo empregatício e a seus consectários da CTPS.*
>
> *Cuida-se, portanto de delito que ofende de forma direta os interesses da União, atraindo a competência da Justiça Federal, conforme o disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal" (DJe 9/4/2014).*
>
> *(AgRg no CC n. 148.963/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 10/4/2019, DJe de 22/4/2019.)*

Ainda que se trate de crime de ação penal pública incondicionada, ou seja, que independe da vontade da vítima para a instauração de persecução criminal, quando a Justiça do Trabalho toma conhecimento do ilícito trabalhista e deixa de fazer a comunicação oficial ao Ministério Público, isso não quer dizer que a decisão proferida pela Justiça do Trabalho faz coisa julgada no âmbito criminal, pois a omissão dolosa na anotação da Carteira de Trabalho não constituiu mera infração administrativa, mas crime, com pena de reclusão de dois a seis anos, e multa:

> *Havendo no Estatuto Repressivo um tipo penal que responsabiliza criminalmente quem deixa de anotar na carteira de trabalho o contrato profissional celebrado com o empregado, impossível concluir que a previsão de sanções administrativas na Consolidação das Leis do Trabalho seria suficiente para punir quem assim procede.*
>
> *(AgRg no REsp n. 1.569.987/PA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 1/9/2016, DJe de 9/9/2016.)*

Dessa forma, como as instâncias trabalhista e criminal são independentes, e o crime em estudo tem preceito secundário entre 2 (dois) e 6 (seis) anos de reclusão, de acordo com o artigo 109, III, do Código Penal, o Ministério Público poderá processar o infrator, em até 12 (doze) anos da constatação da fraude, ainda que ocorra julgamento de mérito na Justiça do Trabalho.

Trata-se de crime conceitualmente conhecido como omissivo próprio, em que o patrão é o infrator imediato, pois é dele a obrigação de respeitar as leis trabalhistas e fazer as anotações de praxe na Carteira de Trabalho do empregado:

> *O delito do art. 297, § 4.º, do Código Penal é omissivo próprio e configura-se como crime instantâneo de efeitos permanentes, pois o momento consumativo é o da contratação do empregado sem realizar as devidas anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social no prazo legal.*
>
> *(REsp n. 1.359.302/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe de 25/11/2013.)*

Linhas gerais, a pessoa que dolosamente omite dados ou faz declarações falsas na Carteira de Trabalho e Previdência Social pratica crime contra o interesse da União e estará sujeita às sanções do crime de falsificação de documento público, nos termos dos § 3º, II, e § 4º do art. 297 do Código Penal, cuja pena de reclusão poderá variar entre 2 (dois) e 6 (seis) anos, e multa.

Fontes:

Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.

RHC n. 29.285/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 20/6/2012.

REsp n. 1.890.074/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 16/2/2023.

REsp n. 1.252.635/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/4/2014, DJe de 2/5/2014.

AgRg no CC n. 148.963/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 10/4/2019, DJe de 22/4/2019.

RHC n. 79.208/PA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe de 30/8/2017.

AgRg no REsp n. 1.852.359/PA, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 13/10/2020.

AgRg no AREsp n. 1.990.681/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.

AgRg no REsp n. 1.569.987/PA, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 1/9/2016, DJe de 9/9/2016.

AgRg nos EDcl no REsp n. 1.351.592/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/6/2014, DJe de 5/8/2014.

CC n. 128.504/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/2/2016, DJe de 8/3/2016.

CC n. 139.401/SP, relator Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 28/10/2015, DJe de 16/11/2015.

REsp n. 1.359.302/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 12/11/2013, DJe de 25/11/2013.

16. A razoabilidade na fundamentação da pena-base da sentença penal condenatória

Motivar adequadamente a pena-base da sentença penal condenatória não é tarefa simples, na medida em que os conceitos preconcebidos ou as opiniões pessoais do julgador, de alguma forma, fazem parte da fundamentação da condenação criminal.

O artigo 68 do Código Penal estabelece que a pena-base será fixada de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo artigo 59 do Código Penal, isto é, conforme a subjetividade do julgador, pois o legislador ordinário não estabeleceu critérios objetivos para a fixação da reprimenda-base, e deixou a critério do juiz a fórmula para que a aplicação da penalidade seja proporcional ao fato delituoso praticado:

> *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)*

Ocorre que a subjetividade na aplicação da pena traz insegurança jurídica, pois fatos semelhantes poderão ter penas completamente distintas dependendo do Juízo em que o processo foi distribuído.

Diante dos inúmeros casos enviados ao Superior Tribunal de Justiça, que tem como objeto a correção da pena aplicada sem adequação proporcional ao fato delituoso praticado, a jurisprudência tem orientado como critério ideal para individualização da pena-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Em outras palavras, por exemplo, se o mínimo do preceito secundário (pena) é de 03 (três) anos e o máximo é de 11 (onze) anos, o intervalo entre a pena mínima e máxima é de 08 (oito). Logo, de acordo com o STJ, o critério ideal para o aumento da pena-base será de 01 (um) ano para cada circunstância judicial negativamente valorada. Nesse sentido, se a única circunstância desabonadora for a reincidência, a pena-base ideal será de 04 (quatro) anos:

> *Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. No caso, considerando*

> *a presença de uma vetorial desabonadora, bem como o intervalo de apenamento previsto no art. 168 do CP, que corresponde a 3 anos, deve ser tida como excessiva a fixação da pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão, sendo mais razoável estabelecer a pena-base com o aumento na fração ideal de 1/8, calculada sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima cominadas ao delito.*
>
> *(HC n. 731.732/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.)*

No julgamento do AgRg nos EDcl no HC n. 803.261/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023, onde se analisou caso que envolveu grande apreensão de drogas, e que a pena-base fixada na sentença condenatória foi aumentada em patamar desproporcional, foi concedida ordem de habeas corpus para fazer a correta readequação na reprimenda-base, reduzindo-a ao patamar de 1/3 sobre a pena mínima:

> *A pena-base do agravado foi exasperada, em 4/5 sobre o mínimo legal, pelo desvalor atribuído à circunstância da quantidade e natureza da droga apreendida. No caso, trata-se da apreensão de mais de duas toneladas de maconha (e-STJ fl. 60). (...)*
>
> *Contudo, não está legitimada a fração empregada na origem, que é desproporcional.*
>
> *Ordem concedida, de ofício, para readequar o quantum de elevação da reprimenda a 1/3 sobre a pena mínima.*

Aliás, o artigo 93, IX, da Constituição Federal estabelece que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade e, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como não há critérios objetivos definidos em lei para a exasperação da pena-base, quando os critérios subjetivos desenvolvidos pelo julgador na aplicação da pena são feitos com fulcro em fundamentação genérica, há ofensa reflexa ao princípio da individualização da pena, tornando-a desproporcional:

> *No caso, a pena-base do agravado foi exasperada em 6 anos pela valoração negativa da culpabilidade, dos antecedentes, da personalidade, dos motivos do crime e consequências do crime. Entretanto, o julgador deixou de indicar elementos concretos dos autos pelos quais entendeu serem reprováveis tais circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, tendo se valido de elementos genéricos ou próprios do tipo penal incriminador, em manifesto desacordo, portanto, com o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.*
>
> *(AgRg no HC n. 629.109/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022.)*

Nesse sentido, quando a exasperação da pena-base é fundamentada em circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal incriminador, por exemplo, a pena-base estabelecida para o delito de lesão corporal foi aumentada em razão da ofensa à integridade física da vítima, como a afronta ao corpo do sujeito é característico da lesão corporal, a orientação jurisprudencial

é no sentido de que a sentença incorreu em flagrante ilegalidade, pois não é possível agravar a pena-base com suporte em parâmetros vinculados ao próprio delito:

> *In casu, o Tribunal de origem valorou negativamente a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, as consequências do delito e o comportamento da vítima, sem adequação ao caso concreto, de modo que os fundamentos exarados refletem elementos ínsitos ao dispositivo violado, existindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático dos autos, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal, não servem para a exasperação da pena.*
>
> *(AgRg no HC n. 700.412/PB, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022.)*

Importante destacar que, nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância ao artigo 59 do Código Penal. Logo, ainda que a pena fixada na sentença condenatória seja inferior a 08 (oito) anos, é possível que, diante das peculiaridades do caso ocorra o agravamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda. No julgamento do AgRg no HC n. 804.809/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023, que analisou o crime de tráfico de

drogas, a grande quantidade de entorpecente apreendida justificou a fixação do regime inicial fechado:

> *As instâncias ordinárias mantiveram a fixação do regime inicial fechado, com base, justamente, nas peculiaridades do caso analisado, notadamente a natureza e a quantidade de drogas apreendidas e os materiais apreendidos relacionados à traficância, elementos que, de fato, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da reprimenda aplicada, nos termos do art. 33, § 3º, c/c o art. 59 do CP.*
>
> *Consoante entendimento desta Corte Superior de Justiça, a fixação da pena-base no mínimo legal não impede a aplicação de regime mais gravoso, desde que devidamente justificado com base nas peculiaridades do caso analisado, conforme feito na hipótese dos autos.*

Como visto, proferir uma sentença condenatória de forma isenta não é tarefa simples para o julgador, uma vez que a subjetividade na imposição da pena-base deve ser feita de acordo com as peculiaridades do caso, e não por critérios de oportunidade e de conveniência. Se, por um lado, o artigo 59 do Código Penal concede certa subjetividade na exasperação da pena-base, por outro, deve haver justificativa concreta para que esse aumento no preceito secundário seja considerado válido.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

HC n. 731.732/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.

AgRg no HC n. 808.224/MT, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 22/5/2023, DJe de 26/5/2023.

AgRg nos EDcl no HC n. 803.261/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.

AgRg no HC n. 629.109/ES, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022.

AgRg nos EDcl no REsp n. 2.031.733/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023.

AgRg no HC n. 700.412/PB, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 21/3/2022.

AgRg no HC n. 804.809/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.

17.A teoria da cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada ou da ignorância deliberada tem sido aceita pelo Superior Tribunal de Justiça e, em linhas gerais, é aplicada nos casos em que o sujeito tenta enganar a própria consciência, colocando-se em posição deliberada de voluntária ignorância, para justificar a conduta ilícita em suposto desconhecimento da norma:

> *Para que ocorra a aplicação da teoria da cegueira deliberada, deve restar demonstrado no quadro fático apresentado na lide que o agente finge não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.*
>
> *(AgRg no REsp n. 1.565.832/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/12/2018, DJe de 17/12/2018.).*

O sujeito finge não enxergar o potencial ilícito da conduta criminosa para se beneficiar da própria torpeza. Ele assume o risco consciente do resultado normativo da omissão, ou seja, age com dolo eventual:

> *In casu, aplicável ao caso a* teoria da cegueira deliberada, *segundo a qual pune-se o agente quando restar demonstrado que este, ciente ou suspeitando seguramente que esteja envolvido em negócios escusos ou ilícitos, deliberadamente toma medidas para se certificar de que não irá adquirir o pleno conhecimento*

> *ou a exata natureza das transações realizadas para um intuito criminoso, assemelhando-se ao dolo eventual.*
>
> *(AREsp n. 2.157.427, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 10/02/2023.)*

Com efeito, quando não há nexo de causalidade entre o crime e o agente, não é possível aplicar a teoria da cegueira deliberada, uma vez que o ordenamento jurídico vigente impede a responsabilidade penal objetiva ou por presunção:

> *(...)Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro impede a responsabilização penal objetiva ou por presunção de conhecimento de fatos e* da *possibilidade de impedi-los pela ocupação de posição específica em estrutura empresarial.*
>
> *(...) Não há o demonstrado e exigível nexo de causalidade entre o crime e o agente, nenhuma circunstância que vincule o réu, no campo fático e probatório, à ação delituosa investigada.*
>
> *(...) Em resumo, o Tribunal local elencou diversos fatos que, realmente, geram alguma suspeita sobre o procedimento adotado pelo réu; não obstante, à míngua do apontamento de provas especificamente relacionadas à prática de alguma conduta específica de sua parte, é necessária a absolvição do acusado, por ausência de comprovação* da *materialidade delitiva.*
>
> *(AREsp n. 2.247.534, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 09/02/2023.*

No julgamento de admissibilidade da denúncia na APn n. 940/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 6/5/2020, DJe de 13/5/2020, foi reconhecida a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada a fatos imputados a pessoas que se utilizavam da advocacia e da magistratura para blindar atividades criminosas:

> *O recebimento de vultosas quantias a título de remuneração pelo exercício de atividade advocatícia pode configurar indício da prática de lavagem de dinheiro quando incompatível com o grau de especialização do profissional e das tarefas praticadas e quando presentes evidências de que os pagamentos se deram em decorrência de atividades ilícitas.*
>
> *O empréstimo do nome e da posição jurídica de pretenso proprietário das terras configura, no caso, indício suficiente de autoria dos delitos imputados, sendo inverossímil a alegação de ausência de dolo, direto ou eventual, especialmente considerando a possibilidade de aplicação da teoria da cegueira deliberada.*

Em decisão monocrática proferida no AREsp n. 2.240.102, Ministro , DJe de 06/02/2023, foi aplicada a teoria da cegueira deliberada em caso que envolveu estupro de vulnerável contra menor de quatorze anos por omissão dolosa do dever de cuidado do infrator:

> *Em prosseguimento, o acusado afirmou que não pode ser condenado, na medida em que não tinha conhecimento* da *idade* da *adolescente.*

> *Entretanto, pelo próprio desenrolar dos fatos, entendo que esta tese não se sustenta, uma vez que o réu era professor* da *vítima, morava em uma cidade bastante pequena e conhecia os familiares e amigos* da *menor, não sendo crível que não soubesse (ou suspeitasse)* da *idade desta.*
>
> *Aliás, ainda que fosse o caso de se admitir a ignorância, a escusa do art. 20 do Código Penal não se aplica ao sujeito que intencionalmente se omite em cercar-se de cuidados para averiguação de uma possível ilegalidade.*

Em outro caso que envolveu a apreensão de bem de origem ilícita na posse do agente, a intencional ignorância foi utilizada para criminalizar a conduta do sujeito que assumiu o risco de adquirir bem de origem duvidosa:

> *A apreensão de bem de origem ilícita na posse do agente gera a presunção de responsabilidade, invertendo, pois, o ônus* da *prova, incidindo, também, na espécie a* Teoria da Cegueira Deliberada, *referida pelo Ministro Celso de Mello na Ação Penal 470/MG, cuja origem advém* da *jurisprudência* da *Suprema Corte dos Estados Unidos, e que estabelece que a intencional ignorância acerca* da *ilicitude e* da *gravidade do caso não pode elidir a responsabilidade penal, na medida em que, ainda que não almejasse diretamente a prática de receptação, certo é que agiu de modo a admitir a possibilidade concreta e muito provável, diante das circunstâncias que envolveram toda a conjuntura fática.*
>
> *(HC n. 714.415, Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 01/02/2022.)*

Essa mesma interpretação foi feita em relação ao delito de contrabando, onde o acusado não adotou as medidas de cautela necessárias à averiguação do potencial ilícito da conduta criminosa:

> *Na hipótese em apreço, restou evidenciado que os réus tinham plena ciência e consciência* da *ação delitiva ou que, no mínimo, assumiram a responsabilidade pelo cometimento dos resultados delituosos, na medida em que restou configurado o dolo ou, pelo menos, o dolo eventual nas suas condutas, tendo praticado o crime na forma do art. 29 do Código Penal.*
>
> *Por essas razões, tenho como plenamente demonstrado o dolo delitivo na conduta dos acusados, uma vez que, com vontade livre e consciente, assumiram o risco de transportar mercadorias sem o comprovante de internalização e pagamento dos impostos, agindo, senão com dolo direto, então com dolo eventual.*
>
> *(AREsp n. 2.094.289, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 01/07/2022.)*

No julgamento do HC n. 641.343, Ministra Laurita Vaz, DJe de 09/08/2022, os sócios-administradores de uma corporação tentaram se desvincular da acusação criminal colocando-se em posição deliberada de voluntária ignorância:

> *De mais a mais, não se pode alegar que a ré Rute não tinha conhecimento* da *administração* da *empresa. Segundo consta* da *3ª Alteração Contratual, fls. 204/210* da *NC 1523/17 - quarta cláusula -, ela e Antônio Devides são os sócios administradores*

> da *empresa, podendo praticar todos os atos em seu nome, o que atrai, no mínimo, a incidência* da teoria da cegueira deliberada.

Para realçar, se transcreve trechos de decisão na qual foi aplicada a teoria da cegueira deliberada em caso que envolveu a aceitação de risco previsível:

> *Não é crível que um sujeito que se propõe a invadir um clube, no meio* da *noite, com outro elemento já conhecido por suas atitudes desviadas, fora surpreendido pelo uso de uma arma de fogo.*
>
> *Aliás, mesmo que esta circunstância não fosse de pleno e total conhecimento do apelante, certo é que assumiu o risco* da *existência e uso do artefato. Cuida-se de genuína hipótese de incidência* da Teoria da Cegueira Deliberada, *referida pelo Ministro Celso de Mello, ao proferir voto na Ação Penal 470/MG (v. Informativo nº 684/STF), em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida.*
>
> *(AREsp n. 2.089.882, Ministro Humberto Martins, DJe de 02/05/2022.)*

Como visto, a teoria da cegueira deliberada pode ser aplicada em inúmeros casos que envolvam a voluntária ignorância para justificar a conduta ilícita em suposto desconhecimento da norma. Isto é, a omissão voluntária sobre a elevada probabilidade criminosa da conduta permitirá a responsabilização criminal por dolo eventual.

Fontes

AgRg no REsp n. 1.565.832/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/12/2018, DJe de 17/12/2018.

AREsp n. 2.157.427, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 10/02/2023.

AREsp n. 2.247.534, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 09/02/2023.

APn n. 940/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 6/5/2020, DJe de 13/5/2020.

AREsp n. 2.240.102, Ministro, DJe de 06/02/2023.

HC n. 714.415, Ministro João Otávio de Noronha, DJe de 01/02/2022.

AREsp n. 2.094.289, Ministro Ribeiro Dantas, DJe de 01/07/2022.

HC n. 641.343, Ministra Laurita Vaz, DJe de 09/08/2022.

AREsp n. 2.089.882, Ministro Humberto Martins, DJe de 02/05/2022.

AgRg no AREsp n. 2.095.009, Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 14/10/2022.

REsp n. 1.972.602, Ministra Laurita Vaz, DJe de 30/08/2022.

HC n. 737.631, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 02/05/2022.

RHC n. 163.700, Ministra Laurita Vaz, DJe de 03/05/2022.

AgRg no AREsp n. 1.838.712, Ministro Felix Fischer, DJe de 02/08/2021.

18. A evolução do entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento da dívida nos casos de furto de energia elétrica

O furto de energia elétrica está previsto no artigo 155, §4º, II, do Código Penal, com pena de reclusão de dois a oito anos, e multa, e tem como objeto jurídico tutelado o patrimônio.

Está pacificado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que a natureza jurídica da remuneração paga pelo consumidor à concessionária de energia elétrica é conceitualmente considerada tarifa e, portanto, não possui caráter tributário para fins de aplicação do artigo 34, da Lei nº. 9.249/95, e do artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684/2003, nas hipóteses de furto de energia elétrica, onde o infrator paga integralmente a dívida antes do recebimento da denúncia.

> *O artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684/2003, possui a seguinte redação:*
>
> *Art. 9º - É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no*

> *2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*
>
> *§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

O estudo em análise defende a aplicação do princípio da isonomia entre o crime de apropriação indébita previdenciária e o delito de furto de energia elétrica – ambos considerados crimes contra o patrimônio -, utilizando-se como fundamento a aplicação do artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003 ao artigo 155, §4º, II, do Código Penal.

Foram analisadas 47 decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça entre os anos de 2012 e 2022. Foi possível constatar que os argumentos utilizados para fundamentar o entendimento consagrado pela Egrégia Terceira Seção do STJ, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.427.350/RJ merecem ser revistos, pois, apesar de o artigo 34, da Lei nº. 9.249/95 fazer referência expressa à Lei nº. 8.137/90, a Lei nº. 10.684/2003 faz referência expressa ao artigo 168-A do Código Penal.

Portanto, se o artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003 dispõe que é extinta a punibilidade do crime previsto no artigo 168-A do Código Penal, caso ocorra o pagamento integral do débito, essa mesma interpretação deve ser dada ao crime de

furto de energia elétrica, uma vez que ambos os institutos possuem o mesmo objeto jurídico tutelado, qual seja o patrimônio.

O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça nunca foi unânime entre as Turmas Criminais da Corte.

Em 2012, prevalecia o entendimento de que o pagamento do débito antes do recebimento da denúncia não acarretava extinção de punibilidade:

> *As hipóteses de extinção da punibilidade pela quitação do débito em matéria tributária têm fundamento na política fiscal específica e, portanto, que a ela se circunscrevem.*
>
> *(HC n. 199.959/RJ, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19/4/2012, DJe de 24/4/2012.)*

Em 2013, a Quinta Turma adotou novo posicionamento, que serviu de fundamento para decisões similares até 2018. A interpretação proposta pelo Relator HC nº. 252.802/SE Ministro Jorge Mussi foi acompanhada pelos Ministros da Sexta Turma.

> *Se o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia enseja a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária, o mesmo entendimento deve ser adotado quando há o pagamento do preço público referente à energia elétrica ou a água subtraídas, sob pena de violação ao princípio da isonomia.*
>
> *(HC n. 252.802/SE, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 3/10/2013, DJe de 17/10/2013.)*

Em 2018, o eminente Ministro Joel Ilan Paciornik, que foi o Relator para lavratura do Acórdão no AgRg no REsp n. 1.427.350/RJ, alterou o entendimento anteriormente consagrado pelas Turmas Criminais do STJ, e passou a não admitir a aplicação do princípio da isonomia entre o crime de apropriação indébita previdenciária e o delito de furto de energia elétrica.

Sua Excelência motivou essa nova interpretação na divergência existente entre objetos jurídicos tutelados em ambos os delitos:

> *O crime de furto de energia elétrica mediante fraude praticado contra concessionária de serviço público situa-se no campo dos delitos patrimoniais. Neste âmbito, o Estado ainda detém tratamento mais rigoroso. O desejo de aplicar as benesses dos crimes tributários ao caso em apreço esbarra na tutela de proteção aos diversos bens jurídicos analisados, pois o delito em comento, além de atingir o patrimônio, ofende a outros bens jurídicos, tais como a saúde pública, considerados, principalmente, o desvalor do resultado e os danos futuros.*
>
> *(AgRg no REsp n. 1.427.350/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, relator para acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe de 14/3/2018.)*

Em 2019, essa nova interpretação foi ratificada pela egrégia Terceira Seção do STJ:

> *Nos crimes patrimoniais existe previsão legal específica de causa de diminuição da pena para os casos de pagamento da "dívida" antes do recebimento da denúncia. Em tais hipóteses, o Código*

> *Penal - CP, em seu art. 16, prevê o instituto do arrependimento posterior, que em nada afeta a pretensão punitiva, apenas constitui causa de diminuição da pena.*
>
> *A jurisprudência se consolidou no sentido de que a natureza jurídica da remuneração pela prestação de serviço público, no caso de fornecimento de energia elétrica, prestado por concessionária, é de tarifa ou preço público, não possuindo caráter tributário. Não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no art. 34 da Lei n. 9.249/95 e no art. 9º da Lei n. 10. 684/03 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos.*
>
> *(RHC n. 101.299/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/3/2019, DJe de 4/4/2019.)*

Subsequentemente, em respeito ao princípio da colegialidade, a Sexta Turma começou a aplicar a nova interpretação sedimentada no RHC nº. 101.200/RS, que, aliás, prevalece até os dias atuais:

> *A decisão ora embargada aderiu à jurisprudência então vigente e, com a ressalva de entendimento pessoal e em respeito à colegialidade, reconheceu a extinção de punibilidade e determinou o trancamento do processo.*
>
> *Todavia, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do RHC n. 101.299/RS, firmou posição no sentido de que é inviável o*

> *reconhecimento da extinção da punibilidade pela quitação de débito no caso de crime de furto de energia elétrica.*
>
> *(AgRg no HC n. 386.710/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 30/4/2019.)*

Como se observa na ementa que alterou o entendimento vigente até 2018, o principal argumento utilizado pelo eminente Ministro Joel Ilan Paciornik, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.427.350/RJ, foi fundamentado na impossibilidade de se aplicar as benesses previstas na Lei nº. 10.684/2003 a institutos jurídicos distintos:

> *O desejo de aplicar as benesses dos crimes tributários ao caso em apreço esbarra na tutela de proteção aos diversos bens jurídicos analisados.*

Ocorre que o artigo 168-A do Código Penal possui o mesmo objeto jurídico tutelado do artigo 155, §4º, II, do Código Penal, qual seja o patrimônio, e o artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684/2003, é claro ao declarar a extinção da punibilidade, pelo pagamento integral da dívida, do artigo 168-A do Código Penal:

> *§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

Confira a ementa do HC n. 122.612/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 5/3/2009, DJe de 30/3/2009:

> *O crime de apropriação indébita previdenciária, consubstancia delito omisso material, exigindo, pois, para a sua consumação efetivo dano, já que o objeto jurídico protegido é o patrimônio da previdência social, motivo pelo qual a constituição definitiva do crédito tributário é condição de procedibilidade para que se dê início à persecução criminal. Precedente do STF (Inq-AgR 2537/GO).*
>
> *(HC n. 122.612/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 5/3/2009, DJe de 30/3/2009.)*

Aliás, consta da ementa do julgamento que serviu de base para a alteração do entendimento consagrado até o final de 2018, que o objeto jurídico tutelado no crime de furto de energia elétrica é o patrimônio:

> *O crime de furto de energia elétrica mediante fraude praticado contra concessionária de serviço público situa-se no campo dos delitos patrimoniais.*
>
> *(RHC n. 101.299/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/3/2019, DJe de 4/4/2019.)*

Portanto, ainda que os crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos artigos 168-A e

337A do Código Penal sejam distintos entre si, há convergência de objetos jurídicos entre o artigo 168-A e 155, §4º, II, ambos do Código Penal, ou seja, a tutela do Estado ao patrimônio alheio, e, à luz do princípio da isonomia, as benesses concedidas pelo artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684/2003 ao crime previsto no artigo 168-A do Código Penal devem ser estendidas ao crime do artigo 155, §4º, II, do Código Penal (furto de energia elétrica), de modo a fazer valer o entendimento que vigora no âmbito do Superior Tribunal de Justiça até o final de 2018.

Fontes:

AgRg no AREsp n. 522.504/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 4/11/2014, DJe de 17/11/2014.

RHC n. 56.782/CE, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 7/4/2015, DJe de 22/4/2015.

RHC n. 59.656/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, relator para acórdão Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/5/2016, DJe de 7/6/2016.

HC n. 384.399/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2017, DJe de 5/5/2017.

AgRg no REsp n. 1.427.350/RJ, relator Ministro Jorge Mussi, relator para acórdão Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe de 14/3/2018.

AgRg no HC n. 386.710/PR, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 30/4/2019.

AgRg no AREsp n. 1.484.708/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/4/2020, DJe de 4/5/2020.

AgRg no AREsp n. 1.763.650/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 30/9/2021.

AgRg no RHC n. 163.108/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 12/8/2022.

HC n. 30.431/RS, relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 2/9/2004, DJ de 10/4/2006, p. 301.

19. A superquebra de sigilos e a necessidade de fundamentação concreta da decisão que autoriza a interceptação telefônica

A Lei nº 9.296/1996, que regulamentou a interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, por ser norma de produção probatória acessória, não poderá ser utilizada como primeiro ato de investigação, e só deverá ser utilizada para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, e dependerá de ordem do juiz competente para a ação principal.

De acordo com o artigo 2º, da referida lei, não será admitida interceptação telefônica quando:

> *I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;*
>
> *II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*
>
> *III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*
>
> *Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indi-*

> *cação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.*

Assim, por exemplo, conforme a súmula vinculante nº. 24, se a infração penal investigada depender de resultado naturalístico – como é o caso do crime de sonegação fiscal -, não será possível utilizar interceptação telefônica até que ocorra o lançamento definitivo do crédito tributário.

No julgamento do Habeas Corpus 89.023/MS, de relatoria da Ministra Jane Silva, a Sexta Turma do STJ decidiu que "não é possível a realização de interceptação telefônica, para apurar crime contra a ordem tributária, quando ainda não houve o indispensável lançamento definitivo do crédito tributário".

Em regra, a interceptação telefônica é requerida pela autoridade policial ao juízo. Trata-se de representação, em que deverá ser narrada a imprescindibilidade da medida e a inutilidade de prosseguimento da investigação por outros meios.

Isso quer dizer que não será admitida interceptação telefônica por presunção.

No caso da noticiada superquebra de sigilos, como os alvos são indeterminados, há claro desrespeito ao artigo 5º, da Lei nº. 9.296/96, uma vez que tanto a representação que solicita a interceptação quanto a decisão que a autoriza, não podem ser fundamentadas em dados genéricos e subjetivos, sem especificar a imprescindibilidade da medida de invasão de privacidade.

Ao apreciar o RHC nº. 119.342/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 6/10/2022, foi determinado o desentranhamento das provas colhidas por interceptação telefônica inidônea:

> *A decisão que autorizou a interceptação telefônica carece de motivação idônea, porquanto não fez referência concreta aos argumentos mencionados na representação ministerial, tampouco demonstrou, ainda que sucintamente, o porquê da imprescindibilidade da medida invasiva da intimidade.*
>
> *Também as decisões que autorizaram a prorrogação da medida não foram concretamente motivadas, haja vista que, mais uma vez, o Juiz de primeiro grau se limitou a autorizar a inclusão de outros terminais a prorrogação das diligências já em vigor e a exclusão de outras linhas telefônicas, nos moldes requeridos pelo Parquet, sem registrar, sequer, os nomes dos representados adicionados e daqueles em relação aos quais haveria continuidade das diligências, nem sequer dizer as razões pelas quais autorizava as medidas.*

No julgamento do RE com repercussão geral nº. 625263 (Tema 661), pelator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2022, o Supremo Tribunal Federal fixou importante tese para o assunto:

> *São lícitas as sucessivas renovações de interceptação telefônica, desde que, verificados os requisitos do artigo 2º da Lei nº 9.296/1996 e demonstrada a necessidade da medida diante de elementos concretos e a complexidade da investigação, a deci-*

> *são judicial inicial e as prorrogações sejam devidamente motivadas, com justificativa legítima, ainda que sucinta, a embasar a continuidade das investigações. São ilegais as motivações padronizadas ou reproduções de modelos genéricos sem relação com o caso concreto.*

Portanto, de acordo com as recentes decisões das Cortes Superiores, se pode concluir que:

1. A interceptação telefônica não pode ser utilizada como primeiro ato de investigação.
2. A superquebra de sigilos é ilegal, pois a decisão que autoriza a interceptação telefônica deve ser fundamentada em elementos individualizados, objetivos e concretos.
3. A interceptação telefônica pode ser prorrogada por tempo indeterminado, desde que seja fundamentada em elementos concretos e objetivos.

Fontes:

Imprensa:

https://www.metropoles.com/colunas/rodrigo-rangel/exclusivo-superquebra-de-sigilo-ordenada-por-alexandre-de-moraes-mira-o-coracao-do-bolsonarismo

https://www.metropoles.com/colunas/paulo-cappelli/supergrampo-de-alexandre-de-moraes-tira-sono-de-juizes-e-procuradores

Lei nº. 9.296/96:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm

Súmula Vinculante nº. 24:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.

HC nº. 89023/MS:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4134623&num_registro=200701943600&data=20081117&tipo=5&formato=PDF

RHC nº. 119342/SP:

https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=165581781&registro_numero=201903102501&peticao_numero=&publicacao_data=20221006&formato=PDF

RE com repercussão geral nº. 625263 (Tema 661)

https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?i=15351575174&ext=.pdf

20.A EVASÃO DE DIVISAS

A remessa ou a manutenção de valores, ao exterior, por qualquer meio, ainda que de forma fictícia, mediante compensações de valores no Brasil, é crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22 da Lei nº. 7.492/86:

> *O delito de evasão de divisas, previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, pode ser praticado não só mediante a efetiva saída do território nacional de pessoa que deixe de declarar às autoridades moeda ou divisa como também mediante técnicas mais elaboradas e complexas como o sistema de remessas de valores por meio de compensações, o que é conhecido como operação dólar-cabo ou euro-cabo.(AgRg no REsp n. 1.463.883/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.)*

De acordo com a jurisprudência consolidada sobre o tema, a remessa fictícia de valores, conceitualmente conhecida como operação dólar-cabo ou euro-cabo, consiste em espécie de compensação de valores entre o beneficiário e o doleiro responsável pela concretização da remessa. Isso ocorre quando, por exemplo, o sujeito precisa pagar uma fatura no exterior, mas não quer fazer as comunicações obrigatórias às autoridades governamentais brasileiras.

O doleiro que, em regra, trabalha em coautoria com outro doleiro residente no exterior, e possui contas bancárias abertas

no país vizinho, utiliza dessa facilidade para fazer o pagamento dessa fatura, sem a necessidade de saída material de qualquer valor do Brasil. Consequentemente, o beneficiário paga uma "taxa", sobre o valor da operação ao doleiro residente no Brasil, e o negócio jurídico é concretizado.

Portanto, de acordo com esse exemplo, não ocorre saída material de valores do Brasil, mas uma compensação financeira fictícia entre doleiros residentes em países opostos. Isto é, de forma simulada, o doleiro residente no Brasil promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, incorrendo, assim, no parágrafo único do artigo 22 da Lei nº. 7.492/86:

> *Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:*
>
> *Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.*

Importante destacar que o crime em análise estará caracterizado independentemente do valor evadido, uma vez que o bem jurídico tutelado por essa norma visa resguardar as reservas cambiais brasileiras, ou seja, protege regularidade do sistema de política cambial do Brasil:

> *Comete o delito tipificado no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/1986, aquele que efetua operações de câmbio não autorizadas e promove, sem autorização legal, a evasão de divisas do País, independentemente do valor, dado não carecer o referido tipo penal de complementação por ato regulamentar.*
>
> *(APn n. 970/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Corte Especial, julgado em 4/5/2022, DJe de 20/6/2022.)*

Aliás, como o objetivo da norma é proteger o Sistema Financeiro Nacional, a aplicação financeira realizada por meio da aquisição de cotas de fundo de investimento no exterior não declarado à autoridade competente pode caracterizar o crime de evasão de divisas:

> *Para fins de interpretação do termo "depósito" deve-se considerar o fim a que se destina a norma, pois visa proteção do Sistema Financeiro Nacional - SFN. A lei não restringiu a modalidade de depósito no local de depósito no exterior. Assim, não deve ser considerado apenas o depósito em conta bancária no exterior, mas também o valor depositado em aplicação financeira no exterior, em razão da disponibilidade da moeda e do interesse do SFN.*
>
> *(AREsp n. 774.523/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 13/5/2019.)*

No julgamento do HC n. 132.826/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2011, DJe de 24/10/2011, foi noticiado que a manutenção de depósito

no exterior não declarado às autoridades governamentais não depende de resultado naturalístico, ou seja, se consuma independentemente de prejuízo. Confira os seguintes trechos do voto exarado pelo eminente relator do caso:

> *Os pacientes foram condenados por terem omitido, em suas declarações de imposto de renda, a manutenção de depósitos, no valor de US$ 619.100,00 (seiscentos e dezenove mil e cem dólares norte-americanos), em conta no exterior, agência de Nova Iorque/EUA, do Banco do Estado do Paraná, caracterizando a conduta tipificada no art. 22, parágrafo único, 2ª parte, da Lei n. 7.492/1986.*
>
> *O referido crime é de natureza formal, ou seja, não exige o resultado naturalístico para sua consumação. Sendo assim, o prejuízo resultante da sua prática não é elementar do tipo penal, motivo pelo qual pode ser utilizado como fundamento para agravar a pena-base dos condenados.*

Sendo assim, por possuírem objetos jurídicos distintos, o crime de evasão de divisas não se confunde com o delito tributário, ou seja, estará tipificado ainda que não ocorra o lançamento fiscal definitivo pela autoridade da Receita Federal:

> *De acordo com o entendimento desta Corte, uma vez configurado o crime de evasão de divisas (art. 22, parágrafo único da Lei 7.492/86), decorrente da conduta de manter no exterior valores não declarados à autoridade competente, não importa, para a existência do tipo penal, se eventuais créditos tributários foram ou não constituídos em favor do fisco, pois de crime contra a ordem tributária não se trata. Precedentes.*

> *(RHC n. 126.853/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 4/9/2020.)*

Além do mais, como o Sistema Financeiro Nacional é considerado um dos pilares de funcionamento da economia, o despretensioso negócio jurídico feito entre amigos, onde há uma compensação material de valores não declarados às autoridades governamentais, pode constituir o crime de evasão de divisas:

> *A condenação do agravante foi justificada pelo Tribunal de origem com base nas conversas interceptadas e documentos apreendidos, bem como na sua admissão de ter emprestado dinheiro em reais e recebido no exterior em dólares, a configurar a prática de "dólar-cabo"." AgRg no REsp n. 1.905.931/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021*

Com efeito, se o proveito da infração penal tem aptidão suficiente para ocultar ou dissimular os valores oriundos da evasão de divisas, aqueles que participaram ou contribuíram para que o crime fosse consumado poderão ser responsabilizados por lavagem de dinheiro:

> *No que concerne à materialidade e à autoria do crime de lavagem de capitais, tem-se que as instâncias ordinárias, apreciando detalhadamente a prova produzida nos autos, concluíram pela caracterização do delito previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, pois os recorrentes ocultavam valores obtidos com a prática de outros ilícitos utilizando-se das offshores Seline Finance Inc. e Fonteway C.S.A. (AgRg no REsp n. 1.535.111/SC, relator Minis-*

tro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe de 14/3/2018.)

Como visto, o crime de evasão de divisas pode ser praticado por qualquer meio, ainda que de forma fictícia, mediante compensação de valores entre doleiros residentes no Brasil e no exterior. Trata-se de delito que ofende direta e reflexamente os pilares de funcionamento da economia brasileira, pois o bem jurídico tutelado por essa norma visa a resguardar a regularidade do sistema de política cambial do país.

Fontes:

Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986.

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

APn n. 970/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Corte Especial, julgado em 4/5/2022, DJe de 20/6/2022.

AREsp n. 774.523/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/5/2019, DJe de 13/5/2019.

HC n. 132.826/MS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/9/2011, DJe de 24/10/2011.

RHC n. 126.853/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 4/9/2020.

AgRg no REsp n. 1.905.931/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.

AgRg no REsp n. 1.535.111/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe de 14/3/2018.

21. O parcelamento do débito tributário e seus efeitos reflexos na esfera criminal

Os crimes de sonegação fiscal, de apropriação indébita previdenciária e de sonegação de contribuição previdenciária são classificados como delitos materiais, ou seja, exigem resultado naturalístico para a sua adequação típica. Isto é, de acordo com a súmula vinculante nº. 24 dependem de decisão fiscal terminativa que concluiu pelo lançamento do débito fiscal:

> *Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.*

Nesse sentido, a Terceira Seção do STJ – Tema 157 - fixou o entendimento de que a caracterização dos crimes tributários federais deve ser feita em observância ao seguinte binômio: a) Lançamento definitivo do crédito fiscal; b) Crédito tributário superior a R$ 20.000,000 (vinte mil reais). Isso quer dizer: a justa causa para a persecução criminal dependerá da observância desses dois requisitos, ou seja, na ausência de uma das condições anteriormente indicadas, a conduta será considerada atípica:

> *Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.*
>
> *(REsp n. 1.709.029/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/2/2018, DJe de 4/4/2018.)*

Como a justa causa para o início da persecução penal dependerá da falta de pagamento do débito fiscal apurado, caso o sujeito passivo faça o pagamento integral da dívida haverá a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003:

> *§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

A mesma norma prevê, também, que o deferimento do parcelamento fiscal é causa de suspensão da pretensão punitiva:

> *Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.*

Em resumo, enquanto o pagamento integral da dívida tributária é causa de extinção de pretensão acusatória, o parcelamento da dívida suspenderá a justa causa punitiva, conforme entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

> *Realizado o parcelamento do débito tributário na vigência da Lei nº 12.382/2011, por sonegação fiscal ocorrida em 2012 e 2013, suspende-se o processo e a pretensão punitiva enquanto durar avença estipulada para o pagamento dos tributos em atraso.*
>
> *Impossibilidade de se trancar a ação penal, por falta de justa causa, pois a extinção do débito tributário somente ocorre com o integral pagamento da dívida.*
>
> *(RHC n. 71.158/SC, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe de 11/11/2016.)*

Importante realçar que o pagamento integral do débito tributário é a única forma de extinção de punibilidade. Isso quer dizer, por exemplo, que o oferecimento de bem à penhora em sede de embargos à execução fiscal não é causa de extinção de punibilidade, uma vez que não há previsão legal para esse tipo de equiparação:

> *Não obstante tenha sido oferecido bem à penhora em sede de embargos à execução fiscal, com valor de mercado suficiente para garantir a dívida com a Fazenda Estadual, tal medida não tem o condão de se equiparar ao pagamento do débito tributário, única medida capaz de extinguir a punibilidade do crime de sonegação*

> *fiscal, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/03 (Precedentes do STF e do STJ).RHC n. 42.644/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/10/2015, DJe de 19/10/2015*

Nesse mesmo sentido, o ajuizamento de ação anulatória com o oferecimento de caução também não é suficiente para obstar o regular trâmite de inquérito policial instaurado para apurar o crime de sonegação fiscal:

> *O ajuizamento de ação anulatória com o oferecimento de caução não é capaz de impedir o regular trâmite do inquérito policial instaurado para apurar a suposta prática de crime de sonegação fiscal, já que não tem o condão de obstaculizar os efeitos da constituição do débito tributário pela autoridade administrativa.*
>
> *(HC n. 235.903/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/8/2014, DJe de 21/8/2014.)*

Sendo assim, ainda que o pagamento da dívida tributária ocorra após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, os efeitos reflexos do reconhecimento da extinção da punibilidade devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória:

> *Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.*

> *Como o édito condenatório foi alcançado pelo trânsito em julgado sem qualquer mácula, os efeitos do reconhecimento da extinção da punibilidade por causa que é superveniente ao aludido marco devem ser equiparados aos da prescrição da pretensão executória.*
>
> *Ordem parcialmente concedida para declarar extinta a punibilidade do paciente, com fundamento no artigo 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/03.*
>
> *(HC n. 180.993/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 13/12/2011, DJe de 19/12/2011.)*

Pode-se concluir que a justa causa para a persecução criminal dependerá da análise dos seguintes requisitos: a) Lançamento definitivo do crédito tributário; b) Nos casos de tributos federais, o valor do crédito fiscal apurado deve ser superior a R$ 20.000,00 (vinte mil reais); c) Inexistência de parcelamento fiscal; d) Inexistência de pagamento extemporâneo do débito tributário.

Sendo assim, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a inobservância desses requisitos será interpretado como ato abusivo do Estado, o que viabilizará a impetração de ordem de habeas corpus para resguardar o direito de ir e vir do cidadão.

Fontes:

Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003.

RHC n. 119.527/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 30/6/2020, DJe de 6/8/2020.

RHC n. 51.290/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/8/2019, DJe de 9/9/2019.

PET no Inq. n. 583/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 4/11/2015, DJe de 16/2/2016.

RHC n. 42.644/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/10/2015, DJe de 19/10/2015.

HC n. 235.903/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/8/2014, DJe de 21/8/2014.

HC n. 535.063/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 25/8/2020.HC n. 564.208/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 18/8/2021.

RHC n. 71.158/SC, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe de 11/11/2016.

22. Os crimes contra a honra

O crime de calúnia está previsto no artigo 138 do Código Penal, e é imputado àquele que falsamente acusa alguém de um fato capitulado na legislação como crime. Sendo assim, não é qualquer acusação desprovida de fundamentação que caracteriza o delito, pois a norma em análise exige que o acusador descreva a conduta delitiva com a indicação de fato determinado, situado no tempo e no espaço.

Assim, por exemplo, se, genericamente, uma pessoa acusa a outra da venda de sentenças, sem indicar o processo em que, supostamente, teria ocorrido o suposto crime de corrupção passiva, não é possível cogitar a hipótese do crime de calúnia, uma vez que o acusador não imputou um fato determinado, situado no tempo e no espaço.

No julgamento da APn n. 990/DF, relator Ministro Herman Benjamin, Corte Especial, julgado em 21/9/2022, DJe de 7/10/2022, foi rejeitada, à unanimidade, a denúncia proposta contra membro do Ministério Público Federal, pela suposta prática do crime de calúnia, uma vez que a acusação não descreveu um fato determinado, específico e realmente descrito como crime:

> *Com efeito, de acordo com entendimento pacífico do STJ, para configuração do crime de calúnia, urge a imputação falsa a outrem de fato definido como crime. Ou seja, deve ser imputado um fato determinado, devidamente situado no tempo e no espaço, bem como tal fato deve ser definido como crime pela lei penal, além de a imputação ser falsa. Portanto, não configura calúnia, em sentido oposto, a alegação genérica de uma conduta eventualmente delitiva.*

Aliás, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é inepta a denúncia que se limita a descrever o suposto crime de calúnia de forma abstrata, sem indicar o fato individualizado e específico:

> *A narrativa constante da inicial não tipifica o crime de calúnia, para cuja configuração é necessário que tenha havido imputação concreta e individualizada, ao Querelante, de fato definido como crime.*
>
> *(Inq 2870, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 06-08-2012 PUBLIC 07-08-2012).*

Portanto, quando a acusação não é sustentada em elementos capazes de assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa, com a indicação precisa e específica do fato criminoso, não há viabilidade técnica para que seja instaurada a persecução criminal pelo suposto delito contra a honra, pois, conforme sustentado, a calúnia não se tipifica com acusações genéricas e abstratas:

> *A tipificação do crime imputado deve ser certa, determinada e precisa, sob pena de se instalar, no sistema de persecução penal, a atribuição difusa, inespecífica e genérica, capaz de abranger qualquer incriminação e impossibilitar a ampla defesa da pessoa acoimada da prática ilícita.*
>
> *(AgRg na APn n. 313/DF, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, julgado em 4/4/2018, DJe de 18/4/2018.)*

A mesma interpretação de procedibilidade acusatória pode ser feita em relação ao crime de difamação, pois o artigo 139 do Código Penal exige, também, que a narração fática sobre a ocorrência delitiva seja gerada com base em elementos específicos e individualizados:

> *Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:*

Enquanto na calúnia há imputação de fato descrito como crime na legislação brasileira, na difamação é feita uma falsa acusação de fato não criminoso, mas desonroso, capaz de ofender a honra objetiva da vítima. Pode-se dizer que são imputações capazes de gerar impactos negativos na vida pessoal ou profissional da vítima, mas que só estará caracterizada, para fins de procedibilidade acusatória, caso o autor da denúncia ou da queixa-crime consiga pormenorizar a suposta conduta criminosa:

> *O tipo de difamação exige a imputação de fato específico.*

> *(Inq 2582, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2007, DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-01 PP-00131).*

Com efeito, no crime de injúria, onde a dignidade e o decoro são tratados como condições de procedibilidade que dependem de interpretação subjetiva da própria vítima do delito, uma vez que o tipo penal não faz referência a fato objetivo, mas à honestidade do ofendido, a condição de procedibilidade acusatória dependerá de análise interpretativa do julgador, que colocará na balança a viabilidade acusatória vista sob o prisma da razoabilidade.

> *A imputação de eventual prática de injúria, principalmente na seara pública, deve ser analisada de forma contextualizada.*
>
> *(...)*
>
> *Embora o querelado tenha feito menção ao nome do querelante em determinado ponto da entrevista, o acusado, na verdade, agiu com animus criticandi em relação a determinados setores administrativos governamentais, restando ausente o dolo específico do tipo.*
>
> *(APn n. 1.028/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/11/2022, DJe de 21/11/2022.)*

Linhas gerais, enquanto os crimes de calúnia e difamação devem ser descritos dentro de contexto objetivo e por-

menorizado, no crime de injúria, como depende de análise subjetiva da vítima, a sua tipicidade material dependerá de interpretação Judicial.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

RHC n. 77.768/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/5/2017, DJe de 26/5/2017.

AgRg no REsp n. 1.695.289/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 14/2/2019.

RHC n. 77.243/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe de 6/12/2016.

Apn n. 388/DF, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 15/6/2005, DJ de 26/9/2005, p. 160.

APn n. 881/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 15/8/2018, DJe de 21/8/2018.

AP 541, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

Inq 2870, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-154 DIVULG 06-08-2012 PUBLIC 07-08-2012.

23. Os possíveis enquadramentos penais do "laranja" dentro de organização criminosa constituída para fraudes tributárias

A utilização de interpostas pessoas dentro de uma corporação pode gerar consequências criminais para aqueles que, direta ou indiretamente, participam da fraude. Como um dos objetivos da utilização de "laranjas" dentro da empresa é de fraudar a fiscalização tributária e os credores, os aliciadores ou os reais proprietários da empresa se valem de diversas estratégias para a realização de seus objetivos escusos. A mais comum é a promessa de benefícios financeiros. Exemplo: o "testa de ferro" empresta o seu nome para que seja elaborada uma procuração e/ou um contrato social ideologicamente falso e, em contrapartida, é beneficiado com uma espécie de remuneração ou salário.

Importante destacar que o artigo 29 do Código Penal estabelece punição a todos que concorrem para o crime. Portanto, se o "laranja" concorreu para os eventuais crimes praticados pelo mentor intelectual do esquema fraudulento, responderá pelas infrações na medida da sua culpabilidade:

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).*
>
> *Eis a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *Hipótese de paciente que, na qualidade de empregado, atuava como sócio fictício em empresa de fachada, agindo como "testa de ferro", recebendo remuneração para isso, além de prestar auxílio ao patrão e corréu cumprindo ordens e alertando-o contra fiscalizações.*
>
> *(HC n. 185.599/BA, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 4/4/2011.)*

Como o contrato social não corresponde com a realidade material, ou seja, trata-se de documento formalmente perfeito, mas materialmente inverídico, cujo fim visa fraudar a fiscalização tributária, poderá ser imputado ao "laranja" o crime de falsidade ideológica:

> *Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:*
>
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)*

Destaca-se a ementa do seguinte julgamento realizado no Superior Tribunal de Justiça:

> *Verifica-se o delito de falsidade ideológica quando os acusados, na elaboração de contrato social de empresa, inserem falsamente o nome de terceira pessoa na condição de sócia, mediante a promessa de pagamento da quantia mensal pelo "empréstimo do nome", com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, isto é, a condição de verdadeiros sócios e proprietários da empresa.*
>
> *(HC n. 436.024/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 19/6/2018.)*

Caso o contrato social ideologicamente falso seja utilizado para a abertura de contas bancárias, incidirá, também, o crime de uso de documento falso:

> *Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:*
>
> *Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.*

Confira trechos do voto exarado no CC n. 45.467/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 14/3/2007, DJ de 26/3/2007, p. 196, em que foi analisada a conduta típica prevista no artigo 304 do Código Penal:

> *Neste ponto, o acusado incidiu na conduta típica prevista no art. 304 do Código Penal, apresentando documentos falsifi-*

> *cados perante empresa pública federal, com o intuito de abrir conta corrente, obtendo o êxito pretendido.*
>
> *Isto porque, a intenção do agente não era outra senão abrir uma conta corrente em nome de outrem, haja vista que em seu nome, provavelmente, lhe seria recusada a proposta de abertura.*

Além disso, se a constituição da empresa "fantasma" teve o propósito de suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, o "laranja" poderá ser responsabilizado pelo crime previsto no artigo 1º da Lei nº. 8.137/90:

> *Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)*
>
> *I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;*
>
> *II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;*
>
> *III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;*
>
> *IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;*
>
> *Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.*

Aliás, se o esquema fraudulento envolver pelo menos quatro pessoas e for formatado com divisão de tarefas, o "laranja" poderá, inclusive, ser enquadrado na Lei nº. 12.850/2013:

> *Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.*
>
> *§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.*
>
> *Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:*
>
> *Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.*

Como consectário subsequente aos delitos antecedentes, caso o "laranja" tenha empregado o proveito da remuneração ou do salário obtidos ilicitamente pelo empréstimo do seu nome, poderá, conjuntamente, responder por uma acusação criminal de lavagem de dinheiro, conforme previsto no artigo 1º da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998:

> *Art. 1o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*
>
> *Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.*

Como visto, emprestar o nome para que terceiros possam praticar crimes tem sérias conseqüências para o "laranja". Considerando o caso hipotético apresentado, e as eventuais imputações criminais, a soma das penas mínimas de cada possível enquadramento penal poderá acarretar condenação superior a dez anos de reclusão, e multa.

Fontes:

Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

HC n. 185.599/BA, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 17/3/2011, DJe de 4/4/2011.

HC n. 436.024/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 19/6/2018.

CC n. 45.467/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, julgado em 14/3/2007, DJ de 26/3/2007, p. 196.

24. A importância dos documentos de conformidade na tomada de decisões corporativas

Recentemente, a imprensa brasileira noticiou que a breve permanência de um consagrado CEO em uma grande corporação foi motivada pela constatação de graves omissões contábeis no caixa da empresa.

A conclusão imediata e objetiva que se pode extrair dessa informação é que a corporação não possuía documentos de conformidade aptos a comprovar a transparência da governança, o que é muito grave quando a organização tem ações negociadas na bolsa de valores.

Se levarmos em consideração que é difícil corrigir o abalo na reputação de uma corporação que teve o seu nome envolvido em possíveis omissões contábeis, a produção de documentos de conformidade tem especial importância quando o assunto colocado em pauta diz respeito à imagem da corporação perante os investidores e as autoridades governamentais, uma vez que omissões financeiras podem caracterizar crimes.

A produção de documentos de conformidade tem o objetivo de elevar o nível de confiança das corporações, pois viabiliza maior interlocução entre as autoridades governamentais e a organização, e fornece ao gestor e ao investidor estrutura

documental necessária à realização de investimentos, desinvestimentos, abertura de capital, captação de novos sócios ou venda da corporação.

Documento de conformidade é sinônimo de transparência governamental. São provas documentais públicas, e que devem ser disponibilizadas para qualquer interessado. Não se trata de segredo industrial, mas de documentos aptos a comprovar que a gestão administrativa e operacional de uma companhia atua de acordo com as normas estabelecidas pelas autoridades governamentais, os órgãos de persecução criminal, o sistema financeiro nacional e o mundo corporativo.

Qualquer que seja o formato e o tamanho da companhia, a auditoria contábil e o *valuation* devem ser utilizados como etapas iniciais de um programa de produção de documentos de conformidade, pois, objetivamente, será dado publicidade ao fluxo de caixa e ao valor líquido da corporação.

Companhia íntegra é sinônimo de organização financeiramente saudável. Se levarmos em consideração que a desconformidade poderá ensejar na dissolução compulsória da empresa, a vantagem técnica na produção de documentos de conformidade tem relação direta com o cumprimento das diretrizes estabelecidas pela Lei Anticorrupção.

Quando a gestão da corporação demonstra que está comprometida com a ética e com a cultura antissuborno, os efeitos reflexos dessa filosofia são imediatamente difundidos entre

aqueles que, de forma direta ou indireta, tem algum interesse na lisura da companhia.

Corporação auditada e precificada equivale ao melhor atributo intelectual da gestão administrativa e operacional, na medida em que é colocado em prática o princípio da reciprocidade em matéria de governança corporativa.

No recente caso divulgado pela mídia, se os documentos de conformidade fizessem parte da estrutura operacional da corporação, e estivessem atualizados e disponibilizados no sítio eletrônico da companhia, é provável que os prejuízos materiais e imateriais causados à companhia, aos credores e aos investidores seriam mitigados.

Portanto, diante das graves omissões contábeis noticiadas pela imprensa, o CEO dessa grande corporação agiu com coerência ao renunciar ao cargo máximo da companhia, pois se nele permanecesse, após a constatação dos indícios de omissões financeiras, poderia ser pessoalmente responsabilizado pela omissão dolosa de fato relevante.

Os próximos passos desse imbróglio certamente atordoarão a companhia por vários anos, e o resultado é imprevisível. É importante destacar que a companhia poderá exercer o direito ao contraditório e a ampla defesa, para demonstrar que não houve omissão dolosa na contabilidade da corporação. Comprovando a lisura das operações contábeis, ao final dos eventuais processos, poderá ser absolvida.

Portanto, a produção de documentos de conformidade deve fazer parte da gestão administrativa e operacional de qualquer corporação. Trata-se da mais importante ferramenta para a prevenção de infortúnios do mundo corporativo. Fornece ao gestor, ao investidor e às autoridades governamentais, provas documentais aptas a comprovar a transparência e a lisura da gestão corporativa.

25. Os limites impostos na ação policial após o julgamento do Habeas Corpus 598.051/SP

O voto proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Rogério Schietti Cruz, no julgamento do Habeas Corpus nº. 598.051/SP, pelo brilhantismo da fundamentação, ficará marcado nos anais da Sexta Turma como uma daquelas manifestações que ampliam o debate sobre as arbitrariedades de determinados órgãos do estado na violação de direitos fundamentais da classe dominada.

Os limites impostos na ação policial para o ingresso no domicílio de uma pessoa, sem autorização judicial, é um tema bastante controverso, pois o controle judicial sobre a legalidade da busca e apreensão é feita posteriormente e, até o julgamento do Habeas Corpus nº. 598.051/SP, a palavra da autoridade policial tinha alto valor probatório.

De acordo com o citado precedente tornou-se ônus do estado comprovar que havia justificativa objetiva plausível, para que o agente pudesse ingressar na residência do jurisdicionado, sem autorização judicial, ou que o mesmo – espontaneamente – tivesse autorizado o ingresso do estado em seu domicílio.

Caso não fosse comprovado que o ingresso na residência da pessoa ocorreu de forma lícita ou espontânea, de acordo com o citado *leading case*, deve ser declarada a ilicitude originária e derivada das provas colhidas mediante a medida invasiva.

Portanto, de acordo com essa interpretação jurisprudencial, se considera ilícito o ingresso policial forçado em domicílio, quando não há justificativa objetiva comprovada em elementos probatórios pretéritos que indiquem efetivo estado de flagrância de crimes permanentes.

O Ministro Rogério Schietti Cruz propôs - e a Sexta Turma referendou - as seguintes diretrizes:

1. Na hipótese de suspeita de crime em flagrante, exige-se, em termos de standard probatório para ingresso no domicílio do suspeito sem mandado judicial, a existência de fundadas razões (justa causa), aferidas de modo objetivo e devidamente justificadas, de maneira a indicar que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito;

2. O tráfico ilícito de entorpecentes, em que pese ser classificado como crime de natureza permanente, nem sempre autoriza a entrada sem mandado no domicílio onde supostamente se encontra a droga. Apenas será permitido o ingresso em situações de urgência, quando se concluir que do atraso decorrente da obtenção de mandado judicial se possa objetiva e concretamente inferir que a prova do crime (ou a própria droga) será destruída ou ocultada;

3. O consentimento do morador, para validar o ingresso de agentes estatais em sua casa e a busca e apreensão de objetos relacionados ao crime, precisa ser voluntário e livre de qualquer tipo de constrangimento ou coação;
4. A prova da legalidade e da voluntariedade do consentimento para o ingresso na residência do suspeito incumbe, em caso de dúvida, ao Estado, e deve ser feita com declaração assinada pela pessoa que autorizou o ingresso domiciliar, indicando-se, sempre que possível, testemunhas do ato. Em todo caso, a operação deve ser registrada em áudio-vídeo e preservada tal prova enquanto durar o processo;
5. A violação a essas regras e condições legais e constitucionais para o ingresso no domicílio alheio resulta na ilicitude das provas obtidas em decorrência da medida, bem como das demais provas que dela decorrerem em relação de causalidade, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do(s) agente(s) público(s) que tenha(m) realizado a diligência.

As regras propostas pelo Ministro Schietti foram levadas ao controle constitucional do Supremo Tribunal Federal que, com coerência, retificou parte do acórdão do STJ, para excluir a obrigatoriedade da gravação em áudio-vídeo da ação policial, e declarou, por via reflexa, a constitucionalidade das demais recomendações, conforme a redação da parte dispositiva do

Recurso Extraordinário 1342077, Relator Ministro Alexandre de Moraes, 02/12/2021, publicação 06/12/2021:

> *Diante de todo o exposto, em face do decidido no Tema 280 de Repercussão Geral, CONHEÇO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARA CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO E ANULAR O ACÓRDÃO RECORRIDO tão somente na parte em que entendeu pela necessidade de documentação e registro audiovisual das diligências policiais, determinando a implementação de medidas aos órgãos de segurança pública de todas as unidades da federação (itens 7,1, 7.2, 8, 12, e 13 da Ementa); MANTENDO, entretanto, a CONCESSÃO DA ORDEM para absolver o paciente, em virtude da anulação das provas decorrentes do ingresso desautorizado em seu domicílio. (sem grifo no original)*

Portanto, à exceção da obrigatoriedade para que a ação policial fosse registrada em áudio-vídeo, são constitucionais as diretrizes estabelecidas pela Sexta Turma do STJ.

Importante destacar que a Quinta Turma do STJ, no julgamento do Habeas Corpus nº. 616.584/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 30/3/2021, DJe de 6/4/2021, referendou o entendimento consagrado pela Sexta Turma:

> *Em recente julgamento no HC 598.051/SP, a Sexta Turma, em voto de relatoria do Ministro Rogério Schietti - amparado em julgados estrangeiros -, decidiu que o consentimento do morador para a entrada dos policiais no imóvel será válido apenas se documentado por escrito e, ainda, for registrado em gravação audiovisual.*

> *Como destacado no acórdão paradigma, "Essa relevante dúvida não pode, dadas as circunstâncias concretas - avaliadas por qualquer pessoa isenta e com base na experiência quotidiana do que ocorre nos centros urbanos - ser dirimida a favor do Estado, mas a favor do titular do direito atingido (in dubio libertas). Em verdade, caberia aos agentes que atuam em nome do Estado demonstrar, de modo inequívoco, que o consentimento do morador foi livremente prestado, ou que, na espécie, havia em curso na residência uma clara situação de comércio espúrio de droga, a autorizar, pois, o ingresso domiciliar mesmo sem consentimento do morador.*
>
> *Na falta de comprovação de que o consentimento do morador foi voluntário e livre de qualquer coação e intimidação, impõe-se o reconhecimento da ilegalidade na busca domiciliar e consequentemente de toda a prova dela decorrente (fruitsofthepoisonoustree).*

Posto isso, no plano da objetividade, há convergência de entendimentos entre as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça.

Será que no campo da subjetividade os entendimentos são convergentes?

A maioria dos Ministros da Quinta Turma interpretam, de maneira mais extensiva, as hipóteses de validação da violação domiciliar, e não concordam com a visão garantista ecoada pela Sexta Turma, no julgamento do citado precedente qualificado.

O Ministro Felix Fisher – que integrou a egrégia Quinta Turma do STJ - possui interpretação mais extensiva às diretrizes fixadas no Habeas Corpus nº. 598.051/SP e, nos casos analisados, não aplicou as recomendações estipuladas pela Sexta Turma, conforme se infere de trechos do voto exarado no AgRg no HC n. 656.042/SP:

> *No caso, ao desobedecer o sinal de parada dado pela Guarda Municipal, o agravante se evadiu e foi perseguido por 15 km até ser interceptado. Admitindo ser foragido da Justiça Pública, o agente, que não portava documentos de identificação, foi conduzido até a sua residência, local onde foram encontrados mais de 9,278 kg de cocaína e tambor contendo lidocaína, situação fática que se amolda às hipóteses legais de mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio. Dessarte, considerando a dinâmica do flagrante (desobediência à ordem de parada, evasão, ausência de porte de documento de identificação e reiteração delitiva), bem como o flagrante do tráfico ilícito de entorpecente materializada na conduta do paciente de guardar a droga em sua residência, caracterizado está o fragrante de crime permanente, mostrando-se prescindível o mandado judicial.*

O Ministro João Otávio de Noronha – integrante da egrégia Quinta Turma do STJ –possui linha de interpretação semelhante ao Ministro Felix Fisher. Entende que a existência de investigação originada de inteligência policial, para a apuração de crime de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo, alinhado ao controle posterior do Poder Judiciário, não é ilegal, uma vez que se trata

de exercício regular da atividade investigativa. Cita-se, como exemplo, trechos do voto proferido no julgamento do AgRg no HC n. 703.691/SP:

> *O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo.*
>
> *Afere-se a justa causa para o ingresso forçado em domicílio mediante a análise objetiva e satisfatória do contexto fático anterior à invasão, considerando-se a existência ou não de indícios mínimos de situação de flagrante no interior da residência.*
>
> *Investigação policial originada de informações obtidas por inteligência policial e diligências prévias que redunda em acesso à residência do acusado não se traduz em constrangimento ilegal, mas sim em exercício regular da atividade investigativa promovida pelas autoridades policiais.*
>
> *Tendo ocorrido controle judicial posterior do ato policial de ingresso em domicílio de investigado e ocorrido o julgamento da apelação, a análise da tese defensiva em toda a sua extensão fica inviabilizada, visto que há nítida necessidade de dilação probatória, situação não permitida no rito especial do habeas corpus.*

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca – integrante da egrégia Quinta Turma do STJ - tem adotado tom moderador em seus julgados. É adepto à tese de que a denúncia anônima desacom-

panhada de investigação preliminar que indique fundadas razões da ocorrência de crime permanente não configura justa causa para a busca e apreensão desacompanhada de mandado judicial. Cita-se, como exemplo, o voto exarado no julgamento do AgRg no HC n. 729.079/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022:

> *A narrativa contida nos autos não permite extrair quais os motivos que levaram os policiais a decidirem entrar na casa do agravado. Os policiais responsáveis pela prisão do agravado o teriam avistado em atitude suspeita e, após avistar a guarnição, tentou se evadir para o interior de sua casa. No entanto, não há maiores esclarecimentos a respeito do que consistiria essa atitude suspeita nem confirmação de que a decisão de ingressar no domicílio do agravado foi precedida de investigações que forneceram indícios seguros da prática delituosa no interior da residência. Cumpre destacar que o encontro de drogas no interior da residência não é suficiente para tornar lícita a diligência.*

O Ministro Jesuíno Rissato, – integrante da egrégia Quinta Turma do STJ - é adepto à tese de que a denúncia anônima pode justificar a mitigação à inviolabilidade do domicílio. De acordo com o voto proferido no julgamento do HC n. 710.416/MT foi possível observar que a palavra dos agentes de persecução criminal tem força probatória suficiente para justificar a medida:

> *Aqui, havia prévia denúncia anônima sobre indivíduos praticando tráfico de drogas em uma residência, no bairro Colina I, no Município de Nova Mutum/MT.*

> *Assim, os policiais se deslocaram para diligências prévias, quando avistaram dois indivíduos em via pública, que, imediatamente, deixaram cair uma porção de pasta-base de cocaína e ingressaram correndo no imóvel descrito na denúncia, enquanto gritavam: "corre, a polícia chegou".*
>
> *Ao seguirem o trajeto dos indivíduos, os policiais ainda visualizaram a paciente e sua mãe, que ordenou que "escondesse as drogas", tendo os agentes estatais avistado a paciente tentando se desvencilhar das drogas.*
>
> *(...)*
>
> *Outrossim, no que atine à questão da validade dos depoimentos policiais em geral, esta eg. Corte também é pacífica no sentido de que eles merecem a credibilidade e a fé pública inerente ao depoimento de qualquer funcionário estatal no exercício de suas funções e ausentes indícios de que houvesse motivos pessoais para a incriminação injustificada da investigada.*

O Ministro Ribeiro Dantas – integrante da egrégia Quinta Turma do STJ - que foi o relator do Habeas Corpus nº. 616.584/RS, que ratificou as diretrizes fixadas no Habeas Corpus nº. 598.051/SP é favorável às recomendações estabelecidas pela Sexta Turma. Possui interpretação mais restritiva sobre o ingresso forçado em domicílio sem autorização judicial. É adepto à tese de que o estado deve comprovar que a entrada no domicílio do jurisdicionado, sem autorização judicial, foi objetivamente justificada pela situação de flagrante de crime

permanente, ou que o morador – expressamente – consentiu a entrada dos agentes do estado, conforme decidido no julgamento do AgRg no HC n. 695.414/MG:

> *Como visto, o referido consentimento declaração foi afirmado pelos policiais militares responsáveis pela ocorrência, porém, é negado pela defesa.*
>
> *Nesse contexto, consoante detalhado na decisão anterior, a orientação deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o ônus probatório do consentimento do morador é do Estado, e não o inverso como entende o agravante.*

A Ministra Laurita Vaz – integrante da egrégia Sexta Turma do STJ – tem aplicado as orientações fixadas no Habeas Corpus nº. 598.051/SP. Vê, com cautela, a narrativa fática policial sobre o consentimento do jurisdicionado. Não aceita a aplicação da teoria da pescaria probatória ou especulativa sobre fatos diversos ao investigado, conforme se constata de trechos do voto exarado no julgamento do AgRg no HC n. 704.015/GO:

> *No mais, não é verossímil a narrativa dos policiais de que ingressaram na residência do Acusado após seu prévio consentimento. Cumpre registrar que não há indicação de que essa suposta autorização tenha sido confirmada em juízo. Pelo contrário, consta da sentença condenatória que "[q]ue os policiais invadiram sua casa às seis horas da manhã e falaram que o pegaram na porta; Que a polícia invadiu, bateu na porta e, quando ele abriu, arrebentou a porta" (fl. 410), o que enfraquece sobremaneira o apontado consentimento.*

(...)

> *Ressalto, por fim, que, consoante a jurisprudência desta Sexta Turma, "Admitir a entrada na residência especificamente para efetuar uma prisão não significa conceder um salvo-conduto para que todo o seu interior seja vasculhado indistintamente, em verdadeira pescaria probatória (fishingexpedition), sob pena de nulidade das provas colhidas por desvio de finalidade." (HC 663.055/MT, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 31/03/2022.)*

O Ministro Antônio Saldanha Palheiro – integrante da egrégia Sexta Turma do STJ – tem aplicado as diretrizes fixadas no Habeas Corpus nº. 598.051/SP. Interpreta, de forma restritiva as hipóteses de violação domiciliar, e não aceita a narrativa policial de que a mitigação à garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar foi justificada pela apreensão de drogas em poder do jurisdicionado. Confira-se trechos do voto proferido no julgamento do HC n. 684.795/SP:

> *No caso em exame, verifica-se violação ao art. 157 do Código de Processo Penal, observado que os policiais se dirigiram até a residência para prender o corréu, por informações de ser foragido da justiça. Em revista pessoal, na frente da residência, foram encontradas drogas com o paciente e com o corréu; tais circunstâncias não evidenciam fundadas razões extraídas da leitura dos documentos dos autos. Isso, porque a apreensão de drogas em busca pessoal na frente da casa não é suficiente para dispensar investigações prévias ou o mandado judicial para ingressar na residência do paciente. Assim sendo, o contexto*

> *fático narrado não corrobora a conclusão inarredável de que na residência praticava-se o crime de tráfico de drogas.*
>
> *(...)*
>
> *Ademais, dentro do contexto fático delineado pelas instâncias ordinárias, não foi comprovada a voluntariedade do corréu ao autorizar o ingresso policial na residência, tal como destacado pelo Tribunal de origem ao denegar o habeas corpus, ônus probatório esse de incumbência do Estado persecutor.*

O Ministro Olindo Menezes – integrante da egrégia Sexta Turma do STJ – segue a linha de raciocínio ecoada pelo Ministro Rogério Schietti. Possui olhar garantista às hipóteses de mitigação à garantia constitucional de violação de domicílio, e não é adepto à tese de que a ação policial pode ser justificada pelo nervosismo do jurisdicionado, conforme decidido no julgamento do AgRg no HC n. 702.210/RS:

> *A irresignação não prospera. Não prevalece nesta Corte o entendimento de que o nervosismo externado pelo paciente constitui "atitude objetivamente suspeita" que autoriza a mitigação da inviolabilidade domiciliar.*
>
> *As circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita,' ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante*

> *de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente" (HC 598.051/SP, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/03/2021).*

O Ministro Sebastião Reis Júnior – integrante da egrégia Sexta Turma do STJ – segue as recomendações contidas no Habeas Corpus nº. 598.051/SP. Não aceita a tese de que o ingresso forçado no domicílio da pessoa pode ser justificado pela suposta ocorrência de crime permanente. Por ser bastante elucidativa, transcreve-se a íntegra da ementa formulada no julgamento do HC n. 579.050/PB:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (177 G DE COCAÍNA E 1.142 G DE MACONHA). PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA OU DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE DELITIVA. FUNDADAS RAZÕES. CONSENTIMENTO DO MORADOR. ÔNUS DA PROVA. ESTADO ACUSADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*
>
> *1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou, ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.*

> *2. Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador.*
>
> *3. Ao que se observa, o fato de o réu portar arma de fogo nas imediações da sua residência e de outro indivíduo tentar fechar a porta, após avistar os policiais, não configura a fundada razão da ocorrência de crime (estado de flagrância) que justifique afastar a garantia da inviolabilidade do domicílio.*
>
> *4. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato.*
>
> *(HC n. 579.050/PB, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.)*

Portanto, como a tese contida no Habeas Corpus nº. 598.051/SP não pode ser interpretada fora do plano da subjetividade do julgador, e o controle Judicial sobre a legalidade do ato é feito após a busca e apreensão realizada sem autorização judicial, a aplicação das diretrizes fixadas no referido *leading case* dependerá da interpretação individual que cada Ministro fará sobre o caso concreto.

Assim, foi possível perceber que a egrégia Quinta Turma interpreta de forma mais abrangente as hipóteses de violação domiciliar. A *contrario sensu,* os integrantes da egrégia Sexta

Turma possuem interpretação mais garantista, e são unânimes ao referendar as regras contidas no HC 598.051/SP.

Fontes:

HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 15/3/2021.

RE 1342077, Relator Ministro Alexandre de Moraes, 02/12/2021, publicação 06/12/2021.

HC nº. 616.584/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 30/3/2021, DJe de 6/4/2021.

AgRg no HC n. 656.042/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 4/6/2021.

AgRg no HC n. 703.691/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 24/2/2022.

AgRg no HC n. 729.079/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.

HC n. 710.416/MT, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022.

HC n. 616.584/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 30/3/2021, DJe de 6/4/2021.

AgRg no HC n. 704.015/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022.

HC n. 684.795/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.

AgRg no HC n. 702.210/RS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.

HC n. 579.050/PB, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 25/2/2022.

26. Os reflexos criminais da pejotização

A pejotização consiste na utilização fraudulenta de uma pessoa jurídica para mascarar uma relação de emprego visando à redução dolosa dos custos inerentes ao contrato de trabalho. Trata-se, portanto, de fraude na produção e na utilização de documentos ideologicamente falsos com o objetivo de mascarar a existência de um vínculo empregatício.

> *PEJOTIZAÇÃO - RELAÇÃO DE EMPREGO. A pejotização é um estratagema por meio do qual o empregador mascara a relação de emprego a fim de se eximir das responsabilidades trabalhistas.*
>
> *(TRT da 3.ª Região; PJe: 0010863-57.2021.5.03.0135 (ROT); Disponibilização: 02/02/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a): Ana Maria Amorim Reboucas).*

Linhas gerais, conforme o artigo 203 do Código Penal, a pejotização é a terceirização fraudulenta e ilegítima cujo propósito visa frustrar direitos assegurados pela legislação trabalhista:

> *Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:*

> *Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998).*

Com efeito, ainda que a maioria das controvérsias sobre pejotização seja resolvida na Justiça do Trabalho, como o crime, previsto no artigo 203 do Código Penal, é considerado de ação penal pública incondicionada, ou seja, que independe da vontade da vítima para a apuração de eventual responsabilidade criminal, a terceirização indevida da mão de obra é extremamente arriscada, pois, mesmo que a disputa seja acertada na Justiça do Trabalho, o infrator poderá ser processado também na instância criminal, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> *O acordo celebrado entre o denunciado e a empresa-vítima perante a Justiça do Trabalho não vincula a apreciação dos fatos pela jurisdição penal, haja vista a absoluta independência entre tais searas.*
>
> *(AgRg no HC n. 591.647/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 30/3/2023.)*

Aliás, mesmo que o empregado/contratado tenha sido coagido a emitir nota fiscal para o recebimento do "salário", como o conteúdo registrado no documento fiscal é falso, de acordo com o artigo 299 do Código Penal, o emissor desse documento ideologicamente falso poderá responder pelo crime de falsidade ideológica:

> *Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:*
>
> *Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)*

Ademais, o artigo 297, §4º, do Código Penal pune aquele que, com o objetivo de causar prejuízos diretos ou indiretos ao seguro social, não faz as devidas anotações obrigatórias na carteira de trabalho do empregado:

> *Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:*
>
> *Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa.*
>
> *§ 4o Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3o, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.(Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).*

Neste caso, como a pejotização ilícita é utilizada com o propósito de fraudar o seguro social obrigatório, o crime do artigo 297, §4º, do Código Penal se caracteriza com a simples omissão

intencional de dados que deveriam subsidiar o recolhimento de impostos destinados à seguridade social:

> *O crime em questão se consuma com a simples omissão de qualquer um dos dados elencados no § 3.º do art. 297 do Estatuto Repressivo, o que, supostamente, teria ocorrido, uma vez que a empresa de que os recorrentes são sócios teria deixado de registrar a própria relação trabalhista, ou seja, omitiu na CTPS todos os dados mencionados.*
>
> *(RHC n. 29.285/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 20/6/2012.)*

Destaca-se, também, que pejotização indevida pode caracterizar o crime de sonegação de contribuição previdenciária previsto no artigo 337-A do Código Penal, que, entretanto, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, poderá restar descaracterizado caso o infrator pague integralmente a dívida previdenciária:

> *Somente o pagamento integral dos débitos provenientes da falta de recolhimento dos tributos ou contribuições sociais, a teor do artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei n.º 10.684/03, extingue a punibilidade dos crimes tipificados nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137/90, 168-A e 337-A do Código Penal.*
>
> *(RHC n. 18.071/SP, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 4/4/2006, DJ de 26/6/2006, p. 199.)*

Isto posto, pode-se afirmar que a pejotização indevida é um artifício de não conformidade que expõe a corporação e seus respectivos administradores a risco criminal demasiado, pois, conforme argumentado, ainda que a Justiça do Trabalho resolva a controvérsia financeira existente na orquestração para burlar os custos inerentes ao contrato de trabalho, as partes envolvidas na contratação ilegal poderão ser responsabilizadas por diversos crimes.

Fontes:

Decreto-Lei 2848 de 7 de dezembro de 1940

TRT da 3.ª Região; PJe: 0010863-57.2021.5.03.0135 (ROT); Disponibilização: 02/02/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a): Ana Maria Amorim Rebouças.

AgRg no HC n. 591.647/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 30/3/2023.

RHC n. 29.285/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/6/2012, DJe de 20/6/2012.

RHC n. 18.071/SP, relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Sexta Turma, julgado em 4/4/2006, DJ de 26/6/2006, p. 199.

RHC n. 43.741/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/3/2016, DJe de 17/3/2016.

27. A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO NA APURAÇÃO DE CRIMES FINANCEIROS

A Constituição Federal estabelece como cláusula pétrea, ou seja, como direito fundamental que não pode ser mitigado ao consectário da oportunidade e da conveniência, a inviolabilidade da vida privada da pessoa, conforme disposto no artigo 5º, X, da Carta Magna:

> *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;*

Nesse sentido, o artigo 5º, XII, da CF/88 estabelece que os sigilos de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas também são invioláveis, mas como qualquer direito fundamental não pode ser utilizado para justificar ações que prejudiquem a coletividade, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos, quando o cidadão utiliza expedientes não republicanos para praticar crimes, e essa suspeita é baseada em juízo de verossimilhança, o referido dispositivo constitucional autoriza o afastamento da citada cláusula pétrea:

> *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a*

> *lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*

Sendo assim, nas apurações de crimes financeiros, quando a investigação é lastreada em juízo documental de probabilidade criminosa, a orientação jurisprudencial que prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça tem interpretado que o sigilo das comunicações telefônicas possui maior relevância constitucional que os sigilos bancário (movimentações financeiras) e fiscal (declarações fiscais), uma vez que representa a livre expressão do pensamento durante a comunicação verbal:

> *No cotejo das garantias constitucionais protetoras da intimidade e privacidade do indivíduo, pode-se dizer que o sigilo das comunicações telefônicas constitui uma das liberdades públicas mais importantes do indivíduo, pois representa a exigência de livre expressão do pensamento externado durante a comunicação verbal, portadora dos segredos mais íntimos da pessoa humana.*
>
> *A seu turno, a proteção do sigilo bancário objetiva salvaguardar informações pessoais estáticas, em regra unipessoais, referentes à movimentação de fluxos monetários, de conhecimento das instituições financeiras e de seus prepostos. Pela dicção constitucional, há uma forte proteção às comunicações telefônicas, de modo que seu fluxo somente pode ser interceptado para fins penais, o que não ocorre com o sigilo bancário, em que se permite até o compartilhamento de informações entre instituições financeiras.*

> *(HC n. 349.945/PE, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 2/2/2017.)*

Isso não quer dizer que a violação ao sigilo bancário e fiscal dispense fundamentação lastreada em juízo de probabilidade da medida invasiva, isto é, dos motivos que levaram a invasão ao direito da privacidade do cidadão. Trocando em miúdos, é ilegal a decisão que autoriza o afastamento de sigilo bancário e fiscal quando não há justificativa antecedente que permita concluir pela indispensabilidade da medida. No julgamento do RMS n. 25.174/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/2/2008, DJe de 14/4/2008 foi provido recurso que vindicava o desentranhamento de provas obtidas a partir da quebra desarrazoada de sigilo bancário e fiscal. Confira trechos da parte final do voto exarado pela eminente Ministra Relatora:

> *Neste ponto, cumpre anotar que a quebra de sigilo bancário e fiscal é medida violenta, que não pode servir ao perigoso intuito de devassa injustificada, sob pena de tornar vazia a garantia constitucional da privacidade do cidadão, somente afastada diante da demonstração de motivos suficientemente hábeis e no mínimo de indícios concretos da conduta supostamente delituosa.*
>
> *Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, para o fim de impedir a quebra dos sigilos fiscal e bancário dos recorrentes, determinando-se, em face disso, o desentranhamento de eventuais documentos já colhidos na origem; sem prejuízo de*

> *nova postulação na qual seja concretamente descortinada a ligação dos mesmos com as organizações suspeitas de participar do suposto esquema delituoso.*

Portanto, quando a causa provável não é fundamentadamente indicada na decisão que autoriza o afastamento do sigilo bancário e fiscal, há ruptura reflexa à intimidade da pessoa, e a prova produzida a partir dessa inadequação constitucional é considerada nula:

> *A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República.*
>
> *(MS 25668, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2006, DJ 04-08-2006 PP-00027 EMENT VOL-02240-03 PP-00410 RTJ VOL-00200-02 PP-00778 RCJ v. 20, n. 129, 2006, p. 55-66).*

Com efeito, para que seja justificado o afastamento do sigilo das comunicações telefônicas, que visa à apuração de crimes financeiros, é indispensável que a investigação policial seja feita de maneira crescente, isto é, iniciando-se pela colheita de provas menos invasiva, podendo ser estendida até a fase da interceptação telefônica, nos termos do artigo 2º, II, da Lei nº 9.296/96:

> *Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*
>
> *II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*

Destarte, nas investigações de crimes financeiros, nas quais a prova documental é mais importante que a prova oral, se a investigação é feita de forma decrescente ou de maneira inversa (mais invasiva para menos invasiva), isto é, originando-se de interceptação telefônica para se chegar ao afastamento do sigilo bancário e fiscal, há ofensa direta ao disposto no artigo 2º, II, da Lei nº 9.296/96 e, consequentemente, há violação reflexa ao artigo 5º, XII, da Constituição Federal:

> *Ao dispor que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", o art. 5º, XII, da Constituição estabeleceu uma regra geral de proteção ao sigilo das comunicações telefônicas e criou a possibilidade excepcional da sua relativização, na forma da lei. Vale dizer, enquadrar-se nos termos da lei (no caso, a Lei n. 9.296/1996) é um requisito para que a quebra do sigilo de comunicações telefônicas seja válida, como ressalva à regra geral de inviolabilidade, pois é só dentro dos limites legais que se admite a relativização da garantia fundamental. Em contrapartida, violar esse sigilo fora das hipóteses previstas pelo legislador implica a ilicitude da diligência, e não a sua validade.*

(HC n. 695.895/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.)

Em conclusão, se, por um lado, prevalece o entendimento no sentido de que o relatório de inteligência financeira produzido pelo COAF pode justificar o afastamento do sigilo bancário e fiscal, por outro, nas apurações de crimes financeiros, a validade da prova produzida por interceptação telefônica dependerá da análise do binômio razoabilidade e necessidade, uma vez que a livre expressão do pensamento durante a comunicação verbal tem maior relevância constitucional que os sigilos bancário e fiscal.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.

https://www.migalhas.com.br/depeso/386856/a-forca-probatoria-dos-relatorios-de-inteligencia-financeira.

HC n. 349.945/PE, relator Ministro Nefi Cordeiro, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2016, DJe de 2/2/2017.

RMS n. 25.174/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/2/2008, DJe de 14/4/2008.

MS 25668, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2006, DJ 04-08-2006 PP-00027 EMENT VOL-02240-03 PP-00410 RTJ VOL-00200-02 PP-00778 RCJ v. 20, n. 129, 2006, p. 55-66.

HC n. 695.895/MS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

HC n. 137.349/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5/4/2011, DJe de 30/5/2011.

HC n. 375.683/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/10/2017, DJe de 8/11/2017.

RMS n. 35.410/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe de 5/11/2013.

HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011.

RMS n. 52.677/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2017, DJe de 5/5/2017.

RHC n. 45.207/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, relator para acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe de 3/2/2015.

RHC n. 119.342/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 6/10/2022.

HC n. 88.825/GO, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 30/11/2009.

28.O caso "Rolex" e as consequências administrativas e criminais

A imprensa brasileira noticiou que, em viagem oficial a Doha, em outubro de 2019, um ex-presidente da República teria comercializado, indevidamente, um relógio da marca Rolex, recebido de presente na qualidade de chefe de Estado.

Importante destacar que, em 31/08/2016, o Tribunal de Contas da União, por meio da TC 011.591/2016-1 determinou que os presentes recebidos em missões oficiais pelos presidentes da República pertencem ao patrimônio da União, conforme item 9.2.1 do Acórdão 2255/201/Plenário:

> *9.2.1 incorporem, com fulcro no art. 3º, parágrafo único, inciso II, do Decreto 4.344/2002, ao patrimônio da União todos os documentos bibliográficos e museológicos recebidos pelos presidentes da República, nas denominadas cerimônias de troca de presentes, bem assim todos os presentes recebidos, nas audiências com chefes de Estado e de Governo, por ocasião das visitas oficiais ou viagens de estado ao exterior, ou das visitas oficiais ou viagens de estado de chefes de Estado e de Governo estrangeiros ao Brasil, excluídos apenas os itens de natureza personalíssima ou de consumo direto pelo Presidente da República.*

Portanto, desde 2016, conforme determinação do TCU, os presentes recebidos por ex-presidentes da República, em mis-

sões oficiais, não podem ser incorporados aos seus patrimônios pessoais. Sendo assim, a desobediência ao comando do Tribunal de Contas da União pode gerar consequências nas esferas administrativa e criminal.

Com efeito, a apropriação ou o desvio de um bem que pertence ao ente público pode ser enquadrado como crime de peculato previsto no artigo 312 do Código Penal:

> *Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:*
>
> *Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa.*
>
> *§ 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.*

No caso do Rolex, como o relógio foi recebido em razão do cargo de chefe de Estado e no nome do Estado Brasileiro, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a melhor qualificação criminal é de peculato-apropriação:

> *O crime de peculato-apropriação exige que o funcionário público receba o bem, valor ou dinheiro público em razão do cargo e no nome da Administração.*

> *(APn n. 702/AP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 3/8/2020, DJe de 14/8/2020.)*

Trata-se de infração penal que não exige resultado naturalístico, ou seja, se consuma no momento em que funcionário público, aproveitando-se do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono de determinado objeto material.

> *I. O delito de peculato-apropriação consuma-se no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc, não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito.*
>
> *II. A expressão posse, utilizada no tipo penal do art. 312, caput, do Código Penal, não deve ser analisada de forma restrita, e sim, tomada como um conceito em sentido amplo, que abrange, também, a detenção. Dessa forma, o texto da lei aplica-se à posse indireta, qual seja, a disponibilidade jurídica do bem, sem apreensão material.*
>
> *(RHC n. 10.845/SP, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/3/2001, DJ de 23/4/2001, p. 166.)"*

Aliás, de acordo com o artigo 29 do Código Penal, é possível que terceiros que não tenham participado diretamente do delito possam responder, criminalmente, na medida de sua culpabilidade. Exemplo: o funcionário público se apropria indevidamente do bem que pertence à União, e o terceiro – que

não é funcionário público – atua, conscientemente, na comercialização do produto do crime:

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *Sendo assim, ainda que o produto do crime seja devolvido ou reintroduzido ao patrimônio público, como o peculato-apropriação independe de resultado naturalístico, de acordo com o artigo 16 do Código Penal, se o ressarcimento do prejuízo ocorrer até o recebimento da denúncia, o infrator poderá ter a pena reduzida de um a dois terços:*
>
> *Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"*
>
> *Confira o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:*
>
> *No peculato doloso, embora não seja possível a extinção da punibilidade, o ressarcimento do dano pode configurar o arrependimento posterior, se verificada a presença de seus requisitos. Porém, tratando-se de causa de diminuição de pena, deve ser analisada no momento oportuno, pelo juiz da causa, sob pena de supressão de instância.*

> *(RHC n. 120.906/BA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 23/6/2020.)*

A propósito, no julgamento do REsp n. 122.760/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/12/1999, DJ de 21/2/2000, p. 148, foi decidido que a reparação do dano para fins de incidência do artigo 16 do Código Penal não se restringe à esfera pessoal do infrator, ou seja, qualquer pessoa pode reparar o dano:

> *A reparação do dano não se restringe à esfera pessoal de quem a realiza, desde que a faça voluntariamente, sendo, portanto, nestas condições, circunstância objetiva, estendendo-se, assim, aos co-autores e partícipes. Precedente (HC 4147/SP).*

Nesse sentido, se as apurações constatarem que os valores obtidos com a comercialização do Rolex foram convertidos em dinheiro em espécie e ingressaram no patrimônio pessoal dos investigados, por meio de "laranjas" e sem utilizar o sistema bancário formal, com o objetivo de ocultar a origem, localização e propriedade dos valores, os infratores poderão responder pelo crime de lavagem de dinheiro, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998:

> *Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

Consequentemente, como as esferas administrativa e criminal são independentes, ou seja, as punições são autônomas, de acordo com o artigo 9º da Lei 8.492, de 2 de junho de 1992, a comercialização indevida do Rolex poderá ser enquadrada, também, como ato de improbidade administrativa:

> *Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)*
>
> *XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1° desta lei.*

Por derradeiro, o ressarcimento ou a restituição dos bens à Administração Pública por ato daquele que praticou a suposto conduta desonesta não tem o condão de desqualificar a improbidade. Confira o seguinte julgado:

> *O ressarcimento ou restituição dos bens à Administração Pública por ato daquele que praticou a conduta ímproba ou por ato de terceiro, como no caso, pode devolver o estado anterior das coisas para fins de aferição da responsabilidade pela reparação integral do prejuízo, todavia não faz desaparecer o ato de improbidade que gerou inicialmente o dano ao erário.*

(REsp n. 1.579.678/PE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/4/2019, DJe de 4/6/2019)

Portanto, ainda que não exista uma legislação específica sobre a possibilidade de se comercializar um bem de alto valor recebido pelo Chefe da Nação Brasileira, em viagem oficial, age com dolo eventual aquele que desrespeita, conscientemente, a determinação do Tribunal de Contas da União para, ao consectário da oportunidade e da conveniência, vender um patrimônio que, na melhor das hipóteses, gerava dúvidas sobre o real proprietário.

Fontes:

Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 8.394, de 30 de dezembro de 1991.

Decreto nº. 4.344, de 26 de agosto de 2002.

Acórdão 2255/201/Plenário, TC 011.591/2016 - Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2255-34/16-P.

APn n. 702/AP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 3/8/2020, DJe de 14/8/2020.

RHC n. 10.845/SP, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/3/2001, DJ de 23/4/2001, p. 166.

RHC n. 120.906/BA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/6/2020, DJe de 23/6/2020.

REsp n. 1.723.969/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/5/2019, DJe de 27/5/2019.

REsp n. 122.760/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/12/1999, DJ de 21/2/2000, p. 148.

REsp n. 1.579.678/PE, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/4/2019, DJe de 4/6/2019.

AgRg no HC n. 686.557/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 18/3/2022.

29. É LÍCITO QUE O JUÍZO CÍVEL POSSA DETERMINAR A QUEBRA DE SIGILO TELEMÁTICO (E-MAIL) PARA INSTRUIR PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA ANTECIPADA?

A imprensa noticiou que um Juízo Cível de São Paulo determinou a busca antecipada de provas de sigilo telemático, dos últimos 10 anos, de gestores que administraram as Americanas.

Será que essa decisão é válida?

Eis a redação do artigo 1º, da Lei nº. 9.296/96:

> *Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.*
>
> *Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

De acordo com o citado dispositivo infraconstitucional, a quebra de dados telemáticos só deve ser autorizada para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal.

Portanto, afirma-se, desde já, que o juízo cível não deve determinar a quebra do sigilo telemático de uma pessoa que sequer é investigada em procedimento de natureza criminal.

Isto é, se as informações noticiadas pela imprensa forem confirmadas, é provável que as eventuais provas obtidas por meio da citada decisão serão declaradas ilícitas, o que poderá prejudicar eventual investigação na seara criminal.

Mesmo que a decisão que deferiu a quebra dos sigilos telemáticos dos gestores das Americanas tivesse sido fundamentada no artigo 22, da Lei nº. 12.965, de 23 de abril de 2014 - Marco Civil da Internet -, a prova obtida por esse meio não teria validade, uma vez que o citado artigo não prevê a possibilidade de requisição judicial de conteúdo da comunicação privada para formação de conjunto de provas em ação cível, verbis:

> ***Da Requisição Judicial de Registros***
>
> *Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.*
>
> *Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:*
>
> *I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;*

> *II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e*
>
> *III - período ao qual se referem os registros.*

Conforme visto, o que se autoriza no artigo 22, do Marco da Internet, é o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Assim, o sigilo telemático goza de garantia constitucional de inviolabilidade, nos termos o artigo 5º, XII, da Constituição Federal:

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

Portanto, objetivamente, não há qualquer ressalva para que o disposto no artigo 1º, da Lei nº. 9.296/96 seja mitigado. Isto é, a competência para o deferimento de decisão sobre quebra de sigilo telemático será do Juízo Criminal competente para julgar eventual ação penal.

Aliás, ainda que a decisão que autorizou a quebra de dados telemáticos tivesse sido prolatada pelo Juízo Criminal, o trinômio: necessidade, razoabilidade e fundamentação, não estariam presentes no bojo da fundamentação, contrariando o disposto no artigo 2º, da Lei nº. 9.296/96:

> *I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;*
>
> *II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*
>
> *III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*
>
> *Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada."*

Isso porque não é razoável que eventual investigação que busque elementos de provas sobre possíveis omissões contábeis na corporação abranja o período de dez anos cujos alvos contemplam pessoas que não fazem parte da atual gestão da companhia.

No julgamento HC n. 315.220/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe de 9/10/2015, ficou decidido que houve flagrante ilegalidade na decisão que autorizou a quebra dos sigilos telemáticos por mais de dez anos. Eis a ementa do julgado:

> *PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO REVELAÇÃO. CORRUPÇÃO ATIVA. MEDIDAS CAUTELARES DETERMINADAS. AFASTAMENTO DE SIGILO DE CORREIO ELETRÔNICO. DURAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. PRAZO: DE 2004 A 2014. FUNDAMENTAÇÃO PARA A QUEBRA DO*

SIGILO DO E-MAIL NO PERÍODO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência.

2. In casu, a constrição da comunicação eletrônica abrangeu um ancho período, superior a dez anos, de 2004 a 2014, sem que se declinasse adequadamente a necessidade da medida extrema ou mesmo os motivos para o lapso temporal abrangido, a refugar o brocardo da proporcionalidade, devendo-se, assim, prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública.

3. Lastreadas as decisões de origem em argumentos vagos, sem amparo em dados fáticos que pudessem dar azo ao procedimento tão drástico executado nos endereços eletrônicos do acusado, de se notar certo açodamento por parte dos responsáveis pela persecução penal.

4. Ordem concedida, com a extensão aos co-investigados em situação análoga, a fim de declarar nula apenas a evidência resultante do afastamento dos sigilos de seus respectivos correios eletrônicos, determinando-se que seja desentranhado, envelopado, lacrado e entregue aos respectivos indivíduos o material decorrente da medida."

Confira-se trechos do voto proferido pela eminente Ministra relatora no habeas corpus anteriormente citado:

> *Não se descura que uma denúncia pode reportar-se a fatos longevos, cujo arcabouço probatório somente se aperfeiçoou em data atual. Entretanto, no tocante à providência cautelar prévia, ao necessitar o Estado de dispor do método constritivo dos direitos individuais, deve-se ter em voga a razoabilidade do período de constrição, atribuindo-se racionalidade ao próprio Estado Democrático de Direito, ao albergar valores subjacentes da justiça, obstando-se, desse modo, o arbítrio descomedido.*
>
> *E não se pode conceber que a determinação de interceptação telefônica já pressuponha a quebra do sigilo também do correio eletrônico, pois há a necessidade de se demonstrar a imprescindibilidade da extensão da constrição inclusive para a modalidade de comunicação dada pelo e-mail, sempre delimitando período temporal sob o manto do brocardo da proporcionalidade, evocando a primazia do moderado, justo e racionalmente compreensivo, a expurgar excessos.*
>
> *Nessa toada, na hipótese dos autos cuido que se decretou a quebra do sigilo das comunicações eletrônicas sem se delinear a pertinência com a pretensa conduta delitiva ou a exata motivação do prazo inaugural, de forma a legitimar a medida extrema.*

Portanto, respondendo objetivamente ao questionamento proposto no início desse artigo, se as informações propaladas pela imprensa se confirmarem, de acordo com a fundamen-

tação supra, não é lícito ao Juízo Cível deferir quebra de sigilo telemático para fins de produção probatória antecipada.

Fontes:

Imprensa:

https://www.metropoles.com/negocios/determinada-busca-e-apreensao-de-e-mails-da-direcao-da-americanas

Lei nº. 9.296/96:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm

Constituição Federal:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Lei nº. 12.965/2014

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

HC n. 315.220/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe de 9/10/2015

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500197570&dt_publicacao=09/10/2015

30. O sequestro de bens no processo penal

O sequestro judicial de bens está previsto no Código de Processo Penal e no Decreto-Lei nº. 3.240, de 8 de maio de 1941. Em linhas gerais, pode ser classificado como medida cautelar de ressarcimento de prejuízos decorrentes de prática delitiva.

O artigo 125 do Código de Processo Penal dispõe que o sequestro de bens recairá sobre o proveito da infração penal, ou seja, a norma processual penal determina que seja feita a distinção dos benefícios financeiros decorrentes do crime com o eventual patrimônio constituído licitamente pelo infrator. Isto é, a data do cometimento da infração penal será utilizada para aferir a legalidade da utilização da medida extrema pelo Poder Judiciário.

> *Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.*

Com efeito, o Decreto-Lei nº. 3.240, de 8 de maio de 1941 é norma de caráter especial, pois prescreve em seu artigo 1º que o sequestro judicial de bens será processado de acordo com essa legislação quando o delito investigado for cometido em prejuízo à Fazenda Pública (ex: sonegação fiscal):

> *Art. 1º Ficam sujeitos a sequestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a fazenda pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII da Consolidação das Leis Penais desde que dele resulte locupletamento ilícito para o indiciado.*

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou contrário à tese de que o Decreto-Lei 3.240/1941 foi revogado pelo artigo 125 do Código de Processo Penal. Confira a seguinte ementa:

> *O art. 1º do Decreto-Lei nº 4.240/41, por ser norma especial, prevalece sobre o art. 125 do CPP e não foi por este revogado eis que a legislação especial não versa sobre a mera apreensão do produto do crime, mas, sim, configura específico meio acautelatório de ressarcimento da Fazenda Pública, de crimes contra ela praticados. (REsp n. 149.516/SC, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 21/5/2002, DJ de 17/6/2002, p. 287.)*

Nesse sentido, o Código de Processo Penal e o Decreto-Lei são unânimes ao prescrever que bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita do patrimônio do investigado para que seja determinado o sequestro judicial de bens. Aliás, essa é a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> *Não há que se falar em inversão do ônus da prova no caso concreto, porquanto o art. 126 do CPP, para a decretação do sequestro, tão somente a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.*

> *(AgRg no RMS n. 54.559/PE, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 11/4/2018.)*

Em resumo, quando o crime resultar em prejuízo à Fazenda Pública aplicar-se-ão as normas contidas no Decreto-Lei nº. 3.240/41, caso contrário, deverão ser utilizados os artigos contidos no Código de Processo Penal.

Diferentemente do Código de Processo Penal que determina a separação do lícito e do ilícito para deferir a medida judicial extrema de sequestro de bens, essa divisão não ocorre quando o crime causar prejuízo à Fazenda Nacional, pois o artigo 4º do Decreto-Lei nº. 3.240/41 impõe que o sequestro seja autorizado sobre todo o patrimônio do investigado, independentemente da comprovação da licitude de bens que não possuem qualquer relação com o fato criminoso:

> *Art. 4º O sequestro pode recair sobre todos os bens do indiciado, e compreender os bens em poder de terceiros desde que estes os tenham adquirido dolosamente, ou com culpa grave.*

No julgamento do AgRg no AREsp n. 2.219.917/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023 foi confirmada a aplicabilidade do artigo 4º do Decreto-Lei 3.240, de 8 de maio de 1941:

> *A medida de sequestro deferida nos autos, a teor do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 3.240/41, pode recair sobre quaisquer bens dos requerentes e não apenas sobre aqueles que sejam produtos ou*

> *proveito do crime, mostrando-se, assim, desnecessária qualquer discussão sobre o fato de os bens estarem ou não alienados e de terem sido adquiridos antes da prática delitiva (RMS 29.854/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).*

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido que o sequestro judicial de bens possa ser estendido a terceiros que tenham se beneficiado direta ou indiretamente do produto da prática delitiva. Confira trechos do voto proferido no RMS n. 49.904/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2016, DJe de 5/10/2016, em que foi desprovido o recurso em mandado de segurança contra decisão que estendeu os efeitos do sequestro judicial de bens a terceiro que não participou diretamente do crime:

> *Com efeito, no voto condutor do acórdão recorrido, o Relator do Mandado de Segurança n. 0012276-17.2013.4.02.0000 transcreveu trecho do requerimento de sequestro de bens, formulado pelo Ministério Público, no qual são indicadas fundadas suspeitas da origem ilícita dos bens apreendidos, seja porque sua aquisição ocorreu entre os anos de 2009 e 2011, época em que estava em plena atividade a quadrilha de fraudadores da Previdência, da qual o filho do recorrente participava, seja porque a renda do recorrente e de sua esposa não é compatível com o valor dos automóveis. Tudo isso levou a crer que tais bens eram produto da atividade ilícita de seu filho.*
>
> *Ora, o recorrente não trouxe aos autos documentos que pudessem infirmar as suspeitas levantadas pelo Ministério Público e*

> *também não se desincumbiu de seu ônus de refutar os fundamentos postos no acórdão recorrido para denegar a segurança.*
>
> *(...)*
>
> *Verifica-se, assim, não haver ilegalidade na extensão do sequestro a bens de terceiros não envolvidos diretamente no ilícito penal, desde que devidamente fundamentada a decisão em indícios veementes de que tais bens foram adquiridos ou construídos com finanças produto de crime.*
>
> *Tem razão, ainda, o parecer ministerial, quando observa que o sequestro de bens como medida assecuratória do processo penal não constitui pena, assim sendo, não há como se relacionar tal medida com uma possível imposição de pena a terceiro que não é parte no processo, não havendo que se falar, por consequência, em violação ao princípio da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF).*

Nesse contexto, deferida a medida judicial que autoriza o seqüestro de bens do investigado, caberá ao próprio investigado, por meio de sua defesa técnica, produzir provas capazes de infirmar a conclusão judicial cautelar. Isto é, o ônus probatório é invertido em favor do Estado.

> *Se a apreensão dos bens, nos termos do art. 126 do Código de Processo Penal, depende apenas da existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens, enquanto a restituição depende da inexistência de dúvida, resulta claro que a incerteza acerca da origem e licitude dos bens apreendidos deve ser diri-*

> *mida pelo acusado, caso deseje a restituição antes do trânsito em julgado da ação penal, sendo seu o ônus da prova.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 736.813/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe de 22/9/2015.)*

Portanto, ainda que se trate de investigado inocente, a restituição dos bens arrestados judicialmente só poderá ser feita quando não houver dúvida acerca da origem e licitude do patrimônio do investigado. Caso contrário, a restituição ficará postergada para o trânsito em julgado de eventual sentença absolutória.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Decreto-Lei nº. 3698, de 3 de outubro de 1941.

Decreto-Lei nº. 3240, de 8 de maio de 1941.

AgRg no RMS n. 54.559/PE, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 3/4/2018, DJe de 11/4/2018.

AgRg no AREsp n. 2.219.917/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.

RMS n. 49.904/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2016, DJe de 5/10/2016.

AgRg no AREsp n. 736.813/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe de 22/9/2015.

REsp n. 149.516/SC, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 21/5/2002, DJ de 17/6/2002, p. 287.

REsp n. 1.124.658/BA, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 17/12/2009, DJe de 22/2/2010.

RMS n. 32.644/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/9/2017, DJe de 22/9/2017.

31. A razoabilidade na utilização da quebra de sigilo bancário pela Comissão Parlamentar de Inquérito

A Agência Câmara de Notícias divulgou informe noticiando que a Comissão Parlamentar de Inquérito das Pirâmides Financeiras aprovou a quebra do sigilo bancário de três consagrados artistas brasileiros. Infere-se da citada notícia que a fundamentação para a utilização da medida extrema foi lastreada nas seguintes hipóteses:

> *Precisamos saber se, após o calote a milhares de vítimas, essas pessoas citadas recepcionaram dinheiro dessa empresa", reforçou o deputado Alfredo Gaspar (União-AL), acrescentando que a dúvida podia ter sido sanada de forma simples se os atores tivessem vindo à CPI.*
>
> *"É necessário, ainda, identificar se os investigados receberam seus pagamentos em forma de participação na sociedade ou nos lucros da mesma", afirmou Bilynskyj.*
>
> *O presidente da CPI, deputado Áureo Ribeiro (Solidariedade-RJ), defendeu a quebra do sigilo. "Todos os brasileiros são iguais. Não é porque é um artista, porque é uma celebridade, porque pode recorrer aos melhores advogados que vai ter privilégio nesta Casa."*
>
> *Alfredo Gaspar ressaltou ainda que muitas pessoas só investiram na Atlas Quantum porque confiaram na imagem desses artistas.*

De acordo com o artigo 6º, da Lei nº. 1.579, de 18 de março de 1952, a Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará suas conclusões aos órgãos de persecução Estatal, para que promovam as eventuais responsabilidades sugeridas pelos deputados ou senadores:

> *Art. 6º-A. A Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará relatório circunstanciado, com suas conclusões, para as devidas providências, entre outros órgãos, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais.* *(Incluído pela Lei nº 13.367, de 2016)*

O artigo 58, §3º, da Constituição Federal estabelece que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Ou seja, a investigação criminal conduzida pelos deputados ou senadores não pode extrapolar a sistemática de colheita de provas adotada pelas autoridades judiciais, uma vez que o referido dispositivo constitucional não contempla hipóteses de exceção à regra:

> *§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encami-*

> *nhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infrator*

Logo, como o ordenamento jurídico veda a aplicação da responsabilidade objetiva em matéria criminal, ou seja, a responsabilidade penal é pessoal, a quebra de sigilo bancário sustentada em ato supostamente praticado por terceiro ofende a razoabilidade da decisão que determinou o afastamento dos sigilos. Confira o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *Na hipótese dos autos, constata-se que a denúncia não descreveu, nem ao menos de forma genérica, a conduta da recorrida, tendo afirmado apenas que ela e os demais denunciados eram Diretores Executivos da empresa, e por isso, em razão da posição hierárquica que ocupavam, seriam os responsáveis pela fraude tributária. Sem a individualização mínima de conduta e sem estabelecer qual seria o vínculo entre o cargo de Diretoria então ocupado pela ora recorrida e o delito a ela imputado, no âmbito de uma empresa com cerca de 17.000 funcionários em território nacional, com administração setorizada em diversas diretorias, está configurada a inépcia da denúncia pela generalidade, e, por via de consequência, a reprovável responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento pátrio.*
>
> *(AgRg no AgRg no REsp n. 2.038.919/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.)*

Aliás, a despeito de o sigilo bancário não ter caráter absoluto, na medida em que o interesse público deve prevalecer sobre o particular, a interferência do Estado na vida privada do

cidadão só deve ocorrer quando demonstrada a imprescindibilidade da medida. Isto é, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, por ofender a razoabilidade, a quebra do sigilo bancário não deve ser utilizada como o primeiro ato de investigação:

> *O sigilo bancário, espécie de direito à privacidade protegido pela Constituição de 1988, não é absoluto, pois deve ceder diante dos interesses públicos, sociais e da Justiça. Assim, deve ceder também na forma e com observância de procedimento legal e com respeito ao princípio da razoabilidade.*
>
> *(AI 655298 AgR, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00057 EMENT VOL-02291-13 PP-02513 RNDJ v. 8, n. 95, 2007, p. 87-88)*

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a quebra do sigilo bancário pressupõe ser medida indispensável à produção probatória. Como em direito penal a indispensabilidade da medida não pode ser justificada por presunção, mas mediante documentos que comprovem a indispensabilidade do ato, quando a utilização da medida extrema é lastreada em opiniões pessoais do investigador, se pode afirmar que essa modalidade de colheita de provas extrapolou os limites constitucionais conferidos às autoridades responsáveis pela condução dos trabalhos perante as comissões parlamentares de inquérito.

> *Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que os requisitos para a decretação da quebra do sigilo bancário*

> *podem ser resumidos em: (1) demonstração de indícios de existência de delito (2) demonstração da necessidade/imprescindibilidade da medida para obtenção de prova da autoria e/ou materialidade do delito; (3) indicação da pertinência temática entre as informações obtidas e a natureza do delito; (4) delimitação dos sujeitos titulares dos dados a serem investigados e do lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira.*
>
> *(HC n. 506.999/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/9/2019, DJe de 16/9/2019.)*

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 25812 MC, Relator Min. CEZAR PELUSO, publicado em DJ 23-2-2006, foi contundente ao dispor que o resultado da quebra do sigilo bancário não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova, isto é, a quebra do sigilo bancário não pode ser utilizada para fundamentar pretensão inicial de colheita de provas. Confira trechos da ementa do citado julgado:

> *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido que a autorização do afastamento do bancário deverá indicar, mediante fundamentos idôneos, a pertinência temática, a necessidade da medida, "que o resultado não possa advir de nenhum outro meio ou fonte lícita de prova" e "existência de limitação temporal do objeto da medida, enquanto predeterminação formal do período"*

O § 4.º, do artigo 1.º, da Lei Complementar n. 105/2001 possui a seguinte redação:

> *§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:*
>
> *I – de terrorismo;*
>
> *II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;*
>
> *III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;*
>
> *IV – de extorsão mediante sequestro;*
>
> *V – contra o sistema financeiro nacional;*
>
> *VI – contra a Administração Pública;*
>
> *VII – contra a ordem tributária e a previdência social;*
>
> *VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;*
>
> *IX – praticado por organização criminosa.*

Apesar de o § 4.º, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001 se tratar de rol exemplificativo, os exemplos dados pelo legislador não podem ser ignorados na análise da razoabilidade da colheita de provas por quebra de sigilo bancário.

Isso quer dizer que, quando a quebra do sigilo bancário for justificada em infração penal antecedente que não engloba os exemplos de crimes elencados na LC nº. 105/2001, é dever da autoridade responsável pela decretação da medida extrema aumentar a cautela sobre a indispensabilidade da medida.

No caso publicado pela Agência Câmara de Notícias, o crime investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito não está inserido no rol do§ 4.º, do artigo 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Trata-se de infração penal prevista no artigo 2º, IX, da Lei nº. 1.521, de 26 de dezembro de 1951:

> *IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);*
>
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.*

Diga-se de passagem, como o crime investigado pela Comissão Parlamentar de Inquérito tem pena de detenção, o eventual pedido de interceptação telefônica seria sumariamente indeferido pela autoridade Judicial, uma vez que o artigo 2º, III, da lei nº. 9.296/96 veda a utilização dessa medida quando fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção:

> *Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*
>
> *III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*

Portanto, a utilização da quebra do sigilo bancário como primeiro ato de investigação poderá inviabilizar eventual responsabilização penal, na medida em que a prova produzida a

partir da quebra do sigilo bancário, e as que decorreram desta prova, poderão ser declaradas nulas pelo Poder Judiciário. Confira trechos da ementa do AgRg na Pet n. 1.611/RO, relator Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 15/5/2002, DJ de 22/4/2003, p. 190:

> *A quebra dos sigilos bancário e fiscal é medida excepcional. Só há de ser concedida quando os fatos demonstrem a absoluta necessidade da sua realização e nos limites da competência do órgão investigador.*
>
> *No caso em exame, prepondera para justificar o indeferimento do pedido os seguintes aspectos jurídicos:*
>
> *a) não há, nos autos, fundamentação convincente da necessidade da medida requerida; b) as CPIs estaduais não têm competência para investigar autoridades que estão submetidas a foro privilegiado federal.*

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei Complementar n. 105/2001, de 10 de janeiro de 2001.

Lei nº. 1.579, de 18 de março de 1952.

Lei nº. 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996.

AgRg no AgRg no REsp n. 2.038.919/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

AI 655298 AgR, Relator(a): EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-112 DIVULG 27-09-2007 PUBLIC 28-09-2007 DJ 28-09-2007 PP-00057 EMENT VOL-02291-13 PP-02513 RNDJ v. 8, n. 95, 2007, p. 87-88.

HC n. 506.999/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/9/2019, DJe de 16/9/2019.

MS 25812 MC, Relator Min. CEZAR PELUSO, publicado em DJ 23-2-2006.

AgRg na Pet n. 1.611/RO, relator Ministro José Delgado, Corte Especial, julgado em 15/5/2002, DJ de 22/4/2003, p. 190.

RHC n. 78.162/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe de 10/12/2018.

AgRg no RHC n. 176.010/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 29/3/2023.

RHC n. 79.295/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/4/2021, DJe de 30/4/2021.

https://www.camara.leg.br/noticias/990581-cpi-quebra-sigilo-de-atores-que-fizeram-propaganda-para-empresa-acusada-de-piramide-financeira

32. O ESQUEMA PONZI (PIRÂMIDES FINANCEIRAS)

O "esquema ponzi" pode ser classificado como uma sofisticada operação fraudulenta em que o criminoso comercializa um produto fictício sob o pretexto de ganhos exorbitantes cuja manutenção do sistema depende do aporte de capital de novas vítimas.

Conceitualmente conhecida como "pirâmide financeira", essa infração penal está prevista no artigo 2º, IX, da Lei nº. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que trata dos crimes contra a economia popular, cujas penas variam entre seis meses a dois anos, e multa:

> *IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);*
>
> *Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros."*

Difere-se do estelionato, onde a fraude é individualizada, pois no "esquema ponzi" as vítimas são indeterminadas e, em regra, esse produto fictício é disponibilizado na rede mundial de computadores para número indeterminado de pessoas.

Nesse sentido, quando, por exemplo, o Ministério Público faz uma acusação criminal e utiliza a mesma narração fática para inserir capitulações jurídicas distintas (estelionato e crime contra a economia popular), o que é vedado pelo princípio do *non bis in idem*, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça determina uma das capitulações jurídicas seja excluída.

No julgamento do RHC n. 132.655/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 30/9/2021, por entender que houve bis in idem entre os crimes previstos nos artigos 171 do Código Penal e 2º, IX, da Lei n. 1.521/1951, foi determinado o trancamento da ação penal referente ao crime de estelionato. Confira trechos da ementa:

> *A controvérsia em análise cinge-se à configuração de crime único e à ocorrência de bis in idem, diante da imputação, ao ora recorrente, da incursão nos arts. 171 do Código Penal e 2º, IX, da Lei n. 1.521/1951.*
>
> *Em situação similar, esta Corte Superior já decidiu que, nas hipóteses de crime contra a economia popular por pirâmide financeira, a identificação de algumas das vítimas não enseja a responsabilização penal do agente pela prática de estelionato.*
>
> *Recurso provido para, diante do bis in idem identificado na hipótese, determinar o trancamento do processo, em relação ao ora recorrente, no que atine aos crimes de estelionato (fatos 4º ao 29º da denúncia).*

Considerando que, em regra, o infrator utilizará o produto do crime contra a economia popular para convertê-lo em ativos lícitos, nessa hipótese, deverá responder, também, pela infração penal prevista no artigo 1º, §1º, I, da Lei nº. 9.613/98:

> *Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*
>
> *§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*
>
> *I - os converte em ativos lícitos;*

No estudo em análise, a infração penal antecedente apta a caracterizar a justa causa para a apuração do crime de lavagem de dinheiro é, a princípio, o delito previsto no artigo 2º, IX, da Lei nº. 1.521, de 26 de dezembro de 1951. Ou seja, é a utilização do produto do crime contra a economia popular para dar aparência de legalidade a um ativo formalmente lícito. Exemplo: O sujeito utiliza os valores obtidos ilicitamente pela prática do "esquema ponzi" para adquirir um automóvel.

No julgamento do HC n. 48.121/GO, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 22/9/2009, DJe de 19/10/2009, foi decidido que a Lei nº. 1.521/51, por ser especial, prevalece sobre o enquadramento previsto na Lei nº. 7.492/86:

> *No eventual conflito entre as Leis 7.492/86 e a 1.521/51, está deverá prevalecer, por sua especificidade, sendo, inclusive, mais benéfica para os acusados.*

Sendo assim, a regra para o processamento e julgamento das infrações penais em análise será da Justiça Estadual, e o deslocamento da competência para a Justiça Federal dependerá da comprovação de que a conversão do produto do crime oriundo do "esquema ponzi" foi convertido em ativo lícito que causou danos à União Federal.

Fontes:

Lei nº. 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

Lei nº. 14.478, de 21 de dezembro de 2022.

CC 161.123/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 5/12/2018.

RHC n. 132.655/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 30/9/2021

CC n. 170.392/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 10/6/2020, DJe de 16/6/2020.

CC 146.153/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 17/5/2016.

HC n. 48.121/GO, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 22/9/2009, DJe de 19/10/2009.

33. A eficácia da fundamentação "per relationem" em matéria criminal.

O artigo 93, IX, da Constituição Federal estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Isso quer dizer que o órgão judicante não pode se valer de presunções ou de opiniões pessoais para deferir ou indeferir requerimentos remetidos ao juízo pelas partes envolvidas em um processo judicial. Dessa forma, para que a prestação jurisdicional seja efetiva, é indispensável que o magistrado demonstre a sua convicção pessoal a respeito do caso concreto que lhe é apresentado.

Nesse sentido, o artigo 489 do CPC dispõe que uma decisão judicial deve conter três elementos básicos: o relatório, a fundamentação e a conclusão. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar a técnica da fundamentação *per relationem* ou por referência, tem admitido que a parte não decisória da estrutura da decisão judicial, ou seja, o relatório possa ser substituído pelos argumentos utilizados pela parte adversa ou pelos fundamentos contidos em decisão judicial pretérita.

Sendo assim, quando o magistrado aplica a técnica da fundamentação *per relationem,* a parte da estrutura decisória da decisão judicial, ou seja, a fundamentação e a conclusão devem ser lastreadas por meio de argumentos próprios do juiz:

> *Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido da validade da "utilização da técnica da fundamentação per relationem, em que o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios" (RHC n. 94.488/PA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe 2/5/2018) - (AgRg no HC n. 780.317/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.)*

Portanto, a aplicação da técnica da fundamentação *per relationem* não deve substituir a fundamentação e a conclusão da decisão judicial, uma vez que essas duas etapas da estrutura decisória dizem respeito ao princípio do livre convencimento motivado, em que o juiz deve formar a sua crença de maneira personalíssima e fundamentada.

No julgamento do RHC n. 178.384/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023 foi anulada ordem de busca e apreensão de decisão judicial que utilizou exclusivamente da representação proposta pelo Ministério Público para fundamentar as duas etapas finais da estrutura decisória:

> *Ainda que se reconheça a adoção da técnica de fundamentação per relationem, não há como subsistir a decisão que, de fato, faz referência aos fundamentos da representação do Ministério Público estadual, mas não apresenta argumentos próprios que demonstrem sua convicção a respeito do caso concreto que lhe*

> *é apresentado, providência exigida pela jurisprudência deste Superior Tribunal para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais.*
>
> *Recurso provido para anular a decisão que decretou a medida de busca e apreensão nos Autos n. 1005860-82.2022.8.26.0037, devendo ser anuladas, identificadas e desentranhadas as provas dela decorrentes da citada ação penal pelo Juízo de conhecimento.*

Em outro caso analisado pelo Superior Tribunal de Justiça, que julgou recurso Ministerial, que vindicava a aplicação da técnica da fundamentação *per relationem*, a eminente Ministra Relatora, Laurita Vaz, desproveu o recurso apresentado pelo Ministério Público, pois entendeu que a ausência de motivação autônoma da decisão judicial que rejeitou as preliminares arguidas pela defesa perante o Tribunal de Apelação não se compatibiliza com a técnica da fundamentação *per relationem*. Confira trechos do voto exarado no AgRg no HC n. 632.485/RS, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022:

> *No mais, registro que o Tribunal de origem, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, refutou as preliminares apresentadas pela Defesa nos termos a seguir transcritos (fl. 14):*
>
> *2. Rejeito as preliminares e o faço com os corretos argumentos do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Cláudio Barros Silva, entendendo desnecessária a sua reprodução aqui.*

> *Ocorre que, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admita que o Julgador se utilize da transcrição de outros alicerces jurídicos apresentados nos autos para embasar as suas decisões – técnica denominada fundamentação per relationem –, ressalta a necessidade também de apresentação de argumentos próprios, ainda que sucintos, sobre as razões de suas conclusões.*
>
> *No caso, como se observa da transcrição supra, a Corte local, ao julgar o apelo defensivo, limitou-se a referir-se ao parecer ministerial para refutar as preliminares arguidas, sem acrescentar motivação autônoma, o que não está de acordo com o entendimento desta Corte Superior."*

Independentemente da matéria abordada pelo juízo criminal, quando a decisão judicial é fundamentada exclusivamente em argumentos utilizados por uma das partes litigantes, sem qualquer acréscimo pessoal do magistrado, a justificar suas razões de convencimento, haverá constrangimento ilegal caracterizado pela deficiência na fundamentação e na conclusão da decisão judicial que autoriza eventual medida invasiva de restrição de privacidade ou de liberdade.

No julgamento do RHC n. 153.471/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 1/2/2022, foi reconhecido o constrangimento ilegal por deficiência na fundamentação de decisão judicial que deferiu a quebra do sigilo bancário lastreada exclusivamente na representação feita pela autoridade policial e no parecer Ministerial, sem qualquer acréscimo do órgão judicante:

> *Constata-se constrangimento ilegal se a decisão que determina a quebra do sigilo bancário e fiscal do recorrente, da sua empresa e dos corréus, faz referência à fundamentação empregada pelo autoridade policial e no parecer do Ministério Público, sem oferecer nenhum acréscimo pessoal, em termos de tempo, lugar, agentes e circunstâncias dos fatos da causa de pedir, em ordem a afastar a garantia constitucional (art. 5º, X - CF).*
>
> *Recurso em habeas corpus provido para reconhecer a nulidade da quebra do sigilo bancário e fiscal, desentranhando-se as provas relacionadas na ação penal originária e nas unificadas.*

Em linhas gerais, quando a decisão judicial é proferida sem esforço argumentativo do magistrado, a técnica da fundamentação *per relationem* não pode ser empregada, pois o artigo 93, IX, da Constituição Federal estabelece que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Logo, se a parte não decisória (relatório) da estrutura da decisão judicial é utilizada em substituição à fundamentação e a conclusão, há ofensa reflexa ao disposto no referido texto constitucional, o que levará à declaração de ilicitude da prova colhida sem a necessária fundamentação.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº. 13.105 , de 16 de março de 2015.

AgRg no HC n. 780.317/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

RHC n. 178.384/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.

AgRg no HC n. 632.485/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/3/2022, DJe de 28/3/2022.

RHC n. 153.471/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 1/2/2022.

AgRg no RMS n. 65.097/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.

AgRg no HC n. 762.630/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.

AgRg no AREsp n. 2.098.863/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

AgRg no REsp n. 1.831.982/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023.

RHC n. 94.488/PA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2018, DJe de 2/5/2018.

RHC n. 171.601/SC, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 24/11/2022.

ARE 742212 AgR, relator(a): Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 08-10-2014 PUBLIC 09-10-2014.

34. A justa causa para a apuração de crime de lavagem de dinheiro lastreada em crimes contra a ordem tributária

De acordo com o artigo 1º da Lei nº. 9.613/98, o crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores, pressupõe a existência de infração penal antecedente apta a caracterizar a intenção de desvirtuar ou dificultar a origem do dinheiro utilizado para a realização de negócio jurídico subsequente. Ou seja, é a utilização do produto de um crime como forma de dar aparência de legalidade a um ativo formalmente lícito. Exemplo: O sujeito utiliza do produto do crime praticado contra a Administração Pública (crime antecedente) para adquirir um imóvel (ocultação da origem do dinheiro necessário para a compra do imóvel).

No estudo em análise, que aborda a justa causa para a deflagração da ação penal por crime de lavagem de dinheiro oriundo de infração penal antecedente de crime contra a ordem tributária, como se trata de crime antecedente que só estará caracterizado após o lançamento definitivo do crédito fiscal, e a lavagem de dinheiro pressupõe que a ocultação ou a dissimulação da origem do ativo seja criminosa, a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça dispõe que não haverá justa causa

para a deflagração de persecução criminal – por crime contra a ordem tributária - quando a denúncia não é instruída com a prova do lançamento definitivo do crédito tributário:

> *Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo.*
>
> *Sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro.*
>
> *(RHC n. 73.599/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe de 20/9/2016.)*

Essa mesma interpretação é aplicada para a denúncia por lavagem de dinheiro lastreada em crime antecedente de descaminho, pois o descaminho - fraude no pagamento de tributo -, que também é considerado crime contra a ordem tributária, presume a existência de lançamento definitivo do crédito fiscal. Assim, como a lavagem de dinheiro deduz a existência de infração penal antecedente, e a caracterização definitiva do descaminho é amparada em decisão terminativa fiscal, se a denúncia é oferecida sem a constituição definitiva do crédito tributário, a instrução jurisprudencial do STJ considera ilegal a persecução criminal.

No julgamento do HC n. 137.628/RJ, relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe de 17/12/2010, foi

determinado o trancamento de ação penal deflagrada sem a constituição definitiva do crédito tributário. Confira a ementa do referido precedente:

> *A Sexta Turma desta Corte firmou o entendimento de que o tratamento conferido aos delitos previstos no art. 1º da Lei nº 8.137/1990 deve também ser aplicado ao descaminho, por se tratarem todos, em última análise, de crimes contra a ordem tributária.*
>
> *Se na data do oferecimento da denúncia não havia se encerrado o processo administrativo fiscal, falta condição objetiva de punibilidade exigida pelo tipo penal, devendo ser trancada a ação penal que apura o descaminho, sem prejuízo de que nova denúncia seja oferecida após o trânsito em julgado na esfera administrativa e a respectiva constituição definitiva do crédito tributário.*

Essa mesma interpretação vale para a apuração do crime de lavagem de dinheiro fundamentado no delito antecedente de apropriação indébita previdenciária, pois, por se tratar de delito que exige resultado naturalístico para a sua adequação típica, e o suposto dano à Previdência Social só poderá ser aventado após o encerramento do processo administrativo fiscal, caso a denúncia pelo crime de lavagem de dinheiro seja apresentada sem o lançamento definitivo do crédito tributário (delito antecedente), restará caracterizado abuso na persecução criminal, o que viabilizará a propositura de remédio constitucional para o estancamento do arbítrio do Estado:

> *Nos termos do entendimento recente da Suprema Corte, os crimes de sonegação e apropriação indébita previdenciária também são crimes materiais, exigindo para sua consumação a ocorrência de resultado naturalístico, consistente em dano para a Previdência.*
>
> *No caso dos autos, constata-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o processo administrativo, no qual se imputou a existência de débitos tributários, ainda não havia chegado ao seu termo final, quando da instauração do inquérito policial para apurar a prática do suposto delito.*
>
> *(HC n. 96.348/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24/6/2008, DJe de 4/8/2008.)*

Por derradeiro, importante destacar que, nos termos do artigo 9º, §2º, da Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003, a justa causa para o início da persecução penal dependerá da falta de pagamento do débito fiscal apurado. Ou seja, findo o processo fiscal que apurou e lançou definitivamente o crédito tributário, caso o sujeito passivo faça o pagamento integral da dívida haverá a extinção da punibilidade, o que inviabilizará a persecução criminal pelo delito de lavagem de dinheiro:

> *§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.*

Portanto, ainda que a investigação criminal por crime de lavagem de dinheiro possa ocorrer com base em indícios da

infração penal antecedente, quando a apuração é baseada exclusivamente em crimes contra a ordem tributária, a decisão terminativa da autoridade tributária é o requisito objetivo que justificará esse tipo de apuração penal.

Fontes:

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

Decreto-Lei nº. 2848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Lei nº. 10.684, de 30 de maio de 2003.

RHC n. 73.599/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2016, DJe de 20/9/2016.

HC n. 137.628/RJ, relator Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, julgado em 26/10/2010, DJe de 17/12/2010.

HC n. 96.348/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 24/6/2008, DJe de 4/8/2008.

CC n. 155.351/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 22/2/2018, DJe de 28/2/2018.

PET no Inq n. 583/PR, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 4/11/2015, DJe de 16/2/2016.

HC n. 42.909/SC, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 22/3/2012, DJe de 18/4/2012.

RHC n. 25.228/RS, relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 27/10/2009, DJe de 8/2/2010.

HC n. 67.415/ES, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 15/9/2009, DJe de 28/9/2009.

RHC n. 24.049/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe de 7/2/2011.

AgRg no REsp n. 1.972.476/PE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 10/3/2023.

35.O CRIME CONTINUADO

O crime continuado é um benefício extrínseco criado pelo legislador para, por política criminal, aplicar, adequadamente, uma pena que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime, nos termos do artigo 71 do Código Penal:

> *Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

Para evitar decisões discrepantes, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a compreensão de que a fração ideal imposta na sentença condenatória deverá levar em consideração a quantidade de crimes praticados em continuidade delitiva, aplicando-se, consequentemente, as seguintes exasperações: aumento de 1/6 pela prática de duas infrações; 1/5 para três infrações; 1/4 para quatro infrações; 1/3 para cinco infrações; 1/2 para seis infrações e 2/3 para sete ou mais infrações:

> *Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-se o aumento de*

> *1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.*
>
> *(AgRg no HC n. 790.606/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023.)*

No julgamento do AgRg no HC n. 822.158/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023, sua Excelência destacou que a condição subjetiva da aplicação do instituto deve levar em consideração um plano previamente elaborado pelo agente, no qual será possível inferir que os delitos subsequentes fazem parte da elaboração mental do infrator. Confira trechos da ementa:

> *O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, caput, do Código Penal exige, concomitantemente, quatro requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente.*

Em outro caso de relatoria do eminente Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, por considerar que não houve liame subjetivo entre o primeiro e o segundo delitos, ou seja, a infração penal subsequente foi independente da primeira, o agente foi condenado em concurso material de crimes, e foi responsabilizado por ambas as infrações penais:

> *No caso dos autos, a pretensão de reconhecimento da continuidade delitiva não merece acolhimento, pois, no caso, os delitos foram praticados de formas distintas, em tempo (o segundo foi cometido 2 meses e meio após o primeiro delito) e locais diversos, o que resultou em concurso material, não havendo liame subjetivo entre eles, já que a ação posterior foi independente da anterior.*
>
> *(AgRg no HC n. 831.668/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023.)*

Em recente julgado da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o eminente relator do caso, Ministro Ribeiro Dantas, desproveu tese que vindicava a desclassificação do crime continuado para o crime misto alternativo, em que a prática de uma ou das várias condutas praticadas, no mesmo contexto fático, levam à punição por um só delito, ou seja, não há exasperação na forma do artigo 71 do Código Penal. Confira trechos do voto exarado no AgRg no AREsp n. 2.266.198/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023:

> *Com efeito, no crime classificado como "tipo misto alternativo", a prática de uma ou das várias condutas descritas, no mesmo contexto fático, levam à punição por um só delito. Entretanto, no caso dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram que o recorrente praticara a conduta criminosa de postar os lotes de correspondência com selos falsos por diversas vezes – no mínimo cinco - nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, de modo que restou caracterizada a continuidade delitiva.*

Importante destacar que o artigo 71 do Código de Processo Penal determina que "tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção". Isto é, se o crime vestibular é cometido na cidade "a", estendendo-se até a cidade "b", onde foi instaurada a persecução criminal, de acordo com o referido dispositivo legal, o infrator responderá perante a cidade "b", pois foi onde ocorreu a instauração da *persecutio criminis*. Confira trechos da ementa do seguinte conflito de competência:

> *Consta dos autos que foi instaurado inquérito policial para apurar a suposta prática do crime previsto no art. 215-A do Código Penal, que teria ocorrido de forma continuada em um ônibus, durante o trajeto percorrido entre municípios dos Estados de Santa Catarina e do Paraná. O Investigado, por diversas vezes durante a viagem, teria colocado a mão sobre as pernas da Vítima, mesmo diante de sua veemente oposição.*
>
> *Nos termos do art. 71 do Código de Processo Penal, tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em territó-*

> *rio de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.*
>
> *Na hipótese, deve ser reconhecida a competência do Juízo Suscitante, pois ele admite que os fatos também ocorreram dentro do território da respectiva comarca, sendo o primeiro juízo competente que tomou conhecimento do crime.*
>
> *(CC n. 194.951/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 3/8/2023, DJe de 8/8/2023.)*

Aliás, conforme sustentado no preâmbulo deste estudo, a aplicação da teoria da continuidade delitiva, que é um benefício ao infrator, impõe que essa política criminal seja uma forma coerente de reprovação e prevenção do crime. Isso quer dizer que não deve ser utilizada para o criminoso habitual, ou seja, aquele que pratica crime como forma de sobrevivência, pois, do contrário, o benefício Estatal atentaria contra o objetivo da norma que, como sustentado, tem o propósito de aplicar a pena de forma coerente e efetiva.

No julgamento do AgRg no HC n. 791.054/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023, foi indeferida a aplicação do benefício estatal do artigo 71 do Código Penal, na medida em que a introdução desse instituto na cálculo da pena depende da somatória dos requisitos objetivos + reconhecimento de não habitualidade:

> *Não se constata, no caso, flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício, uma vez que o acórdão impugnado se encontra em consonância com o entendimento*

> *desta Corte Superior, no sentido de que os institutos da habitualidade e do crime continuado não se confundem.*

Aliás, a Egrégia Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também não admite a aplicação da teoria do crime continuado quando reconhecida a habitualidade delitiva. Confira trechos da ementa no AgRg no HC n. 757.480/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023:

> *Por fim, "de acordo com a jurisprudência desta Corte, uma vez reconhecida a habitualidade delitiva, resta descaracterizado o crime continuado, sendo que o reexame dessa questão demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório carreado durante a instrução processual, providência inadmissível na estreita via do writ" (AgRg no HC n. 618.828/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15/3/2021).*

Como visto, a teoria do crime continuado não será aplicada quando for constatada a habitualidade delitiva, ainda que a infração penal processada não tenha relação com os outros delitos praticados pelo agente. Ademais, como se trata de um benefício extrínseco criado pelo legislador para, por política criminal, aplicar, adequadamente, uma pena que seja suficiente para a reprovação e prevenção do crime, a punição por um só delito dependerá de estar comprovado que os delitos subsequentes fazem parte da elaboração mental do infrator.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

AgRg no HC n. 790.606/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023.

AgRg no HC n. 822.158/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.

AgRg no HC n. 831.668/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 14/8/2023.

AgRg no AREsp n. 2.266.198/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023.

CC n. 194.951/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 3/8/2023, DJe de 8/8/2023.

AgRg no HC n. 791.054/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 23/3/2023.

AgRg no HC n. 757.480/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023.

AgRg no HC n. 784.569/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023.

AgRg no HC n. 740.228/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 31/5/2023.

36. O ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA EM INVESTIGAÇÃO QUE CONTÉM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A interceptação telefônica é meio probatório secundário ou acessório dentro de uma investigação criminal, pois, de acordo com o artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, essa modalidade de colheita de provas só será admitida quando esgotados outros meios disponíveis para a continuidade das investigações.

> *Art. 2° Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*
>
> *II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*

Como o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal dispõe que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, pode-se afirmar que a interceptação telefônica é o meio mais gravoso ou ofensivo de colheita de provas dentro da investigação criminal, uma vez que, em regra, o Estado estará violando uma garantia constitucional para intervir na vida privada da pessoa investigada e de terceiros que não possuem qualquer relação com o apuratório.

Portanto, será inconstitucional quando o Estao utiliza de interceptação telefônica para produzir uma prova que poderia ser feita por meios menos gravosos. Isto é, para que a medida invasiva seja constitucional, deve estar demonstrado à progressão na colheita de provas. Exemplo: constatando-se que a investigação poderia obter a prova necessária à formação de tese acusatória por meio de quebra de sigilo bancário, mas se utilizou da interceptação telefônica para angariar a mesma prova, de acordo com o artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, como a prova poderia ser produzida por outros meios disponíveis, será nula aquela colhida em desacordo com a referida legislação.

> *É inadmissível a manutenção da prova resultante de interceptação oriunda de injustificada quebra do sigilo telefônico, por falta de qualificação do agente e indicação de indícios razoáveis da sua autoria ou participação em infração penal, da inadequada fundamentação das autorizações judiciais, conforme exige o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96, por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, além do excessivo período (660) dias, aproximadamente, da quebra do sigilo.*
>
> *(HC n. 88.825/GO, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 30/11/2009.)*

No julgamento do HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011, se analisou tese de ilegalidade na decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal, fundamentado exclusiva-

mente em relatório de inteligência financeira produzido pelo COAF, sendo concedida ordem de habeas corpus, para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, pois autorizadas em desacordo com as normas de regência:

> *Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada.*

Em outro caso semelhante, a egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça concedeu ordem de habeas corpus, para anular o recebimento da denúncia apresentada com violação ao artigo 93, IX, da Constituição Federal. Confira trechos do voto exarado pelo eminente Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

> *Aduza-se, por outro lado, que a escolha desde logo da quebra do sigilo de dados, ao invés da interceptação telefônica, não muda o contexto do vício de origem, porque meio de justifica-*

> *ção da medida era absolutamente ilegal em virtude de não ter vindo alicerçado*
>
> *Por tudo o que restou delineado, não vejo outra saída que não considerar nulo o procedimento de invasão de dados telefônicos autorizado pela decisão de fls. 258/259 dos autos deste writ, devendo ser igualmente anulados os demais procedimentos dali derivados diretamente, nos termos do art. 157 e parágrafos do CPP, cabendo ao Juiz do caso a análise de tal extensão, já que nesta sede de via estreita não se afigura possível averiguá-la.*
>
> *(HC n. 137.349/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5/4/2011, DJe de 30/5/2011.)*

Na análise do RMS n. 25.174/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/2/2008, DJe de 14/4/2008, em que se analisou a proporcionalidade da decretação do afastamento dos sigilos bancário e fiscal do jurisdicionado, por considerar desproporcional a medida interventiva, foi dado provimento ao recurso que vindicava o desentranhamento da prova colhida sem a observância dos requisitos legais.

> *A proteção da privacidade do cidadão, na qual se inserem os sigilos bancário e fiscal, envolve uma garantia constitucional relativa, somente afastada pelo critério da proporcionalidade e da efetiva necessidade da medida de constrição.*
>
> *No caso, não foram eficientemente comprovados os motivos pelos quais os recorrentes poderiam sofrer a invasão ao seu direito de privacidade, sendo de bom senso nesta situação resguardar a regra geral e protetora do sistema de garantias fundamentais.*

Esse entendimento foi referendado pelo Supremo Tribunal Federal, onde se analisou caso que contestou decisão de Comissão Parlamentar de Inquérito, que deferiu quebra de sigilos bancários, fiscais e telefônicos de forma desproporcional, ou seja, alicerçada em formulações genérica, sem a devida indicação da causa provável:

> *A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o texto da Constituição, quando fundada em deliberações emanadas de CPI, cujo suporte decisório apóia-se em formulações genéricas, muitas vezes padronizadas, que não veiculam a necessária e específica indicação da causa provável, que constitui pressuposto de legitimação essencial à válida ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Carta Política.*
>
> *(MS 23964, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2001, DJ 21-06-2002 PP-00098 EMENT VOL-02074-02 PP-00366)*

Portanto, considerando que o artigo 1º da Lei nº. 9.296/96 estabelece que a interceptação telefônica dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça, a autorização judicial para a utilização da medida invasiva deve ser fundamentada em elementos concretos que comprovam a indispensabilidade da medida.

Destarte, diante das inúmeras teses apresentadas ao Superior Tribunal de Justiça, que postulavam pela declaração de

ilegalidade de decisão que autorizou a interceptação telefônica, adotou-se o entendimento de que, quando a arguição tem como base a ofensa ao artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, é obrigação da defesa provar, fundamentadamente, que existiam meios menos invasivos de colheita de provas para a elucidação dos fatos:

> *Anota-se, ainda, que é a defesa quem deve demonstrar a possibilidade de produção probatória pela acusação por outros meios, sem a necessidade da quebra do sigilo telefônico.*
>
> *(AgRg no RHC n. 169.330/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023.)*

Sendo assim, o Superior Tribunal de Justiça só irá conhecer do pedido de violação ao artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, quando a defesa comprovar documentalmente que os órgãos de persecução criminal poderiam utilizar de estratégia menos invasiva.

Isso quer dizer, por exemplo, que, se em investigação por crime de lavagem de dinheiro oriunda de crime contra a ordem tributária for deferida interceptação telefônica antes da quebra de sigilos bancários e fiscais, é obrigação da defesa demonstrar ao julgador que, por se tratar de crimes financeiros, a quebra de sigilos bancários e fiscais era a medida proporcional a ser adotada no início da investigação.

Em outro exemplo, em que a investigação tem como meta a colheita de provas sobre eventual malversação praticadas por

executivos de uma grande corporação que possui ações comercializadas na bolsa de valores, como a comunicação entre os colaboradores da corporação é, em regra, feita por e-mail, se a interceptação telefônica for deferida antes da quebra dos sigilos telemáticos, de acordo com o artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, não houve proporcionalidade na medida. Isto é, a defesa deverá comprovar ao juiz que nesse tipo de investigação corporativa, a quebra dos sigilos telemáticos é mais eficaz do que a interceptação telefônica.

Portanto, caberá ao operador do direito fundamentar a sua pretensão de declaração de nulidade da prova advinda da interceptação telefônica com uma contraprova suficiente para demonstrar a desproporcionalidade da medida.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996.

Decreto-Lei nº. 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

HC n. 88.825/GO, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15/10/2009, DJe de 30/11/2009.

HC n. 191.378/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/9/2011, DJe de 5/12/2011.

HC n. 137.349/SP, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5/4/2011, DJe de 30/5/2011.

RMS n. 25.174/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 19/2/2008, DJe de 14/4/2008.

MS 23964, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2001, DJ 21-06-2002 PP-00098 EMENT VOL-02074-02 PP-00366.

AgRg no RHC n. 169.330/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 24/3/2023.

RHC n. 74.191/AC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe de 30/10/2017.

REsp n. 152.455/SP, relator Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 20/11/1997, DJ de 15/12/1997, p. 66371.

RHC n. 39.927/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/12/2014, DJe de 3/2/2015.

EDcl no AgRg no REsp n. 1.731.559/PE, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.

AgRg no AREsp n. 1.789.984/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe de 24/5/2021.

AgRg no AREsp n. 2.037.992/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.

AgRg no HC n. 533.348/CE, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 1/10/2019, DJe de 10/10/2019.

AgRg no HC n. 732.049/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022.

AgRg no RHC n. 96.964/RN, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe de 3/2/2020.

AgRg no AREsp n. 1.633.445/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 3/6/2020.

AgRg nos EAREsp n. 1.789.984/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 17/9/2021.

37.A exploração sexual de criança ou adolescente

A exploração sexual de criança e adolescente constitui crime previsto no artigo 218-B do Código Penal, imputado ao sujeito que submete pessoa menor de 18 (dezoito) anos, mediante promessa de pagamento, à prática de ato libidinoso. Sendo assim, a promessa de pagamento ou de algum benefício é indispensável à caracterização do tipo penal:

> *Pela moldura fática descrita no acórdão impugnado se vê claramente que o recorrido procurou, voluntariamente, a vítima e, mediante promessa de pagamento, a induziu à prática de atos libidinosos, a evidenciar seu nítido intuito de exploração sexual da adolescente, o que justifica o restabelecimento de sua condenação.*
>
> *(REsp n. 1.490.891/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe de 2/5/2018.)*

No julgamento do EREsp n. 1.530.637/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/03/2021, DJe 17/09/2021 decidiu-se que qualquer tipo de oferta econômica a adolescente em troca da prática de atos sexuais, independentemente da quantidade de atos libidinosos, tem aptidão suficiente para constituir o crime:

> *É lícito concluir que a norma traz uma espécie de presunção relativa de vulnerabilidade das pessoas menores de 18 e maiores de 14 anos. Assim, quem, se aproveitando da idade da vítima, oferece-lhe dinheiro em troca de favores sexuais está a explorá-la sexualmente, pois se utiliza da sexualidade de pessoas ainda em formação como mercancia.*

Com efeito, não configura a exploração sexual quando o oferecimento do pagamento é destinado à satisfação da própria lascívia. Isto é, se o sujeito promete pagamento à vítima menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (quatorze) para satisfazer o próprio prazer sexual, responderá pelo crime de estupro, previsto no artigo 213, §1º, do Código Penal:

> *Não se verifica, no caso, a tentativa de atração da Vítima à prostituição ou à exploração sexual, mas a tentativa do Agente de atraí-la, mediante oferta de pagamento em dinheiro, para a prática de atos sexuais destinados à satisfação da própria lascívia, o que não configura o tipo penal previsto no art. 218-B, caput, do Código Penal.*
>
> *(REsp n. 1.766.429/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 19/11/2019.)*

Aliás, independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, se a infração penal for praticada contra vítima menor de 14 (quatorze) anos, incidirá o crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal. Confira a tese adotada no precedente qualificado – tema repetitivo nº. 1121:

> *Tese: presente o dolo específico de satisfazer à lascívia, própria ou de terceiro, a prática de ato libidinoso com menor de 14 anos configura o crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), independentemente da ligeireza ou da superficialidade da conduta, não sendo possível a desclassificação para o delito de importunação sexual (art. 215-A do CP).*
>
> *(REsp n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022.)*

A exploração sexual de criança e adolescente é uma infração penal que não exige resultado efetivo ou naturalístico, consumando-se no exato momento em que o infrator obtém anuência para prática sexual com vítima menor de idade:

> *O delito de favorecimento à exploração sexual de adolescente não exige habitualidade, tratando-se de crime instantâneo, que se consuma no momento em que o agente obtém a anuência para práticas sexuais com a vítima menor de idade, mediante artifícios como a oferta de dinheiro ou outra vantagem. Esta interpretação da norma do art. 218-B, caput, do Código Penal é a única capaz de cumprir com a exigência de proteção integral da pessoa em desenvolvimento contra todas as formas de exploração sexual.*
>
> *(REsp n. 1.963.590/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.)*

Importante destacar que o crime de exploração sexual de criança e adolescente estará consumado, independentemente da existência do aliciador ou do cafetão, bastando que a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos tenha sido feita mediante

promessa de pagamento. Confira trechos do voto exarado no AgRg no AREsp n. 1.966.268/PB, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022:

> *Já no que concerne ao pedido de reconhecimento da atipicidade do art. 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal, por considerar que o tipo penal apenas se configura acaso exista um terceiro intermediário e que, na hipótese, a vítima se submeteu à situação de prostituição por meios próprios, reafirmo que a irresignação não merece prosperar. Com efeito, conforme explicitado na decisão monocrática, a Corte local refutou referida argumentação, nos seguintes termos (e-STJ fl. 1.055):*
>
> *É importante destacar que a presença da figura de um intermediador ou cafetão não se apresenta como elementar do tipo penal, pelo que a sua ausência não obsta a materialização do tipo penal previsto no art. 218-B, § 2°, I, do CP. Logo, não há que se falar em inexistência de correlação entre os fatos narrados na denúncia e a capitulação indicada pelo representante ministerial. Quanto à suposta ausência da figura de um terceiro explorador da pessoa do menor, ao se debruçar sobre o tema, o C. STJ já deixou evidenciado a desnecessidade da identificação desse intermediador para caracterização do delito do art. 218, § 2°, I do CP.*
>
> *De fato, conforme consignado no acórdão recorrido, é assente no Superior Tribunal de Justiça a desnecessidade da figura do terceiro intermediador para configurar o tipo penal do art. 218-B, § 2º, inciso I, do Código Penal, motivo pelo qual não há se falar, na hipótese, em afronta ao mencionado dispositivo legal.*

Por fim, a competência para processar e julgar o crime de exploração sexual de criança e adolescente será da Justiça Estadual. A exceção ocorre quando os fatos investigados forem praticados contra população nativa de indígenas em situação de vulnerabilidade, o que atrairá a competência da Justiça Federal.

> *Tratando-se de competência determinada em razão da matéria, a simples presença de indígena em algum dos polos da demanda não é suficiente para atração da competência da Justiça Federal. Contudo, na presente hipótese, o objeto da ação é a tutela de direitos da coletividade indígena, pois a sua pretensão é a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais coletivos sofridos pelas comunidades indígenas de São Gabriel da Cachoeira/AM, no Alto Rio Negro, o que atrai a competência absoluta da Justiça Federal.*
>
> *Encontrando-se a população nativa em uma situação de vulnerabilidade, notadamente mediante a ofensa à dignidade da pessoa humana, mais especificamente em relação à dignidade sexual das jovens indígenas, não há como afastar a legitimidade ativa e o interesse de agir do Ministério Público Federal.*
>
> *(REsp n. 1.835.867/AM, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019.)*

Portanto, por se tratar de delito que independe de resultado efetivo, a simples obtenção de anuência de pagamento para prática sexual com vítima menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos é suficiente para a caracterização do crime de exploração sexual de criança e adolescente. Caso o ato libidinoso ou a conjun-

ção carnal seja feita contra vítima menor de 14 (catorze) anos, o sujeito responderá pelo crime de estupro de vulnerável.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

REsp n. 1.490.891/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 17/4/2018, DJe de 2/5/2018.

EREsp n. 1.530.637/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 24/03/2021, DJe 17/09/2021.

REsp n. 1.954.997/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 8/6/2022, DJe de 1/7/2022.

REsp n. 1.963.590/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.

REsp n. 1.963.590/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 29/9/2022.

AREsp n. 1.966.268/PB, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.

REsp n. 1.835.867/AM, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 17/12/2019.

REsp n. 1.530.637/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/3/2020, DJe de 17/3/2020.

38. O pedido de arquivamento feito por Subprocurador-Geral da República e a vinculação do Tribunal Superior

O artigo 27 do Código de Processo Penal dispõe que qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Esse instrumento processual é tecnicamente conhecido como notícia crime. Trata-se de documento que poderá ser formalizado pela própria vítima, ou por intermédio do seu advogado. Admite-se o anonimato, desde que o interessado apresente indícios mínimos da prática delitiva, de modo a viabilizar as diligências investigativas iniciais.

Em muitos casos, a despeito da boa-fé do autor da notícia crime, a investigação é arquivada em razão da inexistência de elementos probatórios mínimos que viabilizem o início de uma persecução criminal consistente. Isto é, quando o Ministério Público entende que a prova inquisitorial é inconsistente para dar início a uma persecução criminal, ele promove a remessa necessária da investigação ao seu órgão de supervisão, que poderá confirmar (ou não) a pretensão de arquivamento inicial:

> *Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (Vide ADI 6.298) (Vide ADI 6.300) (Vide ADI 6.305)*

Portanto, se a instância revisora do Ministério Público concordar com as razões invocadas na decisão de arquivamento da investigação, o caso é definitivamente arquivado. De forma contrária, se discordar da fundamentação de arquivamento, determinará que o caso seja reaberto, e designará outro membro do Ministério Público para dar prosseguimento à investigação.

A reabertura do caso não significa que o órgão Ministerial estará obrigado a oferecer uma ação penal, uma vez que o oferecimento de denúncia deve respeitar a regra contida no artigo 41 do CPP:

> *Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Aliás, de acordo com o artigo 30 da Lei nº. 13.689, de 5 de setembro de 2019, se a denúncia for oferecida sem a existência de indícios mínimos de infração penal, o membro do Ministério Público que propôs a ação penal apócrifa poderá ser responsabilizado pelo crime de abuso de autoridade:

> *Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: (Promulgação partes vetadas)*
>
> *Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

É importante destacar que se a notícia crime for utilizada como método de represália a desafeto, o autor desse requerimento doloso poderá ser enquadrado no delito de denunciação caluniosa previsto no artigo 339 do Código Penal. Aliás, se o autor da notícia crime ideologicamente falsa se utilizou do anonimato ou de nomes fictícios para esse fim, poderá ter a reprimenda agravada, conforme o §1º, do artigo 339 do Código Penal:

> *Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020)*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*
>
> *§ 1º - A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.*

O artigo 129 da Constituição Federal dispõe que o Ministério Público promoverá, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Isso quer dizer que, em regra, a ação penal pública só poderá ser processada caso seja apresentada pelo

órgão Ministerial. Caberá, portanto, ao Ministério Público fazer juízo prévio de admissibilidade acusatória, de modo a evitar a instauração desnecessária de ação penal.

O artigo 45 da Lei Complementar 75, de 20 de março de 1993, estabelece que o Procurador-Geral da República é o Chefe do Ministério Público Federal. Portanto, é dele a palavra final sobre a viabilidade acusatória de qualquer infração penal cuja competência apuratória é atribuída aos processos que tramitarão perante as instâncias superiores – Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior Eleitoral.

Logo, como o Procurador-Geral da República e os Subprocuradores-Gerais da República, que atuam por delegação do PGR, são, em tese, a última instância do Ministério Público Federal e, portanto, possuem a última palavra sobre a viabilidade acusatória, quando esses membros do MPF entendem que não há motivos para promover uma acusação criminal contra pessoas que, em regra, possuem foro perante os Tribunais Superiores, é obrigação de o órgão judicante atender a esse pedido, para determinar o arquivamento do apuratório.

Confira os seguintes trechos extraídos de julgados ocorridos no Superior Tribunal de Justiça:

> *O pedido de arquivamento feito pela Subprocuradoria-Geral da República - por não ter sido identificado nenhum elemento de informação, mínimo que seja, a justificar a instauração de procedimento investigatório criminal - deve ser prontamente deferido, sendo descabida a aplicação do art. 28 do Código de*

> *Processo Penal. Precedentes. (AgRg na Sd n. 811/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 6/10/2021, DJe de 18/10/2021.)*
>
> *Se o Senhor Vice Procurador-Geral da República oficia no presente feito por delegação do douto Procurador-Geral da República e entende não existir elementos que justifiquem o oferecimento da denúncia, não cabe ao colendo Superior Tribunal de Justiça objetar ao pretendido arquivamento. (NC n. 269/DF, relator Ministro Franciulli Netto, Corte Especial, julgado em 5/3/2003, DJ de 23/6/2003, p. 231.)*
>
> *Tratando-se de suposta infração apurada mediante ação penal pública, o pedido de arquivamento das peças de informação formulado pelo Sub-procurador Geral da República, nos feitos de natureza criminal de competência originária do Superior Tribunal de Justiça, há de ser acatado, sendo de acolhimento obrigatório, não se aplicando o art. 28 do Código de Processo Penal. (AgRg na Sd n. 32/PB, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 29/6/2005, DJ de 5/9/2005, p. 194.)*

Portanto, se o objetivo da fase da investigação é colher provas relacionadas a crimes de ação penal pública incondicionada contra pessoas que possuem foro por prerrogativa de função, e se a última palavra sobre a viabilidade acusatória é prerrogativa do Procurador-Geral da república e dos Subprocuradores-Gerais da República que atuam por delegação do PGR, o arquivamento determinado por esses membros do Ministério Público Federal deve ser prontamente atendido pelo órgão judicante com atuação nos Tribunais Superiores.

Fontes

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993.

Lei nº. 13.689, de 5 de setembro de 2019.

Decreto Lei nº. 3.689, 3 de outubro de 1941.

Decreto Lei nº. 2.848, de 7 dezembro de 1940.

http://hdl.handle.net/11549/25085

AgRg na Sd n. 811/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 6/10/2021, DJe de 18/10/2021.

NC n. 269/DF, relator Ministro Franciulli Netto, Corte Especial, julgado em 5/3/2003, DJ de 23/6/2003, p. 231.

AgRg na Sd n. 32/PB, relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 29/6/2005, DJ de 5/9/2005, p. 194.

Sd n. 632/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 29/11/2017, DJe de 12/12/2017.

Inq n. 967/DF, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 18/3/2015, DJe de 30/3/2015.

Sd n. 775/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, julgado em 19/8/2020, DJe de 26/8/2020.

Sd n. 699/DF, relator Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 4/12/2019, DJe de 9/12/2019.

Sd n. 708/DF, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 5/12/2018, DJe de 12/12/2018.

Sd n. 676/DF, relator Ministro Raul Araújo, Corte Especial, julgado em 5/9/2018, DJe de 19/9/2018.

39. A prevaricação e a advocacia administrativa

O crime de prevaricação está previsto no artigo 319 do Código Penal e, em suma, é imputado ao funcionário público que, por motivos pessoais, pratica ou deixa de praticar ato que deveria fazer em razão do exercício do cargo público. É o caso do secretário de segurança pública que recebe um ofício comunicando a possível existência de crime de ação pública incondicionada, contra agente público do estado, e, por motivos pessoais, retarda, indevidamente, o envio da apuração aos órgãos de persecução criminal.

Difere-se da advocacia administrativa prevista no artigo 321 do Código Penal, pois, neste caso, a conduta típica imputada ao funcionário público consiste na utilização indevida dos segredos e das prerrogativas inerentes ao cargo que ocupa perante a Administração Pública. É o caso do assessor de juiz que utiliza das informações inerentes ao cargo para, em conluio com interposta pessoa, vender serviços e facilidades perante o tribunal que o remunera.

Em resumo, na prevaricação, o funcionário público é movido por ato personalíssimo. Ele prejudica ou beneficia alguém em razão de vontade pessoal. É o traidor da Administração Pública. Na advocacia administrativa, o funcionário público se utiliza

das informações privilegiadas inerentes ao cargo público que ocupa em benefício próprio ou de terceiros.

Embora os crimes de prevaricação e advocacia administrativa tenham como sujeito ativo o funcionário público, nos termos do artigo 29 do Código Penal, não há impedimentos técnicos para que o partícipe ou coautor da infração penal sejam responsabilizados:

> *Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

No julgamento da APn n. 691/DF, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 7/8/2013, DJe de 21/8/2013, a demora do julgador para proferir uma decisão não foi suficiente para caracterizar o crime de prevaricação:

> *A demora do julgador por quase 5 meses para dar-se por suspeito, mesmo que emita juízo de valor sobre os fatos do processo, não é suficiente para configurar o crime de prevaricação, máxime quando o art. 135, inciso I, do Código de Processo Civil não estabelece prazo algum.*

Ademais, para que a prevaricação esteja devidamente caracterizada, é indispensável que a acusação demonstre, objetivamente, o especial fim de agir, ou seja, que o ato contrário praticado por funcionário público teve como fato gerador interesses pessoais pretéritos:

> *Ainda, o tipo penal incriminador exige a demonstração do especial fim de agir, ou seja, do dolo específico, caracterizado pelo animus de satisfazer interesse ou sentimento pessoais.*
>
> *(RHC n. 88.548/MA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe de 18/10/2017)*

Na advocacia administrativa, a justa causa para a deflagração de ação penal dependerá da comprovação de que o funcionário público defendeu um interesse privado, ainda que por interposta pessoa, aproveitando-se das facilidades inerentes ao cargo ocupado.

No julgamento da APn n. 567/GO, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, julgado em 2/9/2009, DJe de 22/10/2009, foi rejeitada a denúncia, por atipicidade da conduta, pois foi constatado que o funcionário público acusado não defendeu interesse pessoal, mas do próprio órgão que o remunera:

> *Para que haja o crime de advocacia administrativa, previsto no artigo 321 do Código Penal, é necessário que o interesse patrocinado seja particular e alheio. Extraindo-se da peça acusatória que o interesse patrocinado é do próprio Tribunal Regional do Trabalho, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta.*

Portanto, em ambos os crimes, o fim especial de agir é o marco que justificará a propositura de ação penal. Isto é, na prevaricação, o Ministério Público deverá demonstrar que o funcionário público praticou o ato omissivo ou comissivo pau-

tado em sentimento pessoal pretérito. Na advocacia administrativa, a acusação deverá comprovar que o funcionário público defendeu interesse privado perante o órgão que o remunera.

Seja como for, por se tratar de crimes de ação penal pública incondicionada, ou seja, que independem da vontade das partes para a *persecutio criminis*, se a deflagração de persecução criminal for iniciada por meio de acusação apócrifa, ou seja, promovida por ato doloso do responsável pela comunicação dos supostos fatos ilícitos, essa pessoa poderá ser responsabilizada pelo crime de denunciação caluniosa previsto no artigo 339 do Código Penal. Isto é, o feitiço pode virar contra o feiticeiro.

> *Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente.*

No julgamento do RHC nº. 107.533/CE, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 10/3/2021, o paciente do recurso imputou o suposto crime de prevaricação contra suposta conduta dolosa de promotora de justiça e, por isso, foi processado pelo delito de denunciação caluniosa, foi denegada ordem de habeas corpus que vindicava a declaração de atipicidade penal:

> *Na hipótese, a denúncia narrou que o recorrente imputara à promotora de justiça a prática de atos de ofício a fim de satis-*

> *fazer interesses de cunho pessoal no intuito de persegui-lo ou intimidá-lo. Assim, tendo sido imputado, em tese, o delito de prevaricação, bem como instaurado procedimento administrativo para verificação da conduta da promotora, e não sendo possível na presente via a verificação da ciência inequívoca do recorrente quanto à inocência da promotora, porquanto fato a ser esclarecido durante a instrução criminal, não se vislumbra a existência da alegada atipicidade da conduta a ensejar o prematuro trancamento da ação penal na origem.*

Por derradeiro, é importante dizer que se o proveito econômico angariado com a prática dos crimes de prevaricação e advocacia administrativa ingressarem no patrimônio pessoal dos funcionários públicos, ainda que de forma indireta, por meio de "laranjas", com o objetivo de ocultar a origem, localização e propriedade dos valores, os infratores poderão responder pelo crime de lavagem de dinheiro, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998:

> *Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)*

Fontes:

Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998.

REsp n. 1.453.904/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe de 7/5/2015.)

Denun na APn n. 549/SP, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/10/2009, DJe de 18/11/2009.

APn n. 626/DF, relator Ministro Castro Meira, Corte Especial, julgado em 19/12/2011, DJe de 6/3/2012.

APn n. 471/MG, relator Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 7/11/2007, DJe de 10/3/2008.

ExVerd n. 50/SP, relator Ministro Luiz Fux, Corte Especial, julgado em 21/3/2007, DJ de 21/5/2007, p. 528.

APn n. 329/PB, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 20/9/2006, DJ de 23/4/2007, p. 226.

REsp n. 293.621/MA, relator Ministro Fernando Gonçalves, Sexta Turma, julgado em 26/2/2002, DJ de 18/3/2002, p. 308.

RHC n. 4.202/MT, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 8/5/1995, DJ de 26/2/1996, p. 4085.

RHC n. 3.361/RS, relator Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 30/8/1994, DJ de 26/9/1994, p. 25669.

HC n. 119.205/MS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 29/9/2009, DJe de 16/11/2009.

HC n. 39.090/SP, relator Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 12/9/2006, DJe de 29/9/2008.

RHC n. 93.363/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe de 4/6/2018.

RHC n. 78.297/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 20/6/2017, DJe de 28/6/2017.

Apn n. 362/MT, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Corte Especial, julgado em 21/9/2005, DJ de 24/10/2005, p. 153.

HC n. 21.637/DF, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 2/8/2005, DJ de 5/9/2005, p. 490.

40. O sistema de compensação ilegal via dólar-cabo

A remessa de valores, ao exterior, por meio de sistema de compensação ilegal, conceitualmente conhecido como dólar-cabo, é crime previsto na primeira parte, do parágrafo único, do artigo 22, da Lei nº. 7.492/86:

> *Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:*
>
> *Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.*

Trata-se de infração penal que não exige muita sofisticação para a sua consumação, na medida em que pode ser praticada por qualquer meio de remessa, ao exterior, de valores não declarados à repartição federal competente.

Esse tipo de delito não se confunde com o crime tributário, pois, ao contrário deste (do crime fiscal) – que, em regra, exige lançamento fiscal definitivo superior a R$ 20.000,00 (vinte mil

reais) -, o crime de evasão de divisas estará caracterizado, independentemente do valor remetido ao exterior, de forma ilícita.

> *Comete o delito tipificado no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/1986, aquele que efetua operações de câmbio não autorizadas e promove, sem autorização legal, a evasão de divisas do País, independentemente do valor, dado não carecer o referido tipo penal de complementação por ato regulamentar.*
>
> *(APn n. 970/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Corte Especial, julgado em 4/5/2022, DJe de 20/6/2022.)*

O delito em análise pode ser praticado de forma fictícia, por meio de compensações entre valores, como ocorre, por exemplo, quando o sujeito tem domicílio fiscal no Brasil e precisa pagar uma fatura no exterior. Ele se utiliza de interposta pessoa, para que seja feita uma compensação entre faturas de diferentes países.

> *O delito de evasão de divisas, previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/1986, pode ser praticado não só mediante a efetiva saída do território nacional de pessoa que deixe de declarar às autoridades moeda ou divisa como também mediante técnicas mais elaboradas e complexas como o sistema de remessas de valores por meio de compensações, o que é conhecido como operação dólar-cabo ou euro-cabo.(AgRg no REsp n. 1.463.883/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.)*

Por mais ingênuo que possa parecer, a entrega de moeda estrangeira fora do território brasileiro, em contrapartida ao prévio pagamento de reais no Brasil, pode caracterizar o crime previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei nº. 7.492/1986:

> *A condenação do agravante foi justificada pelo Tribunal de origem com base nas conversas interceptadas e documentos apreendidos, bem como na sua admissão de ter emprestado dinheiro em reais e recebido no exterior em dólares, a configurar a prática de "dólar-cabo"." AgRg no REsp n. 1.905.931/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.*

Aliás, como o dólar-cabo pode ser praticado de forma livre, a sua consumação independe de prévio regulamento de autoridade federal que discipline a matéria:

> *No que tange à alegação de que o art. 22, parágrafo único (primeira configuração), da Lei n. 7.492/1986, constitui norma penal em branco, também não assiste razão ao agravante. Com efeito, essa Corte Superior de Justiça já decidiu que "para a caracterização do tipo penal em questão, não se exige complementação por meio de regulamentação do órgão federal competente, mas, sim, a transferência, transporte ou remessa física de moeda ou recursos para o exterior por meio de transações financeiras realizadas sem autorização legal, independentemente do valor, visando, com isso, à proteção da política cambial brasileira" (AgRg no REsp 1.849.140/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 1º/9/2020, DJe 9/9/2020).AgRg no AREsp n. 1.683.234/PR,*

relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021.

Portanto, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, comete o crime previsto na primeira parte, do parágrafo único, do artigo 22, da Lei nº. 7.492/86, com pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, quem envia, ao exterior, ainda que de forma fictícia, valores que deveriam ser previamente controlados pelas autoridades governamentais brasileiras.

Fontes:

APn n. 970/DF, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Corte Especial, julgado em 4/5/2022, DJe de 20/6/2022.

AgRg no REsp n. 1.463.883/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.

AgRg no REsp n. 1.905.931/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.

AgRg no AREsp n. 1.683.234/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021.

AgRg no REsp n. 1.849.140/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 9/9/2020.

REsp n. 1.796.730/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 13/9/2019.

REsp n. 1.460.561/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/11/2018, DJe de 26/11/2018.

AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.243.890/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/9/2018, DJe de 17/9/2018.

AgRg no REsp n. 1.596.138/PR, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 2/8/2018, DJe de 8/8/2018.

REsp n. 1.485.103/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe de 22/6/2018.

AgRg no REsp n. 1.691.688/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe de 30/5/2018.

AgRg no REsp n. 1.430.360/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7/11/2017, DJe de 13/11/2017.

REsp n. 1.501.852/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/9/2016, DJe de 13/10/2016.

REsp n. 1.367.650/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 23/8/2016, DJe de 8/9/2016.

AgRg no REsp n. 1.573.577/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 29/6/2016.

REsp n. 1.535.956/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 1/3/2016, DJe de 9/3/2016.

AgRg no REsp n. 1.543.200/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe de 13/11/2015.

REsp n. 1.390.827/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 4/9/2014, DJe de 23/9/2014.

41. As provas obtidas no aparelho celular sem autorização judicial e a validade da fonte, independente de prova

Está consagrado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que os dados armazenados nos aparelhos celulares oriundos de envio ou recebimento de mensagens dizem respeito à intimidade e à vida privada do cidadão, sendo, portanto, invioláveis, nos termos do art. 5°, X, da Constituição Federal:

> *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*

O art. 5°, XII, da Constituição Federal dispõe que as mensagens e os dados das comunicações telefônicas só podem ser violados por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal:

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

Nesse contexto, as mensagens de WhatsApp são conceitualmente conhecidas como dados telemáticos que, nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº. 9.296/96 gozam de proteção constitucional e infraconstitucional, isto é, a violação a essas informações pessoais dependerá de prévia ordem do juízo criminal:

> *Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.*
>
> *Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.*

Portanto, quando a obtenção da prova oriunda de mensagens existentes no aparelho celular é feita diretamente pelos órgãos de persecução criminal, sem autorização judicial, há violação às normas legais acima transcritas, o que poderá acarretar nulidade da prova obtida por esse meio.

Em resumo, de acordo com a jurisprudência do STJ, será lícita a investigação apoiada na obtenção de mensagens armazenadas em aparelho celular, quando houver decisão pretérita proferida por juízo criminal competente, ou na hipótese de o próprio investigado franquear livre acesso ao conteúdo existente em seu aparelho celular:

> *Os dados constantes de aparelho celular obtidos por órgão investigativo - mensagens e conversas por meio de programas ou aplicativos (WhatsApp) - somente são admitidos como prova lícita no processo penal quando há precedente mandado de busca e apreensão expedido por juiz competente ou quando há autorização voluntária de interlocutor da conversa.*
>
> *(AgRg no HC n. 646.771/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 13/8/2021.)*

No julgamento do RHC n. 108.262/MS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2019, DJe de 9/12/2019, cuja tese da defesa indicava a aplicação da nulidade originária e derivada da prova obtida mediante a violação de mensagens em aparelho celular, por maioria, a Turma julgadora entendeu que, quando a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa – divulgação de fotografia pornográfica envolvendo adolescente -, a apreensão do aparelho celular do investigado independe de autorização judicial prévia.

> *Pois bem. Conforme consta dos autos, a vexata quaestio cinge-se a saber se a autorização judicial para a apreensão de elementos de prova é imprescindível em qualquer hipótese ou se haveria alguma situação em que tal expediente seria despiciendo, v. g., em razão de o aparelho celular constituir o próprio corpo de delito, como no caso vertente, em que o recorrente foi denunciado por divulgar, por meio do aplicativo WhatsApp, fotografia pornográfica envolvendo uma adolescente (e-STJ fl. 22).*

> *Com efeito, nas hipóteses em que os meios de prova são obtidos por meio dos elementos encontrados em algum objeto pessoal, v. g., o aparelho celular, como in casu, a reserva de jurisdição é medida que se faz premente. Ao revés, nos casos em que a materialidade delitiva está incorporada na própria coisa, aqui a autorização judicial já se mostra prescindível, como é o caso do delito inserto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

Em outro julgado, também da Sexta Turma, a eminente relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, com precisão, declarou que a contaminação da prova colhida por meio do acesso indevido ao aparelho celular do investigado não teria o condão de contaminar toda a instrução probatória:

> *O prévio trabalho investigativo das autoridades policiais, que culminou com a identificação do fato e de seus autores, bem assim como o indiciamento do recorrente, não resta contaminado pelo posterior acesso não autorizado aos dados do aparelho celular, bastando o desentranhamento dos autos dos documentos extraídos do aparelho celular e a supressão do parágrafo final dos depoimentos policiais, que fizeram referência ao conteúdo das conversas via whatsapp.*
>
> *(RHC n. 76.324/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 22/2/2017.)*

A interpretação conduzida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura foi reverberada no julgamento do RHC n. 89.385/SP, onde foi possível constatar que a utilização de fonte proba-

tória independente não tem o condão de invalidar todo o conjunto fático e probatório:

> *Não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial. Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).*
>
> *(RHC n. 89.385/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe de 28/8/2018.)*

Aliás, quando os órgãos de persecução criminal conseguem comprovar que a ilicitude originária decorrente da obtenção indevida de mensagens existentes no aparelho celular do investigado não teve relação com a acusação, não será possível declarar ilícita toda a prova colhida na instrução processual. No julgamento do AgRg no REsp n. 1.768.954/CE, a droga apreendida no interior de um veículo foi suficiente para fundamentar a condenação:

> *[...] o reconhecimento da ilicitude da visualização de conversas de WhatsApp, sem prévia autorização judicial, não impede a manutenção da condenação quando se verifica que as instâncias ordinárias encontraram outros elementos que comprovam a materialidade e autoria do crime, sem qualquer indicação de terem as autoridades chegado a eles como decorrência da prova reconhecida como ilícita (AgRg no HC n. 694.410/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/5/2022). No caso con-*

> *creto, independentemente das provas colhidas nos aparelhos celulares, a droga apreendida no interior do carro (49,850 kg de maconha - fl. 209) é suficiente a justificar o édito condenatório.*
>
> *(AgRg no REsp n. 1.768.954/CE, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.)*

Importante destacar que a proteção constitucional à intimidade e à vida privada existentes em mensagens armazenadas no aparelho celular não se estende às informações constantes da agenda telefônica do aparelho celular, uma vez que, na interpretação dada no julgamento do REsp n. 1.782.386/RJ, a agenda telefônica é apenas uma ferramenta oferecida pelos aparelhos de celular modernos:

> *No caso, como autorizado pelo Código de Processo Penal - CPP foi apreendido o telefone celular de um acusado e analisados os dados constantes da sua agenda telefônica, a qual não tem a garantia de proteção do sigilo telefônico ou de dados telemáticos, pois a agenda é uma das facilidades oferecidas pelos modernos aparelhos de smartphones a seus usuários.*
>
> *Assim, deve ser reconhecida como válida a prova produzida com o acesso à agenda telefônica do recorrido, com o restabelecimento da sentença condenatória, determinando-se que a Corte a quo continue a apreciar a apelação.*
>
> *(REsp n. 1.782.386/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020)*

Desse modo, conquanto esteja consagrado o entendimento que os dados armazenados nos aparelhos celulares oriundos de envio ou recebimento de mensagens dizem respeito à intimidade e à vida privada do cidadão, quando a acusação é fundamentada em provas que não foram produzidas mediante violações constitucionais – as fontes independentes – não há justa causa para que todo o acervo probatório seja invalidado.

Fontes:

REsp n. 1.782.386/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020.

AgRg no REsp n. 1.768.954/CE, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.

RHC n. 89.385/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe de 28/8/2018.

RHC n. 76.324/DF, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 22/2/2017.

RHC n. 108.262/MS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/9/2019, DJe de 9/12/2019.

AgRg no HC n. 646.771/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 13/8/2021.

Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº. 9.296, de 24 de julho de 1996.

42. O pedido de absolvição feito pelo Ministério Público e a vinculação do órgão judicante

O artigo 129, I, da Constituição Federal reservou ao Ministério Público, o monopólio da ação penal pública, na forma da lei:

> *Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*
>
> *I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

Deste modo, de acordo com o referido dispositivo da Constituição Federal, o único órgão autorizado a promover uma acusação criminal, em crime de ação pública incondicionada, é o Ministério Público.

Segundo o artigo 41, do Código de Processo Penal, a denúncia será o primeiro ato processual decorrente de – em regra – provas colhidas pela polícia judiciária.

> *Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.*

Posteriormente, nos termos do artigo 396, do CPP, a denúncia será enviada ao controle do Poder Judiciário que, em linhas gerais, sem adentrar no mérito da prova apresentada pela acusação, promoverá despacho de recebimento ou de rejeição sumária da acusação:

> *Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).*
>
> *Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.*

Isto é, a instauração da ação penal é feita por meio de provas colhidas sem o oferecimento do contraditório. Pode-se dizer que são indícios probatórios utilizados pelo Ministério Público para justificar a acusação criminal inicial.

Essas provas precisam ser validadas no decorrer do processo, uma vez que é vedado ao órgão judicante condenar apenas com base em provas colhidas em inquérito policial. Confira trechos da ementa do AgRg no AREsp n. 2.235.904/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 17/2/2023:

> *Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a com-*

> *preensão de que "o reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.*

Assim, consoante o referido julgado, a prova inquisitorial (sem contraditório e ampla defesa) não se confunde com a prova judicial (com contraditório e ampla defesa), uma vez que a prova colhida em sede de inquérito policial, apenas é apta, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva.

De acordo com o artigo 127, §1º, da CF/88, o Ministério Público tem independência funcional para exercer a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis:

> *Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*
>
> *§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.*

Isto é, o Ministério Público possui independência funcional para interpretar a prova, sem a interferência de outros poderes.

Portanto, quando o Ministério Público requer a absolvição de uma pessoa, não há espaço constitucional para que o órgão judi-

cante rejeite a pretensão Ministerial, e promova uma condenação em desacordo com o que foi postulado pelo órgão acusador.

Essa interpretação – ainda que atualmente minoritária no âmbito do STJ - tem ganhado força entre os Ministros João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior. Suas Excelências são adeptos à tese de que atividade persecutória persiste até o término da ação penal, ou seja, a prova indiciária que subsidiou a denúncia poderá ser rechaçada pela própria acusação ao final da instrução probatória.

Confira trechos de recente acórdão lavrado pela egrégia Quinta Turma:

> *Nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público o monopólio da titularidade da ação penal pública.*
>
> *Tendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, pedido a absolvição do réu, não cabe ao juízo a quo julgar procedente a acusação, sob pena de violação do princípio acusatório, previsto no art. 3º-A do CPP, que impõe estrita separação entre as funções de acusar e julgar.*
>
> *E a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Assim, considero que, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover decreto condenatório, sob pena de acusar e julgar simultaneamente.*

O entendimento minoritário de rejeição da tese de possibilidade de condenação sem pedido expresso da acusação em alegações finais já foi defendido, nesta Corte, pelo Ministro Sebastião Reis Júnior, para quem:

Não vejo como compreender que, depois da Lei n. 13.964/2019, quando o legislador pátrio, ao incorporar ao nosso Código de Processo Penal o Juiz de garantias (art. 3º-B), ao explicitar, em lei, a opção pelo sistema acusatório (art. 3º-A) e ao tirar do juiz o poder de interferir na opção do Ministério Público em arquivar inquéritos policiais ou elementos informativos da mesma natureza (nova redação do art. 28), dispositivos até agora vigentes, como o art. 385 do CPP, ainda continuem aplicáveis.

Mesmo que tais dispositivos (arts. 3º-A, 3º-B e 28, todos do CPP) estejam com sua eficácia suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, é fato que o legislador optou claramente por limitar a atuação do juiz na ação penal a apenas julgar, deixando a cargo das partes a responsabilidade pelo impulso do processo.

Assim, sem querer me prolongar mais, tendo em vista que, como consequência do sistema acusatório que hoje vige no processo penal brasileiro, não pode o juiz condenar sem que haja pedido expresso nesse sentido pelo órgão acusador, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, peço vênia à eminente Ministra Relatora e aos que pensam de forma diferente para conceder a ordem nos termos do pedido

AgRg no AREsp n. 1.940.726/RO, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), relator para

acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 4/10/2022.

Destarte, o pedido de absolvição feito pelo Ministério Público, não deve ser ignorado pelo órgão judicante, pois, de acordo com o que foi sustentado nesse estudo, a acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, na medida em que a prova indiciária não se confunde com a prova judicial, e a persecução processual-criminal é monopólio do Ministério Público, e deve persistir até o término da ação penal.

Fontes:

Constituição Federal de 1988.

Decreto-Lei nº. 3.690, de 3 de outubro de 1941.

HC n. 181.772/SP, relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Quinta Turma, julgado em 21/6/2012, DJe de 2/8/2012.

HC n. 76.930/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/10/2007, DJ de 5/11/2007, p. 314.

AgRg no HC n. 640.863/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/3/2021, DJe de 22/3/2021.

AgRg no REsp n. 1.258.233/TO, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe de 29/6/2015.

AgRg no AREsp n. 1.940.726/RO, relator Ministro Jesuíno Rissato Desembargador Convocado do TJDFT, relator para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 4/10/2022.

AP 976, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 07-04-2020 PUBLIC 13-04-2020.

43. A razoabilidade na aplicação do princípio da insignificância em crimes contra a Administração Pública

É dominante o entendimento jurisprudencial que o princípio da insignificância, ou bagatela - que, em regra, é imputado a fato criminoso sem lesão expressiva ao bem jurídico tutelado - não é aplicável aos crimes contra a Administração Pública, pois a interpretação majoritária fixada pelo Superior Tribunal de Justiça dispõe que moral administrativa é insuscetível de valoração econômica:

> *Segundo a jurisprudência desta Corte, não se aplica o princípio da insignificância aos crimes cometidos contra a administração pública, ainda que o valor seja irrisório, porquanto a norma penal busca tutelar não somente o patrimônio, mas também a moral administrativa.*
>
> *(AgRg no AREsp n. 487.715/CE, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe de 1/9/2015.)*

Com efeito, o Artigo 8º do Código de Processo Civil estabelece que o princípio da razoabilidade deva fazer parte da estruturação do ordenamento jurídico:

> *Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.*

Assim, como o Direito Penal não é instrumento de repressão moral – mas de repressão e prevenção criminal -, quando a eventual ofensa ao bem jurídico tutelado não produz efetivo dano à coletividade, não há razões conceituais para que seja dado prosseguimento a um processo de apuração de fato criminoso que não causou efetivo dano material à vítima.

Portanto, de acordo com o princípio da individualização da pena, que impede a padronização da sanção criminal, a manutenção de conceitos jurídicos pré-concebidos – como é o caso da aplicação objetiva da súmula 599 do STJ, que automaticamente impede a aplicação do princípio da insignificância a delitos praticados contra a Administração Pública -, não contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, pois a fixação de uma pena corporal deve ter como fundamentos a reprovação e prevenção do crime, conforme disposto no artigo 59 do Código Penal:

> *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.*

Ora, se em determinados crimes praticados contra a Administração Pública não houve ofensa ao bem jurídico tutelado, não há razões processuais para que o princípio da insignificância seja objetivamente descartado em face de existência de conceitos pré-concebidos.

No julgamento do RHC n. 85.272/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 23/8/2018, foi aplicado o princípio da insignificância a crime de dano praticado contra a Administração Pública, pois foi constatado que a inexpressiva lesão jurídica provocada não mereceria a intervenção estatal:

> *A subsidiariedade do direito penal não permite tornar o processo criminal instrumento de repressão moral, de condutas típicas que não produzam efetivo dano. A falta de interesse estatal pelo reflexo social da conduta, por irrelevante dado à esfera de direitos da vítima, torna inaceitável a intervenção estatal-criminal.*
>
> *A despeito do teor do enunciado sumular n. 599, no sentido de que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública, as peculiaridades do caso concreto - réu primário, com 83 anos na época dos fatos e avaria de um cone avaliado em menos de R$ 20,00, ou seja, menos de 3% do salário mínimo vigente à época dos fatos - justificam a mitigação da referida súmula, haja vista que nenhum interesse social existe na onerosa intervenção estatal diante da inexpressiva lesão jurídica provocada.*

Em outro caso similar, também de relatoria do eminente Ministro Nefi Cordeiro, por considerar que a lesão ao patrimônio público foi mínima, Sua Excelência reconheceu a atipicidade da conduta, pela aplicação do princípio da insignificância, para absolver uma pessoa acusada pela prática do delito previsto no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal:

> *Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.*
>
> *(...)*
>
> *É de ser considerada insignificante a conduta do paciente em rasgar o lençol que lhe foi oferecido no presídio pela Secretaria de Segurança Pública local, porquanto a lesão ao patrimônio público foi mínima em todos os vetores.*
>
> *(HC n. 245.457/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 3/3/2016, DJe de 10/3/2016.)*

Aliás, a Quinta Turma do STJ já se manifestou favorável à mitigação da súmula 599 do STJ e, por considerar que a destruição de uma lâmpada não causou prejuízos materiais à coletividade, o eminente relator do caso, Ministro José Arnaldo da Fonseca, concedeu ordem de habeas corpus, para declarar a

atipicidade do suposto crime de dano qualificado praticado contra a Administração Pública:

> *RECURSO EM HABEAS CORPUS. DANO QUALIFICADO. DESTRUIÇÃO DE UMA LÂMPADA DE ÍNFIMO VALOR (R$ 0,30), EM PRÉDIO PÚBLICO. INSIGNIFICÂNCIA DO PREJUÍZO, A JUSTIFICAR O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, POR ATIPICIDADE DA CONDUTA.*
>
> *Recurso conhecido e provido.*
>
> *(RHC n. 9.359/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/12/1999, DJ de 8/3/2000, p. 134.)*

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da insignificância, para absolver uma pessoa condenada a dois anos de reclusão pelo crime de peculato, por ter subtraído da Administração Pública duas luminárias avaliadas em R$ 130,00 (cento e trinta reais). O relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, com brilhantismo, abordou em seu voto que não cabe ao Direito Penal atribuir relevância típica a casos que efetivamente não ofendem qualquer bem jurídico tutelado:

> *Não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a subtração de objetos da Administração Pública, avaliados no montante de R$ 130,00 (cento e trinta reais), e quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza, miudeza e não habitualidade.*

> *Isso porque, ante o caráter eminentemente subsidiário que o Direito Penal assume, impõe-se a sua intervenção mínima, somente devendo atuar para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância e transcendência para a vida social. Em outras palavras, não cabe ao direito penal — como instrumento de controle mais rígido e duro que é — ocupar-se de condutas insignificantes, que ofendam com o mínimo grau de lesividade o bem jurídico tutelado. Assim, só cabe ao Direito Penal intervir quando outros ramos do direito se demonstrarem ineficazes para prevenir práticas delituosas (princípio da intervenção mínima ou ultima ratio), limitando-se a punir somente as condutas mais graves dirigidas contra os bens jurídicos mais essenciais à sociedade (princípio da fragmentariedade).*
>
> *(HC 107370, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 21-06-2011 PUBLIC 22-06-2011)*

Portanto, a aplicação da súmula 599 do STJ não deve ser automatizada, uma vez que a tipicidade formal não pode ser dissociada da tipicidade material e, como afirmado, o Direito Penal não é instrumento de repressão moral – mas de repressão e prevenção criminal –, e quando não há ofensa ao bem jurídico tutelado, não há razões processuais para que seja dado prosseguimento a fato jurídico natimorto.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Súmula 599 do STJ: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública.

Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

AgRg no AREsp n. 487.715/CE, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe de 1/9/2015.

RHC n. 85.272/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 23/8/2018.

HC n. 245.457/MG, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 3/3/2016, DJe de 10/3/2016.

RHC n. 9.359/SP, relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/12/1999, DJ de 8/3/2000, p. 134.

HC 107370, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 21-06-2011 PUBLIC 22-06-2011.

44.A FRAUDE PROCESSUAL

A fraude processual é conceitualmente conhecida como delito contra a administração da justiça, prevista no artigo 347 do Código Penal que, em linhas gerais, é imputada ao agente que pratica algum ato intencional, que visa à alteração da realidade fática, com o propósito de induzir em erro o juiz ou o perito. É o sujeito que tenta enganar a Justiça:

> *Art. 347 - Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:*
>
> *Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.*
>
> *Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.*

Aliás, quando a artimanha é praticada para fins de engodo em processo penal, não é necessária a existência de procedimento previamente instaurado, consumando-se à infração no momento em que ocorre o ato de ludibriar à Justiça:

> *Para a caracterização do delito de fraude processual, especificamente em relação à conduta descrita no parágrafo único do art. 347 do CP, é despicienda a existência de um procedimento previamente instaurado, diferentemente da conduta prevista no*

> *caput do mesmo preceito de regência, o qual veda a inovação artificiosa "na pendência de processo civil ou administrativo [...] com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito". (Precedentes).*
>
> *(RHC n. 53.491/PE, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe de 27/11/2015.)*

Trata-se de crime que se consuma de forma antecipada, sendo desnecessário que o estratagema criada pelo infrator seja capaz de, efetivamente, induzir em erro magistrado ou perito:

> *A fraude processual é crime comum e formal, não se exigindo para a sua consumação, que o Juiz ou o perito tenham sido efetivamente induzidos a erro, bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a produzir tal resultado, podendo o crime ser cometido por qualquer pessoa que tenha, ou não, interesse no processo.*
>
> *(HC n. 137.206/SP, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 1/2/2010.)*

Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que a pessoa física prejudicada pela inovação capciosa também pode ser vítima do crime de fraude processual, uma vez que o ato insidioso praticado pelo infrator poderá resultar em efeitos reflexos prejudiciais à sua pessoa:

> *Muito embora o tipo do art. 347 do Código Penal proteja precipuamente o bem jurídico da administração da Justiça, tendo, por consequência, como sujeito passivo principal o Estado, a doutrina reconhece que o delito também tem como vítima, ainda que em segundo plano, a pessoa prejudicada pela inovação artificiosa, tanto mais em contexto no qual o prejuízo para*

> *a vítima é evidente na medida em que a fraude processual lhe imputaria o cometimento de crime (efetuar disparos de arma de fogo contra policiais militares) que jamais existiu.*
>
> *(CC n. 167.537/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 27/11/2019, DJe de 4/12/2019.)*

No julgamento do REsp n. 2.082.894/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023, quando foi analisada a conduta do agente que, presumindo que a sua linha telefônica estava interceptada pela polícia, simulou conversa em que atribuía a prática de infração penal à terceira pessoa inocente. Foi destacado que a mera imputação de crime a terceiro não tem o condão de inovar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa e, portanto, não se subsume ao tipo previsto no artigo 347 do Código Penal. Confira trechos da ementa do referido julgado:

> *Com efeito, forjar um diálogo para alterar o curso das investigações não altera materialmente o local do crime, nem os objetos que pudessem ter relação com o delito, tampouco as pessoas envolvidas nos fatos. Quanto a esse último ponto, a inovação do estado de pessoa, para que seja típica, consistiria na mudança de aspectos físicos de determinado indivíduo - e não apenas na atribuição de um crime a outrem.*
>
> *(REsp n. 2.082.894/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.)*

Em outro caso que concluiu pela atipicidade da conduta imputada a um advogado que estava no exercício de suas fun-

ções, foi determinado o trancamento de uma ação penal instaurada com o propósito de averiguar se as palavras utilizadas na defesa do constituinte são capazes de configurar o delito de fraude processual. O eminente relator do caso, Ministro Arnaldo Esteves Lima, com precisão, rechaçou a hipótese acusatória por considerar que a exordial acusatória não descreve qual seria o elemento constitutivo do tipo, consistente na imputação de fato definido como crime à vítima. Confira trechos do voto exarado por Sua Excelência:

> *A meu ver, o primeiro requisito elencado não se encontra presente, pois parece-me evidente que afirmação feita em audiência ("seria muito fácil a arrebanhar quatro ou cinco pessoas, tomar seus depoimentos em escritório e indigitar responsabilidade ao seu cliente") não atribuiu a prática de nenhum delito ao promotor, tampouco crime de fraude processual, uma vez que o fato atribuído ao representante do Ministério Público não se subsume no tipo previsto no art. 347 do Código Penal, que prevê:*
>
> *De fato, parece-me um exagero inferir que o paciente, em sua manifestação, tenha acusado o membro do parquet estadual de inovar artificiosamente, no curso do processo penal, o estado de lugar, coisa ou pessoa, buscando induzir a erro o juiz.*
>
> *Dessa forma, reconhecida a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, pela ausência de elemento constitutivo do tipo, qual seja, a atribuição de fato definido como crime à vítima, escorreita a alegação de falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal.*

> *(HC n. 77.184/BA, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 6/5/2008, DJe de 23/6/2008.)*

Em caso semelhante, que apurou a conduta praticada por advogado no exercício de suas funções, foi reconhecida a flagrante ilegalidade da imputação que atribuiu o crime de fraude processual a causídico que não transcreveu, na sua peça de defesa, todos os fundamentos da sentença que denegou o direito do seu cliente de apelar em liberdade:

> *Não há como atribuir aos pacientes, advogados, a prática do delito de fraude processual (art. 347 do Código Penal) somente por não terem transcrito, na inicial de habeas corpus impetrado na origem em favor de terceiro, todos os fundamentos da sentença que havia negado o direito de o paciente apelar em liberdade, se, na mesma ocasião, instruíram o pedido com a cópia integral do referido ato processual. Portanto, inviável afirmar que agiram "artificiosamente", bem como flagrante a ausência do especial fim de agir de induzir a erro o juiz a que faz menção o tipo.*
>
> *(HC n. 579.256/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020.)*

Por fim, quando a infração penal não for praticada em detrimento de bens, serviços e interesses da União, a competência para processar e julgar o delito de fraude processual será da Justiça Estadual:

> *No caso, não estão presentes as hipóteses constitucionais para o reconhecimento da competência da Justiça Federal, isso porque os fatos criminosos imputados aos agravantes (falsificar*

> *o reconhecimento de firma em documento de transferência de propriedade de veículo - crime do art. 299 do Código Penal) foi praticado em detrimento de serviços e interesses do Estado de São Paulo e o outro delito (fraude processual - crime do art. 347 do Código Penal) teve por finalidade induzir a erro Juízo Estadual, não havendo se falar, portanto, em infração praticada contra interesses de Órgão Federal.*
>
> *(AgRg no CC n. 195.146/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 9/8/2023, DJe de 16/8/2023.)*

Portanto, a fraude processual dependerá da demonstração de que o agente agiu com vontade consciente de enganar a administração da justiça, ainda que o destinatário da prova não tenha se convencido da arapuca feita pelo infrator.

Fontes:

Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

AgRg nos EDcl no Ag n. 711.502/SP, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/3/2006, DJ de 10/4/2006, p. 278.

RHC n. 140.298/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe de 4/5/2021.

AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.924.070/PE, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022.

AgRg no HC n. 627.577/RJ, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/5/2021, DJe de 31/5/2021.

REsp n. 1.798.903/RJ, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 25/9/2019, DJe de 30/10/2019.

HC n. 361.759/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2016, DJe de 16/11/2016.

AgRg nos EDcl no Ag n. 711.502/SP, relator Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 16/3/2006, DJ de 10/4/2006, p. 278.

HC n. 217.522/MS, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4/10/2012, DJe de 9/10/2012.

RHC n. 45.164/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2014, DJe de 3/6/2014.

45. A utilização da busca e apreensão em crimes que não evolvam violência ou grave ameaça

A utilização da busca e apreensão logo após a instauração de inquérito policial que visa à elucidação de crimes que não envolvam violência ou grave ameaça é, em regra, ilegal, uma vez que a interferência do Estado na vida privada do cidadão exige fundamentação qualificada, ou seja, obriga que os órgãos de persecução criminal envidem esforços para que a investigação criminal seja proporcional e progressiva.

Isto é, quando o Estado emprega a força para violar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do jurisdicionado, quer dizer, se propõe a investigar através de medidas que violam cláusulas pétreas, é fundamental que haja plausibilidade nas razões que levaram o delegado de polícia a representar para essa finalidade.

Isso significa que será desarrazoado, por exemplo, quando o delegado de polícia representa pela busca e apreensão com base em mero depoimento prestado por suposta vítima que compareceu espontaneamente na delegacia de polícia para narrar suposto crime de ação penal pública incondicionada que não envolva violência ou grave ameaça.

Consequentemente, será ilegal a decisão judicial que autoriza a busca e apreensão sem fundamentação circunstanciada, quer dizer, sem justificativa pormenorizada. Confira trechos da ementa do AgRg no HC n. 701.242/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023:

> *Isso, porque o entendimento desta Corte é o de que a decisão que autoriza busca e apreensão demanda fundamentação circunstanciada, com motivação acerca das fundadas razões para a mitigação da regra de inviolabilidade de domicílio, ou local de trabalho, ainda que essa fundamentação se utilize da técnica per relationem.*

Apesar de ser aceita a técnica da fundamentação *per relationem*, onde são feitas referências aos argumentos usados por uma das partes da relação processual, para que a decisão judicial que autoriza a busca e apreensão seja válida, o Superior Tribunal de Justiça obriga que a deliberação seja composta por argumentos próprios que demonstrem a convicção do magistrado a respeito da tese apresentada pelo delegado de polícia.

No julgamento do RHC n. 178.384/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023 foi dado provimento ao recurso que vindicava a declaração de nulidade das provas obtidas por intermédio de busca a apreensão deferida através de decisão judicial que não foi constituída por argumentos próprios:

> *Ainda que se reconheça a adoção da técnica de fundamentação per relationem, não há como subsistir a decisão que, de fato, faz referência aos fundamentos da representação do Ministério Público estadual, mas não apresenta argumentos próprios que demonstrem sua convicção a respeito do caso concreto que lhe é apresentado, providência exigida pela jurisprudência deste Superior Tribunal para o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais.*

Em linhas gerais, como o processo criminal é feito de etapas probatórias e de partes litigantes, para que a busca a apreensão seja utilizada como ferramenta para a elucidação de fato criminoso e, eventualmente, possa embasar uma condenação criminal, é indispensável que o Poder Judiciário atue de maneira imparcial na análise das pretensões feitas pelos órgãos de persecução criminal.

Sendo assim, a verificação do fato gerador da diligência policial que pleiteia ordem judicial para intervir na vida privada do cidadão deve estar condicionada à demonstração dos indícios concretos do crime, e da indispensabilidade da medida, em outros termos, o deferimento da busca e apreensão é, concretamente, fundamental para a continuidade das investigações.

No julgamento do HC n. 637.772/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 3/11/2022 foi concedida ordem de habeas corpus, para tornar sem efeito a decisão judicial que deferiu medida de busca e apreensão sem justificar a indispensabilidade da medida:

> *A decisão cingiu-se a afirmar genericamente que, "no caso concreto, o fumus comissi delicti emerge nos autos por intermédio da vasta documentação juntada no bojo do procedimento investigatório".*

Em outro caso semelhante, embora a autoridade policial tenha justificado a plausibilidade da pretensão, o Juízo decidiu de forma genérica, e não explicou, concretamente, os motivos da imprescindibilidade da medida invasiva da intimidade. Como resultado foi reconhecida a nulidade da decisão que autorizou a busca e apreensão, assim como das provas decorrentes da medida cautelar:

> *Consoante entendimento desta Corte, a decisão que autoriza busca e apreensão demanda fundamentação circunstanciada, com motivação acerca das fundadas razões e demonstração da indispensabilidade da medida para justificar a mitigação da garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio, e, diante da ausência de fundamentação concreta, é reconhecida a nulidade dessa decisão, assim como das provas decorrentes da medida cautelar.*
>
> *(RHC n. 173.600/AP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.)*

Aliás, o insucesso na colheita de provas por outros meios investigativos não se traduz em justificativa automática e suficiente para autorizar a busca e apreensão. Nesse sentido, a autoridade policial não pode se valer desse argumento – fra-

casso na utilização de outra medida invasiva -, para pleitear busca e apreensão, sem que haja fundamentação consistente e concreta de que a busca e apreensão será o mecanismo para a elucidação dos fatos.

No julgamento do AgRg no HC n. 705.232/PR, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022 foi concedida ordem de habeas corpus, para reconhecer a ilegalidade da medida de busca e apreensão e, consequentemente, foi determinado o desentranhamento da prova obtida a partir da decisão ilegal, em que foi rechaçada a hipótese criada pelo delegado de polícia de que o fracasso na implementação da interceptação telefônica justificaria o deferimento da busca e apreensão:

> *A medida de busca e apreensão, pelo que tem de invasiva e detrimentosa da esfera de intimidade da parte, imprescinde de "fundadas razões" em si mesma, segundo os vetores dos art. 240 - CPP, não devendo ser determinada apenas em razão do fracasso investigatório da medida de interceptação telefônica, como afirmado pela decisão objurgada.*

Em outro julgado equivalente, a egrégia Sexta Turma do STJ entendeu que a alegação de que há necessidade de aprofundamento das investigações é argumento que pode ser aplicado a qualquer fato e sob quaisquer circunstâncias, tratando-se de fundamentação genérica, o que invalida a prova obtida por esse meio.

> *No tocante à medida de busca e apreensão, observa-se que, além de inexistir fundamentação concreta a respeito da indispensabilidade da medida, não há sequer indicação do objeto da medida, a evidenciar o caráter genérico da decisão. Precedente.*
>
> *(HC n. 497.699/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 26/8/2019.)*

Portanto, a interpretação que deve ser feita sobre o artigo 240 do Código de Processo Penal é a seguinte: será lícita a busca e apreensão quando: a) houver proporcionalidade na representação feita pela autoridade policial; b) a decisão que autoriza a busca a apreensão seja circunstanciada ou pormenorizada, sendo inadmissível a fundamentação genérica; c) estiver comprovado que a busca e apreensão é indispensável para a elucidação dos fatos.

Fontes:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

AgRg no HC n. 701.242/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/6/2023, DJe de 22/6/2023.

RHC n. 178.384/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.

HC n. 637.772/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 3/11/2022.

RHC n. 173.600/AP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 19/5/2023.

AgRg no HC n. 705.232/PR, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.

HC n. 497.699/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 26/8/2019

RHC n. 66.931/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 22/9/2016, DJe de 28/9/2016.