



Quinta Turma

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 2.419.790-MG (2023/0267097-0)

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Agravado: Fabio Igor Matias da Paixao

Advogados: Milton Rodrigues dos Santos Junior - MG168568

Joao Miguel Pereira dos Anjos - MG162532

EMENTA

Processo Penal. Agravo em recurso especial. Acordo de Não Persecução Penal. Destinação dos valores da prestação pecuniária. Competência do Juízo da Execução Penal. Art. 28-A, IV, do CPP. Constitucionalidade do dispositivo legal. ADI 6.305/DF. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. O art. 28-A, *caput* e IV, do CPP estabelece que, em casos nos quais o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos e não havendo arquivamento do caso, o Ministério Público pode propor acordo de não persecução penal. Tal acordo pode incluir o pagamento de prestação pecuniária, cujo destino será determinado pelo juízo da execução penal, preferencialmente a uma entidade pública ou de interesse social que proteja bens jurídicos semelhantes aos lesados pelo delito.

2. A literalidade da norma de regência indica que, embora caiba ao Ministério Público a propositura do ANPP, a partir da ponderação da discricionariedade do *Parquet* como titular da ação penal, compete ao Juízo da Execução a escolha da instituição beneficiária dos valores, de modo que o acórdão combatido não viola o disposto no art. 28-A, IV, do CPP, mas com ele se conforma.

3. O Supremo Tribunal Federal recentemente abordou o assunto na ADI 6.305/DF, cujo registro de decisão foi divulgado em 31/8/2023. Na decisão unânime, a Corte Suprema declarou a constitucionalidade do art. 28-A, seus subitens III, IV, e os parágrafos 5º, 7º e 8º, todos do CPP, os quais foram adicionados pela Lei 13.964/2019. Agora,

não há mais dúvidas quanto à necessidade de cumprimento dessas disposições legais.

4. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Messod Azulay Neto, Daniela Teixeira e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

DJe 15.2.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, em oposição a acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*, assim ementado (e-STJ, fls. 124-132):

Recurso em sentido estrito. Dano qualificado. Acordo de Não Persecução Penal. Destinação dos valores da prestação pecuniária. Competência do Juízo da Execução. Previsão legal expressa. Negado provimento ao recurso. 1 – Nos termos do artigo 28-A, IV, do Código de Processo Penal, compete ao juízo da execução indicar a entidade pública ou de interesse social a ser beneficiada com a destinação da prestação pecuniária estabelecida em “Acordo de Não Persecução Penal”. 2 – Negado provimento ao recurso.

Os embargos de declaração foram rejeitados (e-STJ, fls. 150-155).

Em suas razões recursais, a parte recorrente aponta violação do art. 28-A, IV, do Código de Processo Penal.

Argumenta que as instâncias ordinárias, ao indeferirem a homologação do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP, violaram dispositivo de lei federal e,

ainda, o princípio acusatório, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário definir a destinação da prestação pecuniária ajustada pelo *Parquet*, por meio do ANPP, já que se trata de justiça penal negocial, “não podendo o magistrado se imiscuir na dimensão negocial do ajuste realizado livremente entre as partes.” (e-STJ, fl. 168)

Destaca que, no caso, “a escolha feita pelo Ministério Público quanto à destinação dos valores da prestação pecuniária está ancorada expressamente no art. 3º, Inc. II, da Lei n. 11.402/94, cuja constitucionalidade nunca foi questionada ou declarada.” (e-STJ, fl. 169)

Requer, por fim, o provimento do recurso, a fim de que seja homologado o ANPP.

Sem contrarrazões (e-STJ, fl. 177), o recurso especial foi inadmitido na origem (e-STJ, fls. 178-180), ao que se seguiu a interposição de agravo.

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF manifestou-se pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 246-252).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): O agravo impugna adequadamente os fundamentos da decisão agravada, devendo ser conhecido. Passo, portanto, ao exame do recurso especial propriamente dito.

O Tribunal de origem, ao confirmar a decisão que deixara de homologar o ANPP, registrou o seguinte:

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, que dispõe acerca do “Acordo de Não Persecução Penal”, foi inserido em nossa legislação após a edição da Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”. A legislação elencou uma série de condições para a procedimentabilidade do “Acordo de Não Persecução Penal”.

O legislador determinou que o Ministério Público é o órgão responsável por estipular as condições do Acordo, ficando a cargo do Magistrado a análise da sua voluntariedade e de sua legalidade (artigo 28-A, § 4º, do Código de Processo Penal).

[...]

Dentre as suas disposições, a Lei previu expressamente que compete ao Juízo da Execução a fiscalização do cumprimento das condições impostas no “Acordo

de Não Persecução Penal”, devendo, ainda, definir qual a entidade beneficiária da prestação pecuniária a ser paga pelo compromissário, nos estritos termos do disposto no artigo 28-A, IV, do Código de Processo Penal, “ipsis litteris”

[...]

Diante disso, como bem ressaltado pela Magistrada Singular, a destinação do valor da prestação ajustada em “Acordo de Não Persecução Penal” está expressamente prevista no comando legal, que o delega ao juízo da execução penal.

Depreende-se, portanto, que a determinação para que o Juízo da Execução Penal defina a destinação dos valores obtidos em “Acordo de Não Persecução Penal” é legal, encontrando-se o dispositivo legal em plena vigência. Trata-se, ademais, de disposição constitucional, na medida em que, conforme salientou a d. Singular “assim estão garantidas a transparência e a fiscalização do uso dos recursos, já que são distribuídos após seleção de propostas da qual participa também o Ministério Público, nos moldes estabelecidos pelo CNJ” (Resolução 154, de 13/07/2012, do Conselho Nacional de Justiça).

[...]

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou de forma semelhante em inúmeros julgados, dentre os quais cita-se: REsp 1.988.777/SC, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 04/10/2022; REsp 2.021.490/SC, de relatoria do Ministro Olindo Menezes, DJe 28/09/2022; e REsp 1.976.681/SC, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 05/08/2022.

Por fim, destaco que não se desconhece que a constitucionalidade do referido comando legal se encontra em discussão na ADI 6.305/DF, na qual a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público impugna justamente o art. 28-A, IV, do Código de Processo Penal. Não obstante, o i. Ministro Luiz Fux indeferiu o pedido cautelar de suspensão do citado artigo, destacando que “... a autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência) permanece plena, vez que ao magistrado cabe, no máximo, não homologar o acordo” (ADI 6.305/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, decisão monocrática divulgada no DJe de 31/01/2020).

Dessa forma, havendo previsão expressa acerca da competência para a indicação do destino da prestação pecuniária prevista em “Acordo de Não Persecução Penal”, não há que se falar em reforma da r. decisão singular.

Nos termos do art. 28-A, IV, do CPP, dispositivo apontado pelo agravante nas razões de seu recurso especial:

não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas

cumulativa e alternativamente: [...] pagar *prestação pecuniária*, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, *a ser indicada pelo juízo da execução*, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. (grifou-se)

Assim, a meu ver, a literalidade da norma de regência indica que, embora caiba ao Ministério Público a propositura do ANPP, a partir da ponderação da discricionariedade do *Parquet* como titular da ação penal, compete ao Juízo da Execução a escolha da instituição beneficiária dos valores.

Dessa forma, entendo que o acórdão não viola o disposto no art. 28-A, IV, do CPP, mas com ele se conforma.

Ademais, conforme bem asseverou o MPF, em seu parecer, “o tema foi recentemente tratado pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito da ADI n. 6.305/DF, (cuja ata de julgamento foi publicada no dia 31/8/2023), por meio do qual a Corte Suprema entendeu “Por unanimidade, declarar a constitucionalidade dos arts. 28-A, *caput*, incisos III, IV e §§ 5º, 7º e 8º do CPP, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019”, não pairando mais dúvidas a sobre a observância do referido dispositivo legal.” (e-STJ, fl. 252)

Ante o exposto, *conheço* do agravo para *negar provimento* ao recurso especial. É o voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.
2.389.611-MG (2023/0207398-8)**

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Agravado: D DE L R
Advogado: Gianiny de Oliveira Machado - MG157170

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Estupro de vulnerável. *Erro de proibição invencível*. Recorrido

absolvido pelo Tribunal local (TJMG). Pedido de condenação. Revolvimento do conjunto fático-probatório. Óbice da Súmula 7/STJ. 2. Defesa intransigente dos direitos da criança e dos adolescentes. Reafirmação da principiologia da jurisprudência. Recurso especial repetitivo e Súmula 593/STJ. Situação excepcionalíssima. Prioridade absoluta da criança na primeira infância. 3. Erro de proibição constatado pela Corte local. STJ tratado como terceira instância recursal. Recurso especial utilizado como nova apelação. Impossibilidade. 4. Ponderação entre Verbetes 7/STJ e 593/STJ. Enunciados que refletem normas de hierarquias distintas. Prevalência da norma constitucional. Teoria de Kelsen. 5. Art. 227 da CF. Prioridade absoluta. Criança, adolescente e jovem. Todos presentes nos autos. Proteção integral da criança na primeira infância. 6. Nuances do caso concreto. Jovem trabalhador rural de 20 anos. Adolescente de 12 anos. 2013. União estável e filha. Constituição de núcleo familiar. Distinção necessária. 7. Aplicação literal da lei. Colisão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Derrotabilidade da norma. *Hard cases*. Precedentes do STF e do STJ. 8. Vitimização secundária. Desestruturação do vínculo familiar. Ofensa maior. 9. Princípios constitucionais. Necessidade de ponderação. Manutenção da absolvição que se impõe. 10. Agravo regimental não provido.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, firmou entendimento no sentido de que, “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”. Tal orientação, inclusive, foi sedimentada por meio da edição do verbeta n. 593/STJ.

- Na presente hipótese, o Tribunal local, com base no acervo fático-probatório constante dos autos, consistente no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no interrogatório do acusado, concluiu que “não se verificou, *in casu*, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta”. Consta, ainda, do acórdão recorrido que “*a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida*

a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível”.

- Nesse contexto, a desconstituição das conclusões da Corte de origem, fundadas em *exame exauriente do conjunto de fatos e provas* constante dos autos, para restabelecer a condenação do réu, mediante *afastamento do erro de proibição invencível*, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial, conforme o enunciado n. 7/STJ. Precedentes.

2. Reafirmação pela Relatoria da defesa intransigente dos direitos da criança e da adolescente, no sentido de que a menor de 14 anos deve, na verdade, estudar, brincar e participar de atividades próprias para sua idade. Não deve namorar, pois está ainda em formação biológica e emocionalmente. De igual sorte, deve-se ratificar incansavelmente a principiologia trazida na jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior sobre a matéria e sedimentada por meio do enunciado n. 593/STJ.

- No entanto, não se deve deixar de levar em consideração que *a vida é maior que o direito*. Logo, a indesejável antecipação da adolescência ou mesmo da fase adulta não pode acarretar um prejuízo maior para aqueles que estão envolvidos, em especial para a *criança que adveio do relacionamento do casal (que durou mais ou menos 1 ano - e-STJ fl. 199) e é a prioridade absoluta do sistema brasileiro, por meio do estatuto da primeira infância*.

- Descendo aos fatos, registro que, embora o casal não esteja mais junto, consta que o pai continua dando assistência à criança. Ademais, o Tribunal de origem destacou se tratar de um *trabalhador rural, com 20 anos de idade* à época dos fatos, que incidiu em *erro de proibição invencível*. Nesse contexto, está-se diante de *situação excepcionalíssima*, na qual se deve priorizar a nova vida, em atenção ao estatuto da primeira infância, que, como já afirmado, tem prioridade absoluta.

3. Relevante registrar, *dando às coisas o exato nome que elas têm*, que a hipótese dos autos não trata de *atipicidade* da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima ou pelo fato de o réu “ser matuto”, nem de excludente de *ilicitude* por paixão. De igual sorte, não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente de

culpabilidade, por erro de proibição invencível. Não é possível retirar das instâncias ordinárias, no ponto, a soberania a respeito do exame do conjunto fático e probatório dos autos, uma vez que o STJ não pode ser considerado uma terceira instância recursal bem como o recurso especial não pode ser tratado como nova apelação.

4. Não se mostra adequada, de outra parte, a suscitada ponderação entre os verbetes 7/STJ e 593/STJ, principalmente porque os enunciados sumulares não são princípios mas sim o resumo de entendimentos consolidados. Ainda que assim não fosse, o enunciado n. 7/STJ reflete a norma constante do art. 105, III, da CF, que trata da missão constitucional do STJ. Já o verbe n. 593/STJ diz respeito ao art. 217-A do CP. São enunciados que tratam, portanto, de normas de hierarquias distintas, cujo eventual conflito deve se resolver em benefício da norma de maior hierarquia, em atenção à teoria de Hans Kelsen.

5. Ainda que se considere que o enunciado n. 593/STJ reflete, em verdade, o art. 227 da CF, não se pode descuidar que o *caput* do mencionado dispositivo, com redação dada pela EC 65/2010, dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à *criança, ao adolescente e ao jovem*, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

- Mais uma vez, dando às coisas o nome que elas têm, registro que o legislador infraconstitucional estabeleceu que se considera “criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (art. 2º da Lei n. 8.069/1990). Ademais, “são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade” (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852/2013). Tem-se, portanto, norma constitucional que protege igualmente a criança nascida da relação tida entre a adolescente de 12 anos e o jovem de 20 anos, à época dos fatos.

- Dessa forma, necessário, de fato, realizar uma ponderação de princípios, mas não no formato em que sugerido. Com efeito, o

legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.257/2016, estabeleceu a necessidade de se atentar para a especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida, denominada *primeira infância*, no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. *Assim, a prioridade absoluta, na hipótese, deve ser a proteção integral da criança que nasceu desta relação.*

6. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de culpabilidade, em virtude do reconhecimento do erro de proibição. Ademais, deve se levar igualmente em consideração a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que se trata do relacionamento de dois jovens, que havia sido, em um primeiro momento, aceito pela família da adolescente, sobrevivendo uma filha e a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.

- Não se está a infirmar a orientação sedimentada no enunciado sumular n. 593/STJ. Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, *sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.*

- Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos nem sempre albergam as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrasto que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção.

7. A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 11 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em *rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana*. Dessa forma,

estando a *aplicação literal da lei na contramão da justiça*, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

- O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto. Nesse sentido: HC 124.306, Relator(a) p/ Acórdão: *Roberto Barroso*, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 16/3/2017 *public* 17/3/2017 e e ADI 3.689, Relator(a): *Eros Grau*, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2007, DJe-047 *divulg* 28-06-2007 *public* 29-06-2007). *STJ*: REsp n. 1.953.607/SC, Relator Ministro *Ribeiro Dantas*, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022 (Tema Repetitivo 1.120) e CC n. 199.079/RN, Relatora para acórdão Ministra *Nancy Andrigli*, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023.

- Doutrina sobre a Teoria da derrotabilidade do enunciado normativo no Direito Penal.

8. Não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar “seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana”. A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrido acabaria por deixar a adolescente e a filha de ambos desamparadas não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. “Está em julgamento a vida de três pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime”. (AREsp 1.555.030/GO e REsp 1.524.494/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021). No mesmo sentido: AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, e REsp n. 1.977.165/MS, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023.

9. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez

diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III).

- Proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, no novo vínculo familiar (que existiu e que ainda permanece - pai e filha; mãe e filha - onze anos depois - 2013/2024), de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre a vítima e o recorrido, haja vista o nascimento da filha do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: *a absoluta proteção da criança em sua primeira infância (no caso um bebê, hoje uma criança quase adolescente)*. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a manutenção da opção absolutória quer na perspectiva da ausência de culpabilidade quer na de atipicidade material.

- “(...) essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94.163, Relator Min. *Carlos Britto*, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009”. (AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

10. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por maioria, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Messod Azulay Neto e Daniela Teixeira.

Brasília (DF), 12 de março de 2024 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 10.4.2024

VOTO

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra decisão monocrática da relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, em razão da incidência do enunciado de súmula n. 7 dessa Corte.

Em síntese, trata-se de denúncia oferecida contra D. L. DE R, que narra que ele, aos 20 (vinte) anos, passou a se relacionar com a vítima que, à época dos fatos, tinha apenas 12 (doze) anos. O acusado passou a buscar a adolescente na porta da escola, fazendo-a abandonar as aulas. Posteriormente, em decorrência de relação sexual, a vítima descobriu estar grávida.

Após regular instrução do processo, foi proferida sentença condenatória (e-STJ, fls. 120-128), em que foi condenado pela prática do delito descrito no artigo 217-A do Código Penal, à pena de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial fechado.

A defesa, então, apresentou recurso de apelação, o qual foi, em julgamento pelo TJMG, provido para absolver o acusado em decisão assim ementada (e-STJ, fl. 191):

Apelação criminal. Estupro de vulnerável. Preliminar de nulidade. Deficiência de defesa técnica. Não ocorrência. Erro de proibição invencível. Reconhecimento. Absolvição. Necessidade. “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (Súmula n. 523 do STF). Cabalmente comprovadas autoria e materialidade do delito de estupro de vulnerável, mas demonstrado que o acusado não tinha consciência sobre a ilicitude da conduta e sendo inevitável o erro, deve ele ser absolvido (art. 386, V 218). I, CPP).

Interposto Recurso Especial pelo MPMG (e-STJ, fls. 209-218), requerendo que a sentença condenatória fosse reestabelecida, foi inadmitido na origem com fundamento de que o *Parquet* buscava o reexame de provas, incidindo a vedação da Súmula n. 7/STJ.

Nas razões do agravo, a parte solicita o processamento do recurso especial, alegando que os requisitos necessários para sua admissão foram cumpridos (e-STJ, fls. 252-257).

O Ministério Público Federal manifestou-se favorável ao provimento do agravo para que fosse dado provimento ao recurso especial (e-STJ, fls. 273-280). A decisão agravada, todavia, conheceu o agravo, mas não conheceu o recurso especial, sob o argumento da incidência do enunciado de súmula n. 07/STJ (e-STJ, fls. 283-289).

Nas razões do agravo (e-STJ, fls. 295/300) o agravante argumenta que o enunciado supramencionado não seria aplicável uma vez que a matéria ventilada no recurso especial não demanda revolvimento do conjunto fático-probatório, tratando-se de mera reavaliação dos fatos incontroversos, expressamente delineados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Em sessão de julgamento virtual, o Ministro Relator encaminhou voto pelo não provimento do agravo regimental.

É o relatório do necessário.

Passo, então, a justificar a divergência à conclusão do eminente relator, com as mais devidas vênias.

Inicialmente, ressalto que não desconheço que o recurso especial por sua natureza excepcional tem cognição restrita à apreciação de interpretação de lei federal, não podendo o julgador adentrar no exame de fatos e provas dos autos. Entretanto, em casos excepcionais, como as em que há incorreta valoração das provas e, ainda, quando as premissas fáticas estiverem bem delineadas nos autos, é totalmente possível analisar a questão debatida no recurso, independentemente de revolvimento das provas.

É o caso dos autos.

A valoração da prova realizada pelo Tribunal local deve ser revista posto que equivocada ao acatar a tese de erro de proibição, fundamentada na ideia de que o recorrido não teria condições de saber da vulnerabilidade da vítima.

Em breve incursão nas provas trazidas, se verifica que a vítima tinha 12 (doze) anos à época em que o recorrido, com então 20 (vinte) anos, passou a

tirá-la das aulas em sua escola e levá-la para, com ele, se relacionar e, a partir de determinado momento, manter relação sexual, que resultou em uma gravidez que colocou sua vida em perigo e seus planos de vida em dúvida.

É pouco crível que o acusado não tivesse conhecimento da ilicitude sua conduta, especialmente no mundo atual, sendo o local do crime a área urbana da cidade de Araguari/MG, que possuía mais de 109 mil habitantes no ano do crime (2013).

O réu conhecia familiares da menor e, inequivocamente, tinha conhecimento da idade da vítima, não apenas porque a buscava na escola, mas porque era amigo de um primo daquela na casa da qual residia. Mais do que isso, na única oportunidade em que foi ouvido – posto que comprovado nos autos que se furtou à aplicação da lei penal durante todo o processo, inclusive sendo citado por hora certa – confessou que sabia da idade da vítima (e-STJ, fl. 27).

Inicialmente, no que se refere à alegada ocorrência de erro de proibição invencível, entendo que o TJMG não tinha elementos no conjunto probatório suficientes a demonstrar a necessária invencibilidade do erro para excluir a alegada potencial consciência da ilicitude. Isso porque o erro de proibição deve levar em consideração as relações do indivíduo com o meio, sua experiência pretérita, características pessoais, local onde vive, um hipotético e total isolamento das informações e notícias etc. Assim ensina Rogério Sanches:

Para aferir se o erro foi inescusável ou inescusável são consideradas as características pessoais do agente, tais como idade, grau de instrução, local em que vive e os elementos culturais que permeiam o meio no qual sua personalidade foi formada, e não o critério inerente ao homem médio. (CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: arts. 1º ao 120. 8. Salvador. Editora Juspodivm, 2020)

Segundo Guilherme Nucci:

Para que o erro se concretize (vencível ou invencível), é fundamental haver a ausência da potencial consciência da ilicitude, que significa não ter tido o agente a real e atual consciência de que sua conduta era ilícita e não tinha a menor condição de saber. Por isso, faltou-lhe a noção do ilícito real e potencial. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 23. Edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2023)

Não se pode, racionalmente, aceitar que um homem de 20 anos de idade não tivesse a consciência da ilicitude de manter relação sexual com uma menina

de 12 (doze) anos. Não se trata, o agressor, do “*matuto*” exemplificado nas doutrinas de direito penal, ou do ermitão que vive totalmente isolado da sociedade, sem qualquer acesso aos meios de comunicação ou à sociedade.

Ademais, aceitar a incidência de tal excludente de tipicidade sem comprovação inequívoca de seus requisitos, em especial em crimes de natureza sexual contra crianças e adolescentes, pode resultar na definição da responsabilidade penal do ato a partir de uma avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima, o que é inadmissível dentro da doutrina constitucional da proteção integral (artigo 227 da Constituição Federal).

Nesse sentido, já se manifestou esta Corte, ao afirmar que

Nesse contexto fático, incontroverso, admitir o erro de tipo implicaria assumir, na espécie e em casos similares, a legitimidade de um escrutínio nada disfarçado das vítimas do sexo feminino de crimes sexuais e reconhecer que existe um paradigma de mulher apta ao sexo, de acordo com seu aspecto físico, de seu fenótipo, e, conseqüentemente, definidor de sua idade. Importaria, outrossim, a objetificação do corpo feminino e o reconhecimento, essencialmente, da impossibilidade da contenção da libido masculina.

Faço lembrar, a propósito, que o erro quanto ao elemento objetivo do tipo deve ser inescusável e que, aceitar, com largueza, a incidência dessa excludente de tipicidade nos delitos de natureza sexual pode, com muita facilidade e conveniência, definir a responsabilidade penal do ato a partir da avaliação subjetiva do agente sobre o corpo da vítima (...)

À exceção da exibição de documento de identidade falso, ou ante circunstâncias excepcionais que realmente permitam dar efetiva credibilidade ao erro de tipo, não é razoável alegar, por mera e simplória argumentação de que a vítima teria compleição física não compatível com sua verdadeira idade, o erro sobre a idade da pessoa abusada, e dessa forma dar curso a uma discricionariedade não compatível com o critério já definido como objetivo (etário) pelas Cortes Superiores (...) (AREsp n. 2.240.102/PI, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 28/02/2023, DJe de 06/02/2023).

O contexto trazido nos autos demonstra, inequivocamente, a ocorrência de ato típico, antijurídico e culpável, não existindo qualquer elemento que demonstre a ocorrência de erro de proibição invencível. Como bem colocado na sentença condenatória (e-STJ, fls. 125-126):

Pela análise do conjunto probatório, denota-se que o acusado possuía capacidade suficiente para conhecer a ilicitude da conduta perpetrada, sobretudo pelo fato de, conforme relato da vítima, a ter convencido a se relacionar “às

escondidas”, sabendo que a genitora desta não aprovaria o relacionamento em razão da idade dos envolvidos, demonstrando ter conhecimento acerca do caráter ilícito do fato. Não se pode deixar de considerar ainda que na hipótese, o acusado tinha por volta de 20 anos de idade quando dos fatos, sendo que a vítima contava com 12 anos de idade. Ora, essa diferença de idade já afasta a tese defensiva. E de conhecimento geral e público que manter relações sexuais com atos libidinosos com uma criança nessa idade constitui ato contrário ao Direito. O acusado não se mostra um eremita ou uma pessoa criada de forma completamente isolada e reclusa, a ponto de se fazer crer que desconhecia a reprovabilidade de sua conduta.

Por outro lado, a tipicidade do crime descrito no artigo 217-A do CP não é afetada pelo hipotético consentimento da ofendida em sujeitar-se à lascívia de alguém, tampouco pela existência de relacionamento amoroso entre ambos (AgRg no HC n. 800.685/SE, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 21/8/2023, DJe de 24/8/2023.).

Na verdade, o fato de terem um relacionamento “amoroso” apenas reforça a situação de violência imposta à adolescente, que deve ser protegida pelo Estado até mesmo de suas vontades. Ninguém acharia “lícito” dar a ela bebida alcoólica ou substância entorpecente apenas porque “manifestou vontade”.

Veja-se, a vítima é uma menina de 12 (doze) anos de idade que foi submetida à prática de conjunção carnal pelo agressor e diversas outras violências físicas, morais e psicológicas que ensejaram o recebimento de medidas protetivas de urgência (e-STJ, fls. 40-42). É princípio do sistema jurídico pátrio que pessoas em desenvolvimento, em tal faixa etária, não possuem discernimento no terreno da sexualidade, significando que o conceito penal de vulnerabilidade tem natureza absoluta e não comporta relativização. É nesse sentido o enunciado de Súmula 593 desse STJ:

O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

Por força do julgamento do REsp Repetitivo n. 1.480.881/PI, Rel. Ministro Rogerio Schiatti, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou jurisprudência, então já dominante, pela presunção absoluta da violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos:

Recurso especial. Processamento sob o rito do art. 543-C do CPC. Recurso representativo da controvérsia. Estupro de vulnerável. Vítima menor de 14 anos.

Fato posterior à vigência da Lei 12.015/09. Consentimento da vítima. Irrelevância. Adequação social. Rejeição. Proteção legal e constitucional da criança e do adolescente. Recurso especial provido.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei n. 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuísse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade". Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – "beijos e abraços" – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e

adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543- C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (DJe 10/9/2015).

O voto do Min. Schietti, à época, acompanhado à unanimidade, realizou aprofundado estudo sobre o tema e concluiu que praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre adulto e adolescente ou criança e tipificam, como crime, a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.

Ainda que assim não fosse, a autoria e a materialidade do delito foram comprovadas no conjunto probatório dos autos, notadamente pelos relatos contundentes da vítima e de sua genitora. Trago, a título exemplificativo, o relato da mãe da vítima (e-STJ, fl. 12):

Que a declarante informa que é mãe da vítima C. P. S. a qual é menor de idade com 13 anos de idade e atualmente está grávida; Que a declarante comparece a esta delegacia para relatar que há aproximadamente um ano atrás sua filha Camila, contra a vontade da declarante iniciou um relacionamento com o autor D. L. DE R.; Que a declarante informa que desde o início do referido relacionamento D. é muito agressivo e sempre ameaçou a vítima e a declarante também; Que

a declarante relata que o autor manteve relações sexuais com C. e que como consequência de tais atos, C. engravidou e que está em período de gestação há seis meses; Que D. por sua vez a princípio se negava a assumir a paternidade, porém após alguns dias o mesmo assumiu ser o pai da criança que virá a nascer; Que a declarante relata que o autor frequentemente vem ameaçando a vítima para que a. mesma passe a morar junto com o Autor; Que a declarante informa que há aproximadamente 3 meses atrás D. foi até a casa da tia da vítima “e saiu puxando a C. pelo chão” conforme se expressa. Que a declarante informa que as ameaças são frequentes e que desejar tomar as medidas cabíveis o mais rápido possível, tendo em vista que nunca foi de acordo com a relação da filha com o autor. tendo em vista que mesmo C. sendo menor e tendo 12 anos de idade no início do relacionamento o autor manteve relações sexuais com a mesma. Que ao ser perguntada se a declarante deseja representar criminalmente contra D., a declinante manifesta desejo de representar criminalmente contra o mesmo.

A mesma narrativa, de diversos atos de violência, também foi reproduzida pela vítima, bem como o fato de que o agressor era amigo de um primo daquela, o que demonstra, como demonstrado, que ele tinha conhecimento de sua idade (e-STJ, fls. 18/19). O Estudo Social realizado no Tribunal de origem (e-STJ, fls. 61-62) confirmou os maus-tratos sofridos pela adolescente.

Convocado a prestar esclarecimentos, o recorrido confirmou os fatos, confessando a prática delitiva e que tinha pleno conhecimento da idade da vítima e mesmo ciente da conduta após as declarações na delegacia, “o réu confessou a prática de relações sexuais na fase extrajudicial, não havendo qualquer controvérsia acerca dos fatos” (fls. 27 e. 124)

E, nesse ponto, necessário lembrar que é entendimento dessa Corte que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais que são, com frequência, praticados na clandestinidade e às escondidas. Veja-se:

Agravo regimental no habeas corpus. Condenação definitiva por estupro de vulnerável. Depoimento da vítima. Valor probatório. Absolvição. Impossibilidade na via excepcional do writ. Agravo regimental não provido.

1. Se as instâncias ordinárias, mediante indicação de provas reproduzidas sob o crivo do contraditório, reconheceram o estupro de vulnerável, inviável a desconstituição do trânsito em julgado e o reexame do caderno fático e probatório para, em habeas corpus, absolver o agravante.

2. *O acórdão estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte, de que a palavra coerente da vítima tem especial valor nos crimes sexuais praticados às escondidas. As relações sexuais forçadas foram narradas ao Juiz e corroboradas por laudo pericial que atesta a conjunção com ruptura de hímen, ainda que em data*

impossível de ser delimitada pelos peritos. O Tribunal de Justiça explicou se tratar de vítima com condições de entender os fatos (13 anos), o que transmite a segurança para uma condenação.

3. Agravo regimental não provido

(AgRg no HC n. 852.027/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 11/12/2023.) - Grifo Acrescido.

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no habeas corpus. Estupro de vulnerável. Absolvição. Indevido revolvimento fático probatório. Palavra da vítima. Consunção. Inocorrência. Causa de aumento do art. 226, II, do CP. Incidência devida. Agravo regimental desprovido.

1. Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, em especial as declarações das duas vítimas, entenderam, de forma fundamentada, haver prova da materialidade de autoria dos crimes de estupro de vulnerável e constrangimento de menor, inviável nesta célere via do habeas corpus, que exige prova pré-constituída, pretender conclusão diversa.

2. *A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado.*

3. Não há falar em aplicação da consunção em crimes cometidos em circunstâncias distintas, contra duas vítimas diferentes, sob designios autônomos. Assevere-se que a última conduta imputada ao paciente foi praticada contra a vítima L. M. L. após completar 14 anos de idade, de maneira que o tipo penal que sanciona essa conduta e o crime de estupro de vulnerável protegem objetividades jurídicas distintas, o que, por si só, afasta o princípio da consunção.

4. Ao contrário do que argumenta a defesa, as condutas criminosas praticadas pelo paciente contra as menores ocorreram, inicialmente, no período de 2004 a 2008, tendo cessado, por conseguinte, em data posterior à entrada em vigor da Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005, que agravou a fração de aumento da causa de aumento de pena prevista no artigo 226, II, do Código Penal.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 835.427/DF, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023.) - Grifo Acrescido

Assim, seja pela presença de todos os requisitos afetos à tipicidade, seja pela inexistência de elementos que excluam qualquer dos requisitos do tipo, inadmissíveis o afastamento do decreto condenatório e a conclusão adotada pelo Tribunal de origem. Por todos os aspectos a conduta do agressor viola as normas penais e constitucionais.

O que se pune aqui é o adulto que infringe a norma.

O que se protege é a infância sadia, protegida e livre de violências que marcarão uma adolescente por toda a sua existência. Veja-se que os autos trazem a triste narrativa de violências domésticas sendo sofridas por uma adolescente de tenra idade ameaçada que, em determinada oportunidade, após ter sofrido a violência sexual, foi tão violentamente agredida – já grávida – que precisou ser levada ao hospital, pela mãe, para atendimento.

É essencial que passemos a usar a terminologia correta para os atos cometidos pelo recorrido. O que ocorreu nos presentes autos foi estupro de vulnerável. Não se pode diminuir ou minimizar a gravidade do crime que a vítima sofreu e não se pode relativizar a responsabilidade do agente quanto à sua conduta, com uma valoração equivocada do conjunto probatório dos autos.

Desta forma, na ponderação de princípios de Alexy, quando retiramos de ambos os princípios o que mais se adequa ao sistema judicial como um todo, supero a súmula 7, de natureza processual, mas não supero a súmula 593, de alçada constitucional, que materializa o artigo 227 da CF, que determina que a criança deve ser prioridade absoluta e deve ser protegida por todos os agentes públicos e pela sociedade.

Pelo exposto, apresento ao colegiado estas breves razões para divergir do Relator, com a devida *venia*, para conhecer e prover o Agravo Regimental para conhecer e dar provimento ao Recurso Especial para reestabelecer a sentença proferida em primeira instância, que condenou o réu nas penas do artigo 217-A do Código Penal.

É como voto.

Ministra Daniela Teixeira

Vogal

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de agravo regimental interposto pelo *Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, contra decisão monocrática, da minha lavra, que conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial, em virtude do óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior.

Nas razões do regimental, o agravante alega, em síntese, a inaplicabilidade do referido óbice sumular à hipótese dos autos, sob o argumento de que a

apreciação da matéria ventilada no recurso especial prescinde de revolvimento do conjunto fático-probatório, demandando mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos, expressamente delineados no acórdão proferido pelo Tribunal local.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou, não sendo esse o entendimento do Relator, a submissão do recurso à apreciação do órgão colegiado.

O presente agravo regimental foi incluído na pauta de julgamento da sessão virtual do dia 27/2/2024 a 4/3/2024, sendo, no entanto, encaminhado para julgamento presencial, em virtude de destaque da eminente Ministra Daniela Teixeira.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, conforme explicitado na decisão monocrática, o Ministério Público busca, em síntese, o restabelecimento da condenação do ora agravado pela prática do delito de estupro de vulnerável, mediante *afastamento do erro de proibição invencível* reconhecido pelo Tribunal de origem.

De início, reitero que a Terceira Seção desta Corte Superior, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 26/8/2015, firmou entendimento no sentido de que, “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime”. Tal orientação, inclusive, foi sedimentada por meio da edição do enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Na espécie, entretanto, não houve inobservância do referido entendimento. De fato, o Tribunal de origem, na apreciação do apelo defensivo, absolveu o ora recorrido da imputação atinente ao cometimento do delito de estupro de vulnerável, por considerar que o o acusado incorreu em *erro de proibição invencível, circunstância que exclui a culpabilidade e, por consequência, o próprio crime*.

A propósito, transcrevo excertos do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (e-STJ fls. 198/199):

A prova dos autos é uníssona no sentido de que o acusado e vítima mantiveram um relacionamento amoroso, sendo que até chegaram a morar juntos.

Aponta-se, inicialmente, que qualquer violação à criança e adolescente merece repúdio e imediata intervenção estatal. O tratamento protetivo trazido pela Constituição é digno de elogios, pois é dever de toda a sociedade, nesta incluindo as instituições, zelar pela formação dos indivíduos.

Contudo, dificilmente, em matéria penal, é possível falar em valoração a priori, porque *a análise do caso concreto é crucial para individualização da conduta, sua adequação típica e, se e quando for o caso, de eventual pena aplicada.*

É evidente que não é desejável que uma adolescente inicie um relacionamento sexual como se adulta fosse, notadamente ante os potenciais efeitos desse encurtamento das etapas do desenvolvimento pessoal, posteriormente, em sua vida adulta.

Todavia, há várias circunstâncias que devem ser levadas em consideração. No caso dos autos, a prova oral produzida é uníssona no sentido de que não havia qualquer dolo do agente em causar dano à vítima ao ter com ela relações sexuais. Claramente eles tinham um relacionamento amoroso, ainda que de forma conturbada e em um contexto com episódios de violência. Além disso, a própria ofendida afirma ter faltado aula para se encontrar com o acusado, bem como declarou que residiram juntos após o descobrimento da gravidez.

Como dito, a adolescente e o acusado mantiveram um namoro por mais ou menos um ano, ainda que com rompimentos, o qual, apesar de desaprovado pela genitora da vítima, era de seu conhecimento.

As elementares típicas do crime previsto no artigo 217-A do Código Penal se configuraram porque o apelante teve conjunção carnal com menor de 14 (catorze) anos. Ocorre que não se verificou, in casu, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta.

O acusado, na única oportunidade em que foi ouvido, afirmou ter conhecimento da idade da vítima, bem como demonstrou o contexto amoroso da relação de ambos. A própria mãe da vítima tinha conhecimento da relação afetiva, sendo possível concluir que *todos acreditavam estar diante de um relacionamento lícito*, ainda que não desejado pela genitora de C.P.S.

O consentimento da ofendida e ciência da família quanto ao relacionamento são elementos que confirmam, para o apelante, sua percepção de que não havia qualquer ilicitude em sua conduta porquanto a vítima figurava como sua namorada, além de afirmar o recorrente que desconhecia a ilicitude da conduta de se relacionar com menor de 14 anos.

Ademais, a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível.

Destarte, embora verificadas as elementares típicas do artigo 217-A do Código Penal, o recorrente deve ser absolvido, nos termos do artigo 386, VI, porquanto agiu com erro sobre a ilicitude do fato (erro de proibição). - grifei

Como visto, o Tribunal local, com base no acervo fático-probatório constante dos autos, consistente no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no interrogatório do acusado, concluiu que o recorrido efetivamente praticou as elementares típicas do crime do art. 217-A do Código Penal, mas que “não se verificou, *in casu*, o conhecimento sobre a ilicitude da conduta”. Consta, ainda, do acórdão recorrido que “a pouca escolaridade do acusado e sua boa-fé de que estaria em um relacionamento lícito, aferida a partir da prova produzida em juízo, permitem a conclusão de que o apelante agiu em erro de proibição invencível” (e-STJ fl. 199).

Nesse contexto, a desconstituição das conclusões da Corte de origem, fundadas em exame exauriente do conjunto de fatos e provas constante dos autos, no intuito de restabelecer a condenação do réu pela prática do delito do art. 217-A do Código Penal, mediante afastamento do erro de proibição invencível, como pretendido, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial, conforme óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior.

A propósito:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Erro de proibição. Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. Menor de 14 anos. Presunção absoluta de violência. Entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no agravo regimental desprovido

1. *A análise das questões relativas à ocorrência de erro de proibição demandaria reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso nesta instância extraordinária, em virtude do disposto na Súmula 7/STJ. Precedentes.*

2. De acordo com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, há presunção absoluta de violência nos casos de prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

3. O consentimento, experiência e comportamentos sexuais anteriores não exclui a tipicidade da conduta do réu.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 1.073.000/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 15/8/2017, DJe 25/8/2017).

Recurso especial. Penal. Crime contra a ordem tributária. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. Inadmissibilidade. Violação dos arts. 109, IV, 107, IV, ambos do CP. Prescrição. Retroatividade da Súmula Vinculante n. 24. Possibilidade. Precedente. Súmula 83/STJ. Violação do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90. Tese absolutória. Prescindibilidade de exigência do dolo específico. Jurisprudência do STJ. Inviabilidade de conhecimento na via eleita. Súmula 7/STJ. Violação do art. 59, do CP. Dosimetria. Pena-base. Compensação de circunstâncias judiciais favoráveis com desfavoráveis. Não cabimento. Vetor judicial negativado. Consequências do crime. Elevado prejuízo ao erário. R\$ 937.488,04. Fundamentação idônea. Jurisprudência STJ. Ausência de ilegalidade flagrante. Discricionariedade. Violação do art. 21, do CP. Erro sobre a ilicitude do fato. Necessidade do reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ.

(...)

14. *Quanto ao erro de proibição, o acolhimento da pretensão recursal, especificamente sobre autoria, dolo, inexigibilidade de conduta diversa, erro de proibição, continuidade delitiva e substituição da pena privativa de liberdade, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ, por demandar profundo revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, o que não se viabiliza em recurso especial. Precedentes (AgRg no REsp 1.405.034/RS, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 23/5/2018).*

15. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(REsp n. 1.993.272/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 21/8/2023.)

No mesmo diapasão: AgRg no REsp n. 1.844.880/DF, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 29/9/2020; AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.713.529/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 21/9/2020 e AgRg no AREsp n. 1.798.180/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 31/3/2023.

Dessa forma, reafirmo não ser possível, em agravo em recurso especial, *superar o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior, para verificar, com base no conjunto probatório dos autos, se o recorrido realmente tinha consciência da ilicitude de sua conduta ou, eventualmente, poderia alcançar essa consciência.*

Prossigo, no entanto, no exame do recurso, em virtude do voto divergente proferido pela eminente Ministra Daniela Teixeira, na sessão do dia 12/3/2024.

Conforme relatado, o presente agravo regimental havia sido incluído na pauta de julgamento da sessão virtual do dia 27/2/2024 a 4/3/2024 e foi

encaminhado para julgamento presencial, em virtude de destaque da eminente Ministra Daniela Teixeira, que, na sessão do dia 12/3/2024, proferiu voto no sentido da superação do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior, para dar provimento ao presente agravo.

Diante do referido entendimento, embora considere intransponível, na presente hipótese, o óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior, avanço sobre o mérito propriamente dito, em atenção aos judiciosos fundamentos trazidos pela digna Ministra.

De plano, reafirmo a defesa intransigente com os direitos da criança e da adolescente, no sentido de que criança menor de 14 anos não deve namorar mas sim brincar, ir para escola e praticar atividades compatíveis com sua idade. De igual sorte, reafirmo estar inteiramente de acordo com a principiologia trazida na jurisprudência firmada pela Terceira Seção desta Corte Superior sobre a matéria e sedimentada por meio do enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, não se deve deixar de levar em consideração que *a vida é maior que o direito*, a indesejada antecipação da adolescência ou mesmo da fase adulta não pode acarretar um prejuízo maior para aqueles que estão envolvidos, em especial para a criança que adveio do relacionamento (que durou mais ou menos um ano - e-STJ fl. 199) e é a prioridade absoluta do sistema brasileiro, por meio do estatuto da primeira infância.

Descendo aos fatos, registro que, embora o casal não esteja mais junto, consta que o pai continua dando assistência à criança. Ademais, o Tribunal de origem destacou se tratar de um trabalhador rural, com 20 anos de idade à época dos fatos, que incidiu em erro de proibição invencível. Nesse contexto, está-se diante de situação excepcionalíssima, na qual se deve priorizar a nova vida, em atenção ao estatuto da primeira infância, que, como já afirmado, tem prioridade absoluta.

A exceção registrada na presente hipótese apenas confirma a regra, possibilitando-se a realização da justiça no caso concreto, por meio da observância de princípios maiores contidos na Constituição Federal e na própria legislação infraconstitucional, como é o caso do estatuto da primeira infância.

Registro, a propósito, que, em relação ao meu Gabinete, no período 2015/2024, constam do sistema jurisprudencial da Corte 455 acórdãos e 4.020 decisões monocráticas, que tratam do tema estupro de vulnerável. A distinção feita, em relação à Súmula 593/STJ, decorrente da ponderação de valores

protetivos à proteção familiar (primeira infância, especialmente), gira em torno de 1% dos casos. Logo, posso afirmar que o enunciado do referido verbete vem sendo cumprido por este julgador, seja por concordância, seja por respeito ao princípio da colegialidade e ao sistema de precedentes.

Em atenção ao voto da eminente Ministra Daniela Teixeira, e, nas suas palavras, *dando às coisas o nome que elas têm*, registro, primeiramente, que o réu nos presentes autos não é coronel nem chefe do pai da vítima, mas sim um *jovem trabalhador rural, humilde e com pouca escolaridade*. Ademais, não se está diante de um grande centro urbano, mas sim de área rural do interior das Minas Gerais.

De igual sorte, relevante registrar, *mais uma vez dando às coisas o exato nome que elas têm*, que a hipótese dos autos não trata de *atipicidade* da conduta em virtude de eventual consentimento da vítima ou pelo fato de o réu “ser matuto”, nem de excludente de *ilicitude* por paixão. Também não se está diante de erro de tipo, mas sim de excludente de *culpabilidade, por erro de proibição invencível*.

Ademais, embora o douto voto divergente considere não ser crível que o agravado não tivesse conhecimento da ilicitude de sua conduta, não é possível retirar das instâncias ordinárias a soberania a respeito do exame do conjunto fático e probatório dos autos, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado uma terceira instância recursal bem como o recurso especial não pode ser tratado como nova apelação.

Destaco, outrossim, que *eventual* ausência de elementos probatórios relativos à causa excludente da culpabilidade não revela necessariamente que esta não esteja presente, razão pela qual se mostra temerário que o Superior Tribunal de Justiça desça a minúcias fáticas e probatórias. De fato, em um país de dimensões continentais, não me parece que a avaliação fática desta Corte deva se sobrepor à das instâncias ordinárias.

Anoto, ainda, que não se mostra adequada a suscitada ponderação de princípios entre os verbetes n. 7 e 593 da Súmula desta Corte Superior, proposta pelo voto divergente, principalmente porque *os enunciados sumulares não são princípios mas sim o resumo de entendimentos consolidados*. Ainda que assim não fosse, o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça reflete a norma constante do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, que trata da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça. Já o verbete n. 593 diz respeito ao art. 217-A do Código Penal. São enunciados que tratam, portanto, de normas de hierarquias distintas, cujo eventual conflito deve se resolver em benefício da norma de maior hierarquia, em atenção à teoria de Hans Kelsen.

No mais, ainda que se considere que o enunciado n. 593 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça reflete, em verdade, o art. 227 da Constituição Federal, não se pode descurar que o *caput* do mencionado dispositivo, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 65/2010, dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Mais uma vez, *dando às coisas o nome que elas têm*, registro que o legislador infraconstitucional estabeleceu que se considera “criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (art. 2º da Lei n. 8.069/1990). Ademais, “são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade” (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.852/2013). Tem-se, portanto, norma constitucional que protege igualmente a criança nascida da relação tida entre a adolescente de 12 anos e o jovem de 20 anos, à época dos fatos.

Dessa forma, concordo inteiramente com o voto divergente a respeito da necessidade de realizar uma ponderação de princípios, mas não no formato em que sugerido. Com efeito, o legislador ordinário, por meio da Lei n. 13.257/2016, estabeleceu a necessidade de se atentar para a especificidade e a relevância dos primeiros anos de vida, denominada primeira infância, no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. *Assim, a prioridade absoluta, na hipótese, deve ser a proteção integral da criança que nasceu desta relação.*

A propósito, preciosas são as conclusões do Prof. Pedro Affonso Duarte Hartung, em sua tese de doutoramento na USP: *Levando os Direitos das Crianças a Sério: a absoluta prioridade dos direitos fundamentais e melhor interesse da criança* - São Paulo, 2019, p. 486:

.....

(iii) O Artigo 227 assegura à criança o direito fundamental à solidariedade, o qual pode ser visto como uma função autônoma de direito fundamental, que se expressa, especificamente no caso da criança, pelo dever compartilhado entre Estado, famílias e sociedade de assegurar às crianças com absoluta prioridade seus direitos e melhor interesse.

(iv) O Artigo 227 garante à criança o direito fundamental à absoluta prioridade de seus direitos e melhor interesse em face do Estado, o qual possui, portanto, o dever de efetivá-lo em todas as suas ações e decisões, inclusive no âmbito do Sistema de Justiça.

(v) O direito fundamental da criança à prioridade de seus direitos e melhor interesse *pode ser considerado como absoluto, mesmo à luz da teoria dos princípios, pelo entendimento do duplo aspecto desse direito fundamental, expresso como regra, com aplicação definitiva, ou como princípio, mas com alto peso abstrato, que, na prática, garante sua precedência sobre outros direitos em possíveis colisões de direitos fundamentais.*

(vi) O melhor interesse da criança no caso concreto pode ser definido pela subsunção de regras já previstas na rede de normas *ou pela aplicação da proporcionalidade, que tem como ultima ratio o sopesamento, o qual – em função do direito à absoluta prioridade da criança – deve ser feito no universo normativo de direitos fundamentais em colisão abstrata da própria criança.*

(vii) O processo de aferição do melhor interesse da criança, inclusive na aplicação da proporcionalidade e sopesamento, especialmente na definição dos pesos abstratos, *deve ser realizado por meio de uma comunidade plural de intérpretes, inclusive pelas próprias crianças, por meio de procedimentos acessíveis, sensíveis e amigáveis a elas e suas famílias, geridos na busca de decisões, na medida do possível, consensuais para preservação do bem comum que é a proteção e o cuidado da criança e seus direitos. (...)*

E sobre a prioridade do Pacto Nacional da Primeira Infância, não se pode esquecer a ponderação da festejada Professora Joseane Petry Veronese, da Universidade Federal de Santa Catarina, especialista no tema:

(...) Como não podemos voltar ao tempo e melhorar a infância de cada ser humano, podemos, no entanto, projetar o futuro das crianças que já nasceram e que estão para nascer. É este o objetivo deste artigo, apoiado nas descobertas científicas realizadas após a década de 1990, do século XX e do início do século XXI, que demonstram que as habilidades sociais, afetivas e cognitivas das crianças dependem dos primeiros 1.000 dias de vida e desenvolvem-se até os seis anos, principalmente

(...) Delineada no primeiro capítulo, a obrigação do Estado parte de cumprir a Convenção sobre os Direitos da Criança, com atuação em prol dos mais vulneráveis, o Pacto Nacional da Primeira Infância faz parte do cumprimento da Convenção, mas a partir de dados mais atualizados acerca dos impactos decisivos da primeira infância na formação e destino de cada ser humano, por significar uma atuação na implementação do favorecimento às crianças desde a concepção até os 6 anos de idade, “no intuito de buscar a articulação e o alinhamento das ações desenvolvidas pelos órgãos, entidades e instituições”, do qual se buscará ações coletivas para a melhoria da infraestrutura necessária à proteção da criança, nos primeiros seis anos de vida e na gestação, considerado esse período como fundamental para o desenvolvimento humano, em busca da transformação em favor de uma sociedade melhor, conforme justificou o Conselheiro Luciano Frota. (*Conselho Nacional de Justiça, 2019a*).

.....

A principal motivação do Pacto Nacional da Primeira Infância diz respeito ao fato de que várias áreas da ciência garantem que o período que vai desde a gestação aos seis anos de vida é primordial para o desenvolvimento para a fase adulta, chamando a responsabilidade do Estado para a atuação integrada. (Conselho Nacional de Justiça, 2019c).

.....

Desta forma, as decisões judiciais do primeiro e segundo grau, que tratem da primeira infância, poderão ser tratadas com efetiva prioridade pelos Tribunais e contabilizadas a nível Estadual e Nacional, a partir de 2020, para que sejam observados os gaps de ação em relação à população de zero a 6 anos e gestacionais do respectivo Estado, em comparação com os nascimentos no período e, em comparação a outros Estados da Federação. <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/241/1/O%20Pacto%2>

A propósito, vejamos-se: VERONESE, Josiane Rose Petry; SANCHES, Helen Crystiane Corrêa. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. VERONESE, Josiane Rose Petry (coord). Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019a. p. 131-190. _____. Justiça da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Lume Juris Editora, 2016. VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Wanda Helena Mendes Muniz. Comentários ao art. 22. In.: VERONESE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir (coord). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. VERONESE, Josiane Rose Petry. Convenção sobre os direitos da Criança – 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente. Salvador: JusPodivm, 2019b.

Relevante destacar, ademais, que, como é de conhecimento, o crime de estupro de vulnerável, atualmente tipificado no art. 217-A do Código Penal, não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Contudo, diante do referido contexto legal, se faz imperativo, em casos excepcionais, sob pena de *violação da responsabilidade penal subjetiva*, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

O conceito analítico de crime, segundo a teoria tripartite, é constituído pelo fato típico, antijurídico e culpável; o conceito formal diz respeito à conduta

típica descrita no preceito incriminador; já o conceito material se refere à efetiva violação ao bem jurídico tutelado. Ademais, não se deve perder de vista que o legislador, ao enumerar os tipos penais incriminadores, tem o objetivo de manter a pacificação social, e, nessa perspectiva, “sob o enfoque minimalista (Direito Penal de intervenção mínima), esse modo de controle social deve ser subsidiário, ou seja, somente estará legitimada a atuação do Direito Penal diante do fracasso de outras formas de controle jurídicas (...)” (AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador/BA: JusPodivm, 2015. p. 34).

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

Conceitualmente, o atributo da relevância social introduzido pelo modelo social de ação não integra a realidade descritível pela observação sensorial: é uma qualidade da ação atribuível por juízo de valor próprio dos conceitos axiológicos que qualificam a ação como crime - e, desse ponto de vista, a relevância social é atributo do tipo de injusto, responsável pela seleção de ações e de omissões de ação no tipo legal. Como esclarece ROXIN, o conceito de relevância social designa, apenas, uma propriedade necessária para valorar o injusto, porque existiriam ações socialmente relevantes e ações socialmente não-relevantes, ou seja, a relevância social é uma propriedade que a ação pode ter ou pode não ter e, ausente essa propriedade, não desaparece a ação, mas somente a significação social” (SANTOS, Juarez Cirino. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 18/19).

Nessa linha de intelecção, um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, *haja vista a ausência de culpabilidade, em virtude do reconhecimento do erro de proibição*. Ademais, deve se levar igualmente em consideração a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado, uma vez que se trata do relacionamento de dois jovens, que havia sido, em um primeiro momento, aceito pela família da vítima, tanto que moraram juntos (e-STJ fl. 56), sobrevivendo uma filha e a efetiva constituição de núcleo familiar, apesar de não estarem mais juntos como casal.

Anoto, mais uma vez, que não se está a infirmar a orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI, e sedimentada no enunciado sumular n. 593 desta Corte Superior. Com efeito, não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de

súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, *sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis*.

Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos nem sempre albergam as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padraço que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

Ora, as situações precisam ser sopesadas de acordo com sua gravidade concreta e com sua relevância social, e não apenas pela mera subsunção ao tipo penal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da *distinguishing* ou distinção, que autoriza a não aplicação de uma tese firmada, quando verificadas particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto.

A condenação de um jovem de 20 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de mais de 11 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em *rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana*. Dessa forma, estando a *aplicação literal da lei na contramão da justiça*, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

Anoto, por relevante, que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da *teoria da derrotabilidade do enunciado normativo*, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto.

Ao ensejo:

Direito Processual Penal. Habeas corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Ordem concedida de ofício. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é

preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. (HC 124.306, Relator(a): Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, Processo Eletrônico DJe-052 divulg 16-03-2017 public 17-03-2017).

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 6.066, do Estado do Pará (...) Princípio da segurança da jurídica. Situação de exceção, estado de exceção. A exceção não se subtrai à norma, mas esta, suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas assim ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

(...)

7. O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que

suspendendo-se, dá lugar à exceção --- apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção.

8. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Não se afasta do ordenamento, ao fazê-lo, eis que aplica a norma à exceção desapplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

(ADI 3.689, Relator(a): Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10-05-2007, DJe-047 divulg 28-06-2007 public 29-06-2007 DJ 29-06-2007 pp-00022 Ement vol-02282-04 pp-00635)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, vale a pena conferir:

Execução penal. Recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos. Remição da pena. Art. 126, § 4º, da LEP. Trabalho e estudo. Suspensão durante a pandemia de Covid-19. Princípio da individualização da pena. Remição. Proibição da remição ficta. Situação excepcionalíssima. Derrotabilidade da norma jurídica. Art. 3º da LEP. Preservação dos direitos. Princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade. Diferenciação necessária. Precedente da 6ª Turma. Período de suspensão. Comparecimento em juízo. Recurso especial provido.

1. O princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da Constituição da República, diz-nos que a pena deve sempre ser individualizada para cada infrator. Doutrina e jurisprudência explicam que a individualização ocorre em três etapas: (a) legislativa; (b) judicial; e (c) executória.

2. Discorrendo sobre a terceira etapa da individualização da pena, Guilherme Nucci assevera que “a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Execução Penal. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 18).

3. A remição é o resgate (ou abatimento) de parte da pena pelo sentenciado por meio do trabalho ou do estudo na proporção estabelecida em lei (art. 126 da Lei 7.210/84, Lei de Execução Penal - LEP).

4. Conforme jurisprudência assente nesta Corte Superior, a ausência de previsão legal específica impossibilita a concessão de remição da pena pelo simples fato de o Estado não propiciar meios necessários para o labor ou a educação de todos os custodiados. Entende-se, portanto, que a omissão estatal não pode implicar remição ficta da pena, haja vista a ratio do referido benefício, que é encurtar o tempo de pena mediante a efetiva dedicação do preso a atividades lícitas e favoráveis à sua reinserção social e ao seu progresso educativo.

5. *Nada obstante tal entendimento, ele não se aplica à hipótese excepcionalíssima da pandemia de covid-19 por várias razões (distinguishing).* A jurisprudência mencionada foi construída para um estado normal das coisas, não para uma pandemia com a dimensão que se está a observar com o vírus da covid-19.

Exemplifique-se a particularidade do caso com as seguintes medidas verificadas: (a) estado de emergência reconhecido por emenda constitucional (EC 123/22); (b) auxílios emergenciais concedidos à população necessitada; (c) trabalho remoto tanto no setor público quanto no setor privado à maioria dos trabalhadores por determinado período; e (d) recolhimento familiar compulsório decretado pelos governantes.

Esse contexto geral demonstra que os instrumentos ordinariamente utilizados não se mostravam suficientes e adequados para a extraordinariedade dos acontecimentos.

6. *Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a “Derrotabilidade é o ato pelo qual uma norma jurídica deixa de ser aplicada, mesmo presentes todas as condições de sua aplicabilidade, de modo a prevalecer a justiça material no caso concreto” (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 133).*

Nessa linha, negar aos presos que já trabalhavam ou estudavam antes da pandemia de covid-19 o direito de continuar a reter sua pena se revela medida injusta, pois: (a) desconsidera o seu pertencimento à sociedade em geral, que padeceria, mas também se viu compensada com algumas medidas jurídicas favoráveis, o que afrontaria o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR), da isonomia (art. 5º, caput, da CR) e da fraternidade (art. 1º, II e III, 3º, I e III, da CR); (b) exige que o legislador tivesse previsto a pandemia como forma de continuar a remição, o que é desnecessário ante o instituto da derrotabilidade da lei.

7. Nessa senda, o art. 3º da Lei 7.210/84 estabelece que, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Em outros termos, ressalvadas as restrições decorrentes da sentença penal e os efeitos da condenação, o condenado mantém todos os direitos que lhe assistiam antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

8. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana conjugado com os princípios da isonomia e da fraternidade (este último tão bem trabalhado pelo em. Min. Reynaldo Soares da Fonseca) não permitem negar aos indivíduos que tiveram seus trabalhos ou estudos interrompidos pela superveniência da pandemia de covid-19 o direito de reter parte da sua pena tão somente por estarem privados de liberdade. Não se observa nenhum discrimen legítimo que autorize negar àqueles presos que já trabalhavam ou estudavam o direito de reter a pena durante as medidas sanitárias restritivas.

9. Porém, deve-se realizar um exame, caso a caso, diferenciando-se duas situações: (a) de um lado, os presos trabalhadores e estudantes que se viram impedidos de realizarem suas atividades tão somente pela superveniência do estado pandêmico e, sendo o caso, reconhecer-lhes o direito à remição da pena; (b) de outro, aquelas pessoas custodiadas que não trabalhavam nem estudavam, às quais não se deve estender a benesse. Note-se, assim, que não se está a

conferir uma espécie de remissão ficta pura e simplesmente ante a impossibilidade material de trabalhar ou estudar. O benefício não deve ser direcionado a todo e qualquer preso que não pôde trabalhar ou estudar durante a pandemia, mas tão somente àqueles que, já estavam trabalhando ou estudando e, em razão da Covid, viram-se impossibilitados de continuar com suas atividades.

10. Ainda que não sobre idêntica temática, mas também afeto ao campo da execução penal, a Sexta Turma em precedente recente reconheceu como cumprida a obrigação de comparecimento em juízo suspensa em virtude da pandemia, considerando “desproporcional o prolongamento da pena sem a participação do apenado em tal retardamento.”

11. Tese: *Nada obstante a interpretação restritiva que deve ser conferida ao art. 126, § 4º, da LEP, os princípios da individualização da pena, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da fraternidade, ao lado da teoria da derrotabilidade da norma e da situação excepcionalíssima da pandemia de covid-19, impõem o cômputo do período de restrições sanitárias como de efetivo estudo ou trabalho em favor dos presos que já estavam trabalhando ou estudando e se viram impossibilitados de continuar seus afazeres unicamente em razão do estado pandêmico.*

12. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.953.607/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 14/9/2022, DJe de 20/9/2022.)

Civil. Processual Civil. Direito de Família. Conflito de competência em ações de guarda. Teoria da derrotabilidade das normas. Exceções explícitas e implícitas. Superação das regras. Excepcionalidade. Critério. Literalidade insuficiente, situações não consideradas pelo legislador, inadequação, ineficiência ou injustiça concretamente considerada. Perpetuatio jurisdictionis. Registro ou distribuição da petição inicial como elementos definidores da competência. Supressão do órgão judiciário ou alteração de competência. Exceções explícitas. Existência de exceção implícita. Princípio do juiz natural sob a ótica material. Princípio da competência adequada e forum non conveniens. Modificação da competência para aquele que possua melhores condições de julgar a causa. Possibilidade. Hipótese em exame. Circunstâncias gravíssimas. Indícios de influências indevidas no juízo em que tramita a causa. Possível prática de estupro de vulnerável contra o filho. Circunstâncias graves não consideradas pelo Poder Judiciário local. Sucessivas modificações de guarda e de residência. Alijamento da mãe do exercício da guarda. Fixação da competência no Juízo de Parnamirim/RN. Possibilidade. Indícios de residência da mãe na localidade ao tempo da propositura da ação.

.....

2- De acordo com a teoria da derrotabilidade das normas, as regras possuem exceções explícitas, previamente definidas pelo legislador, e exceções implícitas, cuja identificação e incidência deve ser conformada pelo julgador, a quem se atribui o poder de superá-la, excepcional e concretamente, em determinadas hipóteses.

3- A exceção implícita, de caráter sempre excepcional, pode ser utilizada para superar a regra quando a literalidade dela for insuficiente para resolver situações não consideradas pelo legislador ou quando, por razões de inadequação, ineficiência ou injustiça, o resultado da interpretação literal contrarie a própria finalidade da regra jurídica.

.....

10- Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso da Comarca de Parnamirim/RN, com determinações relacionadas à transferência imediata dos processos em curso entre as comarcas, reavaliação de medidas relacionadas à guarda, poder familiar e multas, tramitação do processo durante as férias forenses e expedição de ofícios ao CNJ e CNMP.

(CC n. 199.079/RN, relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 13/12/2023, DJe de 18/12/2023.)

Vejam-se, ainda: AgRg no AREsp n. 2.124.411/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 17/8/2023; AgRg no HC n. 703.002/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 12/6/2023, DJe de 15/6/2023; HC n. 684.875/DF, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/3/2023, DJe de 23/3/2023; AgRg no AREsp n. 2.148.714/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022 e AgRg no REsp n. 1.919.722/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021.

No importante resumo de Carsten Bäcker, “derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções”. Pertinentes são as palavras do Professor da Universidade de Kiev:

Se olharmos para as regras, elas têm, em geral, exceções. Essas exceções, contudo, não podem ser enumeradas de forma conclusiva, devido ao fato de que as circunstâncias que emergem dos casos futuros são desconhecidas.

Portanto, regras jurídicas sempre têm a capacidade de acomodar exceções, ou seja, elas são derrotáveis.

(BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, p. 60).

É razoável concluir, portanto, que a realidade pode apresentar infinitas hipóteses casuísticas que justificam a flexibilização de uma regra, que fogem da

previsibilidade do legislador, mas nem por isso são consideradas injustas. Este é o argumento central da derrotabilidade das normas. É inviável ao legislador antever todas as situações reais que justificariam fosse excepcionada a norma que pretende elaborar. E dessa incapacidade de antecipação normativa, segundo o Juiz Federal Juliano Taveira Bernardes, derivam exceções implícitas em número diretamente proporcional ao das múltiplas variáveis presentes nos diversos tipos de conduta que se pretende regular. (Suplemento Direito & Justiça, do jornal Correio Braziliense, do dia 07.03.2005).

Aliás, sobre a Teoria da Derrotabilidade, preciosas e didáticas são as lições do Prof. e Juiz Alexandre Morais da Rosa:

A Teoria da Derrotabilidade é uma novidade relativa. Por ela, mesmo que os requisitos necessários e suficientes para aplicação de uma norma jurídica estejam presentes, será possível diante do contexto (fático, jurídico, probatório, cognitivo, processual) excepcionar-se sua incidência. No campo do processo penal, nem sempre uma norma jurídica que, aparentemente (prima facie), indique a subsunção será aplicável, justamente em face do reconhecimento de sua derrota por força do incremento das premissas e da instauração de uma exceção (“tendo tudo em conta”).

A teoria da derrotabilidade (defeasibility), cada vez mais conhecida no Brasil, deve ser entendida em seu contexto (positivismo, desde Hart e será muito útil para compreender o jogo processual. É abusivo criticar-se pelo que se não pretende, ou seja, situa-se no ambiente que aceita a premissa da linguagem distinguida entre os campos: a) sintático; b) semântico; e c) pragmático.

Com isso não se trata mais de construções exclusivamente sintáticas, nem do paraíso dos conceitos (positivismo lógico, vinculado à semântica), mas dependentes do contexto realista em que as normas jurídicas são aplicadas, isto é, no plano pragmático (modos, usos e funções da linguagem, vaga e ambígua, por definição), em que a interação humana, via linguagem e argumentação jurídica, apresentam-se como decisivos.

.....

Longe de legitimar o ‘decisionismo’, a proposta da derrotabilidade aceita a coexistência válida de diversas normas jurídicas, cuja eficácia dependerá de mecanismo de estipulação/acréscimo das premissas, capaz de excepcionar o caso penal em face do suporte fático/normativo. Nesse contexto, o elenco de premissas a priori pode se alterar “tendo tudo em conta”.

Esse “ter tudo em conta” acolhe, ainda, que poderemos ter algo desconhecido no futuro. O caráter dinâmico e pragmático — da linguagem e não necessariamente filosófico — da compreensão dos casos penais, portanto, não se dá de maneira direta e sim pelo intrincado dispositivo de atribuição de sentido,

a saber, o processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), provido de decisão motivada, constitui-se como limite democrático. (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-22/diario-classenovidade-teoria-derrotabilidade-merece-melhor-conhecida/>).

De igual forma, leciona Gustavo Britta Scandelari:

A teoria da derrotabilidade busca explicar, de maneira lógica, o funcionamento do raciocínio humano em sua tarefa de descrição e apreensão discursiva dos mundos sensíveis e suprasensíveis em geral, verificando como e por quais razões determinada norma, embora aplicável em um caso concreto, deixa, excepcionalmente, de sê-lo. Embora tenha sido mais comumente estudada dentro do campo de pesquisas da filosofia do direito, não parece que seja útil apenas para tal área do conhecimento humano.

Como mecanismo de entendimento da regulação de condutas humanas – regidas que são por normas sociais e individuais – a derrotabilidade guarda um enorme potencial ainda inexplorado de rendimento prático em diversos outros cenários jurídicos. Pretende-se, aqui, indicar mais um desses espaços em que seu uso pode se desenvolver: o direito penal.

.....

Consoante os estudos de Serbena, trata-se de tema já muito conhecido dos ingleses, espanhóis e alemães, porém ainda subvalorizado em nosso país. Aborda métodos de motivação teórica e prática de decisões judiciais que discutem princípios fundamentais. A derrotabilidade, enquanto fenômeno apto a indicar a possibilidade de afastamento de princípios ou regras gerais em direito em determinados casos concretos, remonta desde Aristóteles, passando por Tomás de Aquino e chegando aos dias de hoje mais próxima da lógica.

.....

O precursor da derrotabilidade foi Hart, para quem o direito não pode ser fechado em sua aplicação, devendo-se verificar a existência de exceções – (ocorrerá A a menos que B) – que derrotariam a regra geral. Ser derrotada, todavia, não faz a regra deixar de ser regra. O conceito, no original, lê-se *defeasibility* e surgiu no artigo *The Ascription of Responsibility and Rights*, em que Hart tratou de certos requisitos que autorizariam a não aplicação de norma jurídica aplicável ao caso concreto, mesmo quando prevista expressamente em lei.

.....

A lógica dessa análise demonstra que toda e qualquer norma jurídica (isto é, seu sentido diante do caso concreto), da mais fundamental à mais ordinária, é derrotável. Seria utópico defender a invencibilidade de qualquer norma, porque é evidente que o sentido das normas, todas elas, é plurívoco e vulnerável a interpretações cambiáveis e, ainda quando não contraditórias, no mínimo dúbias.

Como se sabe, os princípios e as cláusulas pétreas costumam ser redigidos em vocabulário bastante aberto, o que lhes coloca em posição privilegiada de serem derrotadas em casos reais.

Nesse sentido, “a análise da derrotabilidade mostra sua importância porque representa a possibilidade de tratamento de casos excepcionais dentro de uma norma geral e abstrata aplicável *prima facie* a todas as situações normais ou típicas”. É claro que esse tratamento nunca dispensará os requisitos da coerência e fundamentação para que se opere qualquer tipo de derrotabilidade, sobretudo para que se evite o risco de ceder a *niilismos* jurídicos.

.....

Bissoli Filho já examinou a possibilidade de transposição da derrotabilidade ao direito penal, apontando que tipos penais abertos, p. ex., frequentemente deixam uma grande margem de cogitação sobre o significado de seus elementos que somente poderá ser enfrentada nos casos concretos.

.....

Mas o autor vai mais longe e lembra que a magnitude da teoria da derrotabilidade permite concluir que os próprios tipos penais, mesmo quando ainda são aplicados e aceitos como válidos socialmente, são ferramentas insuficientes, por si sós, para que se determine com segurança se as condutas que descrevem correspondem a eles perfeitamente. Além dos fatos aleatórios e de suas interpretações, o judiciário deverá ter em conta institutos jurídicos – tais como causas legais e supraleais de exclusão de ilicitude e de culpabilidade, condições de punibilidade, escusas absolutórias, perdão judicial e outros – que poderão derrotar a incidência da norma penal incriminatória.

.....

Com o apoio da derrotabilidade, consolida-se o raciocínio lógico de afastamento, sempre que justificado exhaustivamente, de uma norma incriminadora em prol do respeito ao compromisso de se evitar constrangimento criminal sempre que possível.

.....

Não se pode depender principalmente de um raciocínio por simples subsunção, seja no direito penal, seja em outras áreas do direito. Há outras lógicas viáveis e mais seguras que cobram atenção também no direito penal, como o raciocínio não monotônico.

o emprego dessa lógica não é bizantinismo, ela se traduz em resultados práticos no direito penal (...)

Portanto, a derrotabilidade é um instrumento útil para a ideal compreensão do funcionamento teórico e prático do Direito Penal, seja como regra de interpretação, seja como meio de excepcionar a sua aplicação, evitando-a em casos específicos. Uma norma penal pode efetivamente restar derrotada

conforme a repercussão da conduta que ela regula seja praticamente nula no mundo dos fatos – e essa intelecção aumenta o controle de incriminações legais e judiciais indevidas, combatendo abusos.

(SCANDELARI, Gustavo Britta. Adequação social como derrotabilidade no direito penal. **Revista IBCCrim**, n. 149, p. 53-74, 2018).

É evidente, pois, que a aplicação dessa ideia da derrotabilidade exige coragem do intérprete do direito, no momento em que se propõe a deixar de ser apenas um mero leitor do texto normativo e busca uma interpretação conforme a realidade fática do caso concreto que se lhe apresenta.

Com efeito, verifico, conforme concluiu a Corte local, que a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse encadeamento de ideias, a tese firmada no Recurso Especial n. 1.480.881/PI não se aplica à hipótese dos presentes autos, *haja vista as particularidades trazidas, que retiram não apenas a culpabilidade mas igualmente a tipicidade material da conduta*.

Destaco, ademais, conforme firmado pela Quinta Turma, que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar “seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana”. A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrido acabaria por deixar a adolescente e a filha de ambos desamparadas não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida. Conforme bem destacado pelo eminente Ministro Ribeiro Dantas, Relator dos precedentes, “está em julgamento a vida de três pessoas que, mesmo chegando a este Tribunal disfarçadas de autos processuais, são as mais diretamente interessadas na resolução do conflito decorrente do crime”.

Registrou, ademais, o ilustre Ministro:

(...) estou movido por uma preocupação prática: a de não piorar a vida da ofendida, submetendo-a a um novo processo de vitimização. Acredito que seria contraditório ignorar a vontade livremente manifestada pela ofendida e impor-lhe a difícil condição de mãe jovem e solteira, com a finalidade de defender seu direito à dignidade sexual. Há, aqui, uma evidente e profunda inadequação entre o objetivo (lícito e correto, ressaltado) da persecução penal, que é a tutela do bem jurídico, e o resultado prático que dela adviria.

Por oportuno, transcrevo a ementa dos referidos julgados:

Penal e Processo Penal. Agravo em recurso especial. Estupro de vulnerável. Crime cometido quando o autor tinha 19 e a vítima 13 anos de idade. Súmula 593/STJ. Irrelevância do consentimento ou da experiência sexual anterior. Impossibilidade, contudo, de imposição de pena, diante da excepcionalíssima situação dos autos. Namoro entre réu e vítima que teve continuidade, culminando em seu casamento (quando já adulta a ofendida). Família constituída, com dois filhos. Necessidade de preservar a escolha feita livremente pela ofendida, como forma de evitar sua vitimização secundária. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial.

1. O réu I L D, à época com 19 anos de idade e padrasto da vítima C A C, manteve com ela relações sexuais no período de dezembro de 2012 a fevereiro de 2013. Em decorrência destes fatos, C A C, que tinha então 13 anos de idade, engravidou e deu à luz uma filha. 2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido. 3. O namoro entre réu e vítima teve continuidade, já depois de a moça atingir a idade permitida pela legislação, culminando em seu casamento. Posteriormente, desta união foi gerado um segundo filho, de modo que existe uma unidade familiar constituída livremente pela ofendida, quando esta já tinha idade para consentir. 4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana. 5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, dois filhos pequenos, sem o apoio de seu marido. 6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la. 7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e a família por ela constituída. 8. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (AREsp 1.555.030/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

Penal e Processo Penal. Recurso especial. Estupro de vulnerável. Crime cometido quando o autor tinha 19 e a vítima 11 a 12 anos de idade. Súmula 593/STJ. Irrelevância do consentimento ou da experiência sexual anterior. Impossibilidade, contudo, de imposição de pena, diante da excepcionalíssima situação dos autos.

Namoro entre réu e vítima do qual resultou uma filha, sustentada financeira e emocionalmente pelo réu. Pedido expresso formulado pela vítima, em 2017, pela absolvição do recorrido. Necessidade de preservar a escolha feita livremente pela ofendida, como forma de evitar sua vitimização secundária e proteger os interesses da criança. Recurso especial a que se nega provimento. 1. O réu P B DE A, à época com 19 anos de idade, manteve com a vítima L F G DA S, então com 11 a 12 anos de idade, relações sexuais no período de dezembro de 2009 a abril de 2010. 2. Nos termos da Súmula 593/STJ, o consentimento da vítima e sua experiência sexual prévia não afastam o crime do art. 217-A do CP. O caso concreto, todavia, possui peculiaridades que impedem a aplicação do enunciado sumular para impor, automaticamente, a condenação do recorrido. 3. 7 anos após o cometimento do crime, a vítima formulou apelo expresso para que o réu fosse absolvido (e-STJ, fl. 538), por considerá-lo um bom pai, que convive com a filha e atende suas necessidades, além de ser a única fonte de sustento da criança. 4. A vitimização secundária consiste no sofrimento imposto à vítima de um crime pelo aparato estatal sancionador, por deixar de considerar seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana. 5. Impor a pena de reclusão ao recorrido constituiria, na prática, em nova vitimização da ofendida. Esta, uma jovem moça com atualmente 21 anos, seria deixada com a hercúlea tarefa de educar e sustentar, sozinha, sua filha pequena, que hoje é sustentada integralmente pelo recorrido. 6. Configura verdadeira contradição causar à vítima um sofrimento desta natureza, colocando sobre seus ombros tão pesada missão, quando o objetivo da norma penal é justamente protegê-la. 7. Não se propõe a superação da Súmula 593/STJ (tampouco da tese repetitiva firmada pela Terceira Seção no julgamento do REsp 1.480.881/PI), mas apenas se reconhece distinção entre a situação tratada pelo enunciado sumular e a excepcionalíssima hipótese dos autos, a reclamar tratamento jurídico diferenciado que preserve a liberdade de escolha da vítima e o desenvolvimento de sua filha. 8. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.524.494/RN, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/5/2021, DJe 28/5/2021).

A propósito, vale recordar outros precedentes da Quinta Turma, que realizaram também a distinção:

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. 1. Estupro de vulnerável. REsp Repetitivo 1.480.881/PI e Súmula 593/STJ. Particularidades do caso concreto. Necessidade de distinção. 2. Art. 217-A do CP. Simples presunção de impossibilidade de consentir. Critério meramente etário. Responsabilidade penal subjetiva. Necessidade de compatibilização. 3. Ausência de tipicidade material. Inexistência de relevância social. Formação de núcleo familiar. Hipótese de distinguishing. 4. Condenação que revela subversão do direito penal. Colisão direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Prevalência do justo. 5. Derrotabilidade da norma. Possibilidade excepcional e pontual. Precedentes do

STF. 6. Ausência de adequação e necessidade. Incidência da norma que se revela mais gravosa. Proporcionalidade e razoabilidade ausentes. 7. Pretensão acusatória contrária aos anseios da vítima. Vitimização secundária. Desestruturação de entidade familiar. Ofensa maior à dignidade da vítima. 8. Princípios constitucionais. Necessidade de ponderação. Intervenção na nova unidade familiar. Situação muito mais prejudicial que a conduta em si. 9. Existência de união. Absoluta proteção da família. Absolvição penal que se impõe. Atipicidade material reconhecida. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados e a constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.

4. A condenação de um jovem que, na época dos fatos, tinha 19 anos, hoje com 25 anos, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 8 anos de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).

6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar.

Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

7. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 2.029.009/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. 1. Estupro de vulnerável. REsp Repetitivo 1.480.881/PI e Súmula 593/STJ. Particularidades do caso concreto. Necessidade de distinção. 2. Art. 217-A do CP. Simples presunção de impossibilidade de consentir. Critério meramente etário. Responsabilidade penal subjetiva. Necessidade de compatibilização. 3. Ausência de tipicidade material. Inexistência de relevância social. Formação de núcleo familiar com filho. Hipótese de distinguishing. 4. Condenação que revela subversão do direito penal. Colisão direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Prevalência do justo. 5. Derrotabilidade da norma. Possibilidade excepcional e pontual. Precedentes do STF. 6. Ausência de adequação e necessidade. Incidência da norma que se revela mais gravosa. Proporcionalidade e razoabilidade ausentes. 7. Pretensão acusatória contrária aos anseios da vítima. Vitimização secundária. Desestruturação de entidade familiar. Ofensa maior à dignidade da vítima. 8. Princípios constitucionais. Necessidade de ponderação. Intervenção na nova unidade familiar. Situação muito mais prejudicial que a conduta em si. 9. Existência de união com filho. Absoluta proteção da família e do menor. Absolvição penal que se impõe. Atipicidade material reconhecida. 10. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o

menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual. Assim, para tipificar o delito em tela, basta ser menor de 14 anos. Diante do referido contexto legal, se faz imperativo, sob pena de violação da responsabilidade penal subjetiva, analisar detidamente as particularidades do caso concreto, pela perspectiva não apenas do autor mas também da vítima.

3. Um exame acurado das nuances do caso concreto revela que a conduta imputada, embora formalmente típica, não constitui infração penal, haja vista a ausência de relevância social e de efetiva vulneração ao bem jurídico tutelado. De fato, trata-se de dois jovens namorados, cujo relacionamento foi aprovado pelos pais da vítima, sobrevivendo um filho e a efetiva constituição de núcleo familiar. Verifica-se, portanto, particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto, sendo necessário proceder ao distinguishing ou distinção.

4. A condenação do agravado, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 11 anos e 3 meses de reclusão, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação literal da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo, utilizando-se as outras técnicas e formas legítimas de interpretação (hermenêutica constitucional).

5. O Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez, já deixou de aplicar um tipo penal ao caso concreto, nos denominados *hard cases*, se valendo da teoria da derrotabilidade do enunciado normativo, a qual trata da possibilidade de se afastar a aplicação de uma norma, de forma excepcional e pontual, em hipóteses de relevância do caso concreto (HC 124.306/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016, DJe 16/3/2017).

6. Ademais, a incidência da norma penal, na presente hipótese, não se revela adequada nem necessária, além de não ser justa, porquanto sua incidência trará violação muito mais gravosa de direitos que a conduta que se busca apenar. Dessa forma, a aplicação da norma penal na situação dos autos não ultrapassa nenhum dos crivos dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

7. Destaco, ainda, conforme recentemente firmado pela Quinta Turma, que não se mostra coerente impor à vítima uma vitimização secundária pelo aparato estatal sancionador, ao deixar de considerar “seus anseios e sua dignidade enquanto pessoa humana”. A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida.

(REsp 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

8. Se por um lado a CF consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.

9. Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso criança).

Submeter a conduta do envolvido à censura penal levará ao esfacelamento da união do casal, ocasionando na vítima e em seus filhos traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material.

- Essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94.163, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 2/12/2008, DJe 22/10/2009).

(AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021).

10. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no AREsp n. 2.177.806/CE, relator Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, *Quinta Turma*, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. 1. Estupro de vulnerável. REsp Repetitivo 1.480.881/PI e Súmula 593/STJ. Particularidades do caso concreto. Necessidade de distinção. 2. Art. 217-A do CP. Simples presunção de impossibilidade de consentir. Critério meramente etário. Responsabilidade penal subjetiva. Necessidade de compatibilização. 3. Ausência de tipicidade material. Inexistência de relevância social. Hipótese de distinguishing. 4. Condenação que revela subversão do direito penal. Colisão direta com o princípio da dignidade da

pessoa humana. Prevalência do justo. 5. Derrotabilidade da norma. Possibilidade excepcional e pontual. 6. Ausência de adequação e necessidade. Incidência da norma que se revela mais gravosa. Proporcionalidade e razoabilidade ausentes. 7. Agravo regimental não provido

1. A hipótese trazida nos presentes autos apresenta particularidades que impedem a simples subsunção da conduta narrada ao tipo penal incriminador, motivo pelo qual não incide igualmente a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.480.881/PI e no enunciado sumular n. 593/STJ.

2. Atualmente, o estupro de vulnerável não traz em sua descrição qualquer tipo de ameaça ou violência, ainda que presumida, mas apenas a presunção de que o menor de 14 anos não tem capacidade para consentir com o ato sexual.

3. A Corte de origem concluiu pelo cabimento da relativização da responsabilidade penal no presente caso, por se tratar-se a hipótese de atos sexuais praticados de livre e espontânea vontade entre adolescentes/jovens, sem resultar em mudança comportamental ou abalo psicológico da vítima e, por consequência, deve ser reconhecida a atipicidade do fato.

4. As instâncias ordinárias não se limitaram a analisar a adequada subsunção da conduta ao tipo penal do art. 217-A do Código Penal.

Foram detidamente analisadas todas as particularidades do caso concreto, pela perspectiva da vítima e do autor, chegando-se à conclusão de que o fato não constitui infração penal.

5. Não se está a infirmar a orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.480.881/PI e na Súmula 593/STJ. Não obstante a necessidade de uniformização da jurisprudência pátria, por meio da fixação de teses em recursos repetitivos, em incidentes de assunção de competência bem como por meio da edição de súmulas, não se pode descurar do caso concreto, com as suas particularidades próprias, sob pena de a almejada uniformização acarretar injustiças irreparáveis.

6. Da mesma forma que o legislador não consegue prever todas as variáveis possíveis da conduta incriminada, igualmente as teses firmadas em repetitivos podem nem sempre albergar as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ao aplicador da lei, aferir se a conduta merece a mesma resposta penal dada, por exemplo, ao padrao que se aproveita de sua enteada ou àquele que se utiliza de violência ou grave ameaça para manter conjunção carnal. Ora, as situações precisam ser sopesadas de acordo com sua gravidade concreta e com sua relevância social, e não apenas pela mera subsunção ao tipo penal. É nesse ponto, inclusive, que reside o instituto da distinguishing ou distinção, que autoriza a não aplicação de uma tese firmada, quando verificadas particularidades que impedem o julgamento uniforme no caso concreto.

7. A condenação de um jovem, que não oferece nenhum risco à sociedade, ao cumprimento de uma pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, revela uma completa subversão do direito penal, em afronta aos princípios fundamentais mais basilares, em rota de colisão direta com o princípio da dignidade humana. Dessa forma, estando a aplicação da lei na contramão da justiça, imperativa a prevalência do que é justo.

8. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp n. 2.064.843/SE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/11/2023, DJe de 16/11/2023.)

No mesmo sentido, cito, ainda, os seguintes julgados da Colenda Sexta Turma deste Tribunal da Cidadania:

Agravo regimental no recurso especial. Estupro de vulnerável. Sentença absolutória mantida pelo Tribunal de Justiça. Vítima com 12 anos e réu com 19 anos ao tempo do fato. Nascimento de filho da relação amorosa. Manifestação de vontade da adolescente. Distinguishing. Punibilidade concreta. Perspectiva material. Conteúdo relativo e dimensional. Grau de afetação do bem jurídico. Ausência de relevância social do fato.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de uma filha, devidamente reconhecida, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.

3. “Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade” (RHC n. 126.272/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1º/6/2021, DJe 15/6/2021).

4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial o fato de a vítima viver maritalmente com o acusado desde o nascimento da filha do casal, denota que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.

5. “A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente mas também emocionalmente, desestruturando entidade familiar constitucionalmente protegida” (REsp n. 1524494/RN e AREsp 1555030/GO, rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021.)

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 2.015.310/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 21/9/2023.)

Recurso especial. Estupro de vulnerável. Denúncia rejeitada pelo Juízo de origem. Recebimento pelo Tribunal de Justiça. Vítima com 12 anos e réu com 19 anos ao tempo do fato. Nascimento de filho da relação amorosa. Aquiescência dos pais da menor. Manifestação de vontade da adolescente. Distinguishing. Punibilidade concreta. Perspectiva material. Conteúdo relativo e dimensional. Grau de afetação do bem jurídico. Ausência de relevância social do fato.

1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.480.881/PI, submetido ao rito dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação jurisprudencial, então dominante, de que é absoluta a presunção de violência em casos da prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com pessoa menor de 14 anos.

2. A presente questão enseja distinguishing quanto ao acórdão paradigma da nova orientação jurisprudencial, pois, diante dos seus componentes circunstanciais, verifica-se que o réu possuía, ao tempo do fato, 19 anos de idade, ao passo que a vítima, adolescente, contava com 12 anos de idade, sendo que, do relacionamento amoroso, resultou no nascimento de um filho, devidamente reconhecido, fato social relevante que deve ser considerado no cenário da acusação.

3. “Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade” (RHC 126.272/MG, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 1/6/2021, DJe 15/6/2021).

4. Considerando as particularidades do presente feito, em especial, a vontade da vítima de conviver com o recorrente e o nascimento do filho do casal, somados às condições pessoais do acusado, denotam que não houve afetação relevante do bem jurídico a resultar na atuação punitiva estatal.

5. “A manutenção da pena privativa de liberdade do recorrente, em processo no qual a pretensão do órgão acusador se revela contrária aos anseios da própria

vítima, acabaria por deixar a jovem e o filho de ambos desamparados não apenas materialmente, mas também emocionalmente, desestruturando e entidade familiar constitucionalmente protegida” (REsp n. 1.524.494/RN e AREsp 1.555.030/GO, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021).

6. Recurso especial provido. Restabelecimento da decisão que rejeitou a denúncia.

(REsp n. 1.977.165/MS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 25/5/2023.)

De igual forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece o chamado *erro de proibição invencível*, em situações análogas. A título de exemplo, confira-se a seguinte decisão:

Trata-se de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, com pedido liminar, interposto contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Habeas Corpus 705.071/PE, Rel. Min. *Rogério Schietti Cruz*).

.....

A presente hipótese, contudo, apresenta excepcionalidade.

O essencial em relação às liberdades individuais, em especial a liberdade de ir e vir, não é somente sua proclamação formal nos textos constitucionais ou nas declarações de direitos, mas a absoluta necessidade de sua pronta e eficaz consagração no mundo real, de maneira prática e eficiente, a partir de uma justa e razoável compatibilização com os demais direitos fundamentais da sociedade, de maneira a permitir a efetividade da Justiça Penal.

MAURICE HAURIUO ensinou a importância de compatibilização entre a Justiça Penal e o direito de liberdade, ressaltando a consagração do direito à segurança, ao salientar que em todas as declarações de direitos e em todas as Constituições revolucionárias figura a segurança na primeira fila dos direitos fundamentais, inclusive apontando que os publicistas ingleses colocaram em primeiro plano a preocupação com a segurança, pois, conclui o Catedrático da Faculdade de Direito de Toulouse, por meio do direito de segurança, se pretende garantir a liberdade individual contra o arbítrio da justiça penal, ou seja, contra as jurisdições excepcionais, contra as penas arbitrárias, contra as detenções e prisões preventivas, contra as arbitrariedades do processo criminal (Derecho público y constitucional. 2. ed. Madri: Instituto editorial Réus, 1927. p. 135-136).

Essa necessária compatibilização admite a relativização da liberdade de ir e vir em hipóteses excepcionais e razoavelmente previstas nos textos normativos, pois a consagração do Estado de Direito não admite a existência de restrições abusivas ou arbitrárias à liberdade de locomoção, como historicamente salientado pelo grande magistrado inglês COKE, em seus comentários à *Carta Magna*, de 1642,

por ordem da Câmara dos Comuns, nos estratos do Segundo Instituto, ao afirmar: que nenhum homem seja detido ou preso senão pela lei da terra, isto é, pela lei comum, lei estatutária ou costume da Inglaterra (capítulo 29). Com a consagração das ideias libertárias francesas do século XVIII, como lembrado pelo ilustre professor MIRKINE GUETZÉVITCH (russo de nascimento e francês por opção), essas limitações se tornaram exclusivamente trabalho das Câmaras legislativas, para se evitar o abuso da força estatal (As novas tendências do direito constitucional. Companhia editora nacional, 1933. p. 77 e ss.).

No presente caso, no entanto, não houve a devida compatibilização.

Na sentença de absolvição constou, durante a instrução probatória, que “a vítima descreveu com clareza e coerência que manteve relacionamento amoroso com o acusado, tendo praticado sexo, de forma consentida, em diversas ocasiões”. A genitora da vítima, por sua vez, “atestou a existência do namoro entre a sua filha e o recorrente, apesar de tal relacionamento se dar a sua revelia e contragosto”. Constou, ainda, que “conforme se extrai do depoimento da vítima e do acusado, bem como do laudo sexológico, não houve, em nenhum momento, ato de violência envolvido”.

Além disso, o Juízo de primeira instância concluiu que “a vítima possui maturidade sexual precoce, já estando vivendo, à época da instrução probatória, em união estável com outra pessoa, conforme esclarece o relatório do Conselho Tutelar”.

Na ocasião da prolação da sentença, o Magistrado ponderou que “tanto a vítima quanto o recorrente ainda viviam na Aldeia Pankararu, zona rural do Município de Jatobá, da Comarca de Petrolândia/PE”.

Por todo o exposto, o Magistrado julgou improcedente o pedido do Ministério Público Estadual e absolveu o recorrente com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Irresignado, o Ministério Público Estadual apelou ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o qual reformou a sentença, conforme a seguinte ementa:

Direito Penal. Apelação. Estupro de vulnerável. Consentimento da vítima. Relativização da vulnerabilidade. Circunstâncias do caso concreto. Sentença absolutória reformada.

1. Segundo tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a mera prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso do agente com menor de catorze anos é suficiente para a configuração do delito previsto no art. 217-A, caput, do CP, sendo irrelevante a existência de consentimento do ofendido, experiência anterior ou de discernimento sobre sua sexualidade.

2. Ainda que não se aplicasse automaticamente o parâmetro referente à idade da vítima, as circunstâncias do caso concreto sequer permitiriam relativizar a vulnerabilidade da adolescente de doze anos. Com efeito, a relação não era permitida por seus pais, não houve uma união estável, com compartilhamento

de residência, filhos, etc., circunstâncias que poderiam ensejar o ínfimo desvalor da culpabilidade, incidindo a bagatela imprópria. Tampouco há elementos que evidenciem que a vítima, na época dos fatos, já possuía autonomia e capacidade de autodeterminar-se, ao contrário, residia com sua família, de quem era dependente, tendo o réu se aproveitado das ocasiões em que seus responsáveis não estavam em casa para praticarem as relações sexuais.

3. Recurso a que se dá provimento, reformando a sentença absolutória para condenar o réu pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Neste recurso, a defesa reitera os argumentos trazidos no writ original e junta a Certidão de Nascimento de Inácio Manoel da Silva, nascido no ano de 2017 (filho da vítima e do recorrente); a Declaração de União “conforme os costumes”, subscrito pela vítima, no dia 21 de outubro de 2021, na qual afirma que vive com o recorrente desde 2011 e que tanto ela quanto o seu filho dependem dele para sobreviverem; a Declaração de Juliana (genitora da vítima), do dia 05 de novembro de 2021, afirmando que a sua filha mantém união estável com o recorrente dentro dos usos e costumes da Tribo e que a sua filha passa por dificuldades para alimentar o filho do casal; e a Declaração de indígenas sobre a união estável da vítima e do recorrente (aproximadamente 130 assinaturas).

Consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato da defesa ter juntado documentos que comprovam que o recorrente desconhecia a ilicitude do fato, se vislumbra, no caso, a ocorrência do *erro de proibição*.

O recorrente é silvícola e tanto ele quanto a suposta vítima viviam, na época dos fatos, na Aldeia Pankararu, zona rural do Município de Jatobá, da Comarca de Petrolândia/PE, sob o manto da cultura indígena.

Tanto é verdade que a própria genitora afirma, agora em declaração, que a sua filha mantém união estável com o recorrente dentro dos usos e costumes da Tribo e que a sua filha passa por dificuldades para alimentar o filho do casal, após a prisão do recorrente.

Constou na sentença que:

“restando evidente que a vítima, apesar da idade, possuía clara capacidade de se autodeterminar sexualmente, tanto por força da cultura em que está inserida, quanto pelos elementos de sua própria personalidade e formação, é forçoso reconhecer, no meu entendimento, que a vítima não se encontrava no estado de vulnerabilidade concebido pela lei, nem houve lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pelo art. 217-A, do CP, qual seja, a dignidade sexual da vítima Iramaia”.

Assim, por observar que o recorrente agiu com erro sobre a antijuridicidade do fato, entendo que deva incidir, na hipótese, o erro de proibição, descrito no art. 21, do Código Penal.

Dessa maneira, como nenhum homem ou mulher poderá ser privado de sua liberdade de ir e vir sem expressa autorização constitucional e de acordo com os

excepcionais e razoáveis requisitos legais, pois o direito à liberdade de locomoção resulta da própria natureza humana, como ensinou o grande constitucionalista do Império, Pimenta Bueno (Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958. p. 388); o presente Recurso Ordinário em Habeas Corpus é meio idôneo para garantir todos os direitos legais previstos ao paciente e relacionados com sua liberdade de locomoção, mesmo que, como salientado pelo Min. CELSO DE MELLO, na simples condição de direito-meio, essa liberdade individual esteja sendo afetada apenas de modo reflexo, indireto ou oblíquo (Constituição Federal anotada. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 459).

Diante do exposto, com fundamento no art. 21, § 1º, do Regimento Interno do *Supremo Tribunal Federal*, dou provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para reconhecer a incidência do art. 21, do Código Penal, em favor do recorrente J.M.J., no tocante à ação penal n. 0000121-35.2011.8.17.1120, em trâmite na 1ª Vara da Comarca de Petrolândia, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, absolvendo-o com fundamento legal no art. 386, VI, do Código de Processo Penal.

(RHC 212.345/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, DJe de 25.04.2022)

Veja-se, ainda: RE 567.985, Relator(a) p/ Acórdão: *Gilmar Mendes*, Tribunal Pleno, julgado em 18-04-2013, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-194 divulg 02-10-2013 public 03-10-2013 RTJ vol00236-01 pp-00113.

Em situação semelhante, a Desembargadora Vanderlei Teresinha Kubiak, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, observou que em que pese a atuação da vítima e seu companheiro não retrate a conduta esperada, em tese, por indivíduos em idade análoga, a menor e o indiciado mantiveram um relacionamento afetivo, com moradia comum e conhecimento das famílias envolvidas. Logo, não se trata de uma situação de abuso sexual, mas de indesejada precocidade, estimulada pela mídia - novelas, filmes, seriados e outros programas de televisão. Por este raciocínio, seria uma “hipocrisia” impor pesada pena ao jovem denunciado. (<https://www.conjur.com.br/2020-mar-16/tj-rsabsolve-acusado-estupro-sexo-menor-14-anos/>).

Nessa linha de compreensão, se por um lado a Constituição da República consagra a proteção da criança e do adolescente quanto à sua dignidade e respeito (art. 227), não fez diferente quando também estabeleceu que a família é a base da sociedade, e que deve ter a proteção do Estado, reconhecendo a união estável como entidade familiar (art. 226, § 3º). Antes, ainda proclamou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (1º, III) e o caminho da sociedade livre, justa e fraterna como objetivo central da República (preâmbulo e art. 3º, III). Assim, proclamar uma censura penal no

cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na unidade familiar que se formou à época de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre a vítima e o recorrido. Há outros aspectos, na situação em foco, além dos aspectos já analisados pelo Tribunal Mineiro, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do Código Penal. Refiro-me não só à existência de uma união estável, embora não continuada, mas também ao nascimento da filha do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: *a absoluta proteção da criança em sua primeira infância (no caso um bebê à época, hoje - 11 anos depois - uma criança quase adolescente)*.

Em suma, houve uma união estável com habitação comum na realidade rural (2013). Nasceu uma criança, hoje com 11 anos aproximadamente. Permanece a relação mãe x filha - pai x filha. Cada um mantém o intuito de ser pai, ser mãe e ser filha, embora não haja mais a relação de casal. O vínculo familiar está eternizado.

Submeter a conduta do recorrido à censura penal levará ao esfacelamento do vínculo familiar que indiscutivelmente existe, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a manutenção da opção absolutória quer na perspectiva da ausência de culpabilidade quer na de atipicidade material.

Em suma:

(...) essa particular forma de parametrar a interpretação das normas jurídicas (internas ou internacionais) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos, bem como tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I, II e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo da respectiva Carta Magna caracteriza como “fraterna” (HC n. 94.163, Relator Min. Carlos Britto, Primeira Turma do STF, julgado em 2/12/2008, DJe-200 divulg 22/10/2009 public 23/10/2009 Ement vol-02379-04 pp-00851). O horizonte da fraternidade é, na verdade, o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos atores do Direito e do Sistema de Justiça.

- Doutrina: BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2007; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão

do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017; MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade. - um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2017; VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; Direito, Justiça e Fraternidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

(...)

(AgRg no RHC 136.961/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021)

Por fim, não podemos nos esquecer que somos aplicadores do Direito e que *devemos nos pautar pelas normas jurídicas, decorrentes do sistema constitucional vigente*. O conhecimento cuidadoso da doutrina penal é o que nos autoriza a lidar com um dos bens mais preciosos do ser humano, que é a liberdade. Assim, afirmar que a conduta típica foi praticada, sem atentar para a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado ou para o preenchimento dos elementos do conceito analítico de crime, não pode ensejar uma condenação.

Lembro que não adotamos a teoria do direito penal do inimigo, formulada por Gunther Jakobs, e que separa os indivíduos em “heróis” e “vilões”, reservando a estes últimos, considerados inimigos da sociedade, a aplicação de penas sem a observância de garantias e direitos fundamentais. De fato, em especial no direito penal, mister se faz o olhar atento às particularidades do caso concreto, conforme acima explicitado, para que sejam evitadas meras condenações midiáticas.

Assim, em que pese o esforço argumentativo do ilustre representante do Ministério Público estadual, não foram apresentados argumentos aptos a reverter as conclusões trazidas na decisão agravada.

Pelo exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 756.063-MG
(2022/0216194-0)**

Relatora: Ministra Daniela Teixeira

Agravante: Carlos Augusto de Carvalho (Preso)

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
Agravado: Ministério Público Federal
Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

EMENTA

Agravo regimental em habeas corpus. Furto simples. Princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Conduta praticada sem violência ou grave ameaça. Res furtiva de baixo valor econômico, imediatamente restituídos à vítima. Irrelevância de eventual reiteração delitiva em razão da atipicidade do fato. Agravo regimental provido para conceder a ordem e determinar a absolvição do agravante.

1. Habeas corpus que tem por objeto o trancamento de ação penal, na qual se imputa ao agravante a prática do crime de furto simples (art. 155, caput, do Código Penal), pela suposta subtração de 09 (nove) unidades do chocolate “Diamante Negro”, marca Lacta, e 07 (sete) unidades do chocolate “Duo Classic”, marca Nestle, totalizando R\$ 87,81 (oitenta e sete reais e oitenta e um centavos), que foram restituídos à vítima logo após a captura do agravante.

2. Incidência ao caso do princípio da insignificância, que retira a tipicidade da conduta imputada ao agravante.

3. Eventual reiteração delitiva não confere tipicidade a condutas irrelevantes para o direito penal, ramo jurídico que só deve ser chamado em hipóteses extremas e para tutelar a violação dos bens mais caros à sociedade.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem amadurecido no sentido de compreender que é “mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato” (RHC 210.198/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/01/2022).

5. Agravo regimental provido, a fim de conceder o habeas corpus e *absolver* o agravante, ante o reconhecimento da atipicidade da conduta.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 05/03/2024 a 11/03/2024, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília (DF), 11 de março de 2024 (data do julgamento).

Ministra Daniela Teixeira, Relatora

DJe 14.3.2024

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Daniela Teixeira: Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu do *habeas corpus* impetrado em favor do agravante (e-STJ fls. 269/276).

Verifica-se dos autos que o agravante foi condenado pela suposta prática do crime de furto, tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 11 (onze) dias-multa, pois teria subtraído 09 (nove) unidades do chocolate “*Diamante Negro*”, marca Lacta e 07 (sete) unidades do chocolate “*Duo Classic*”, marca Nestle, totalizando R\$ 87,81 (oitenta e sete reais e oitenta e um centavos). Nota-se, ainda, que o agravante foi abordado pelos seguranças do estabelecimento comercial respectivo logo após sair com os aludidos itens.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, consoante voto condutor do acórdão (e-STJ fls. 251/257).

Ainda irredignada, a defesa impetrou o presente *writ*, no qual sustentou, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de atipicidade

da conduta ante o princípio da insignificância. Alegou que “*parece indubitosa à subtração não violenta de algumas barras de chocolate de um supermercado, no valor de R\$ 87,81 (oitenta e sete reais e oitenta e um centavos), não revela desvalor relevante da conduta ou do resultado. Não há, portanto, lesão significativa a bem jurídico relevante. Assim, o fato descrito na denúncia é atípico*” (e-STJ fl. 9). Sustentou, ainda, que “*Não se ignora a existência de condenações definitivas por crimes anteriores ao fato imputado nestes autos. Ocorre que tais circunstâncias subjetivas não podem ser tomadas como critério determinante no juízo de tipicidade. Os únicos elementos subjetivos que podem ser considerados em sede de tipicidade são o dolo e a culpa, compreendidos como vínculos subjetivos entre a conduta do agente com o resultado típico*” (e-STJ fl. 10).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ fls. 262/267).

Em decisão monocrática, o Ministro Jesuíno Rissato não conheceu do habeas corpus, ao fundamento de que “*o v. acórdão combatido está em consonância com a legislação e com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não restando configurada a ilegalidade apontada*” (e-STJ fl. 275).

Nas razões do presente agravo (e-STJ fls. 280/300), o agravante reiterou os argumentos suscitados em sede de *habeas corpus*, ressaltando, ainda, que “*Em relação aos maus antecedentes que pesa sobre o agravante e que foi destacado na r. decisão, não deve ser analisado com critérios subjetivos e sim objetivos, que significa afirmar que a análise consiste em verificar se o fato tem ou não relevância para o Direito Penal, sob o prisma da fragmentariedade e da intervenção mínima. As circunstâncias de ordem subjetiva, como a reincidência e/ou maus antecedentes, não impedem o reconhecimento do fato como bagatela, sob pena de se implementar, no âmbito da caracterização do crime, o Direito Penal do Autor. Assim, a reiteração delitiva não é hábil a afastar a incidência do princípio da insignificância, pois se julga o fato delitivo e não o seu agente*” (e-STJ fl. 284), anexou, para tanto, precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal que corroboram a sua tese.

Por fim, requereu a reconsideração da r. decisão, para que seja concedido o *habeas corpus* com a absolvição por atipicidade da conduta. “*Sendo mantida a decisão, requer que o presente agravo regimental seja submetido ao Colegiado, para análise do mérito recursal*” (e-STJ fl. 298).

O Ministério Público de Minas Gerais apresentou as contrarrazões ao agravo (e-STJ fls. 305/308).

O Ministério Público Federal não se manifestou (certidão acostada ao e-STJ fl. 310).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Daniela Teixeira (Relatora): O agravo regimental é tempestivo e indicou os fundamentos da decisão recorrida, razão pela qual deve ser conhecido.

Com efeito, verifico a existência de elementos suficientes para reconsiderar a decisão proferida.

Consoante restou demonstrado, a hipótese em apreço refere-se a uma subtração, sem prática de violência ou grave ameaça a pessoa, *de 09 (nove) unidades do chocolate “Diamante Negro”, marca Lacta, e 07 (sete) unidades do chocolate “Duo Classic”, marca Nestle, totalizando R\$ 87,81 (oitenta e sete reais e oitenta e um centavos), os quais, frise-se, foram imediatamente recuperados pelos seguranças do estabelecimento respectivo.*

Nesses casos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem amadurecido no sentido de compreender que *“somente aspectos de ordem objetiva do fato devem ser analisados”,* pois, *“levando em conta que o princípio da insignificância atua como verdadeira causa de exclusão da própria tipicidade, equivocadamente é afastar-lhe a incidência tão somente pelo fato de o paciente possuir antecedentes criminais”.* Mostra-se, então, *“mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato”* (RHC 210.198/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/01/2022).

Em homenagem ao direito penal do fato, um dos princípios que devem orientar a aplicação do direito penal no Estado Democrático, ao se afirmar que determinada conduta é atípica, *ainda que ela ocorra reiteradas vezes,* em todas essas vezes estará ausente a proteção jurídica de envergadura penal. Há, claro, a possibilidade de eventual tutela na esfera patrimonial, ou seja, no âmbito do direito civil das obrigações. Nesse caminho segue a doutrina:

(...) a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (prima ratio) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual

estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes. Há outros ramos do Direito preparados a solucionar as desavenças e lides surgidas na comunidade, compondo-as sem maiores traumas (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 27).

A reiteração, em outras palavras, é incapaz de transformar um fato atípico em uma conduta com relevância penal. *Repetir várias vezes algo atípico não torna esse fato um crime*. Rememora-se, ainda, que o direito penal é subsidiário e fragmentário, só devendo atuar para proteger os bens jurídicos mais caros a uma sociedade. Sobre o tema, voltam-se os olhos à doutrina:

O princípio da ofensividade ou lesividade (*nullum crimen sine injuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão do bem jurídico tutelado (...) Tal como outros princípios já analisados, o da lesividade não se destina somente ao legislador, mas também ao aplicador da norma incriminadora, que deverá observar, diante da ocorrência de um fato tido como criminoso, se houve efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 119-120).

Certamente, *a subtração sem violência ou grave ameaça de 16 (dezesseis) chocolates, restituídos pouco tempo depois com a captura do agravante*, não integra a concepção de lesividade relevante ao ponto de justificar a intervenção do direito penal no caso concreto. A eventual reiteração de condutas dessa natureza não altera essa conclusão.

Para a aplicação do princípio da insignificância, esta Corte Superior entende necessária, ainda, a presença cumulativa das seguintes condições objetivas: a) *mínima ofensividade da conduta do agente*; b) *nenhuma periculosidade social da ação*; c) *reduzido grau de reprovabilidade* do comportamento do agente; e d) *inexpressividade da lesão jurídica* provocada (AgRg no HC 845.965/SP, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 27/11/2023).

Todos esses requisitos estão presentes na espécie.

A conduta possui *mínima ofensividade*, pois não houve violência ou grave ameaça no aludido crime patrimonial.

Não há *periculosidade social* na ação, pois o fato vincula-se a um único agente que subtraiu objetos, de valor comercial irrisório, de um único estabelecimento comercial.

A *reprovabilidade do comportamento* é bastante reduzida, visto que se trata de furto de alimentos.

Não há sequer o que se falar em *lesão jurídica da conduta*, pois, como visto, os itens subtraídos foram imediatamente restituídos à vítima.

No mesmo sentido são os seguintes precedentes, desta Turma, *inclusive da minha relatoria*, e da Sexta Turma, em que foram analisados fatos análogos aos imputados ao agravante:

Habeas corpus. Furto simples. Princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Conduta praticada sem violência ou grave ameaça. Res furtiva atrelada a objetos de higiene pessoal de baixo valor econômico, imediatamente restituídos à vítima. Irrelevância de eventual reiteração delitiva em razão da atipicidade do fato. Paciente tecnicamente primária. Ordem concedida para o trancamento da ação penal.

1. Habeas corpus que tem por objeto o trancamento de ação penal, na qual se imputa à paciente a prática do crime de furto simples (art. 155, caput, do Código Penal), *pela suposta subtração de 8 (oito) frascos de shampoo, que foram restituídos à vítima logo após a captura da ré.*

2. *Incidência ao caso do princípio da insignificância, que retira a tipicidade da conduta imputada à paciente.*

3. Eventual reiteração delitiva não confere tipicidade a condutas irrelevantes para o direito penal, ramo jurídico que só deve ser chamado em hipóteses extremas e para tutelar a violação dos bens mais caros à sociedade. Na hipótese dos autos, somada a essa conclusão está o fato de a paciente ser tecnicamente primária.

4. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem amadurecido no sentido de compreender que é “mais coerente a linha de entendimento segundo a qual, para incidência do princípio da bagatela, devem ser analisadas as circunstâncias objetivas em que se deu a prática delituosa e não os atributos inerentes ao agente, sob pena de, ao proceder-se à análise subjetiva, dar-se prioridade ao contestado e ultrapassado direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato”* (RHC 210.198/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14/01/2022).

5. *Ordem de habeas corpus concedida para reconhecer a atipicidade da conduta imputada à paciente e determinar o trancamento da ação penal, por maioria de votos, vencido o Ministro Relator.*

(AgRg no HC n. 834.558/GO, relator Ministro Messod Azulay Neto, relatora para acórdão Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 20/12/2023.). Grifos acrescentados.

Processo Penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto qualificado pelo concurso de agentes. Inexpressividade da lesão jurídica. Valor da res furtiva pouco superior a 10% do salário mínimo. Princípio da insignificância. Aplicabilidade, no caso concreto. Situação excepcional. Bens subtraídos

destinados à higiene pessoal. Agravo não provido. 1. O “*princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. [...] Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (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 - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.*” (STF, HC 84.412/SP, Rel. Ministro **Celso de Mello, Segunda Turma**, DJ 19/11/2004). 2. Na hipótese, os bens subtraídos (2 frascos de shampoo e 4 desodorantes) foram avaliados em R\$ 101,00, o que representa pouco mais que 10% do salário mínimo vigente à época. Deste modo, resta configurada a atipicidade material da conduta, por estar demonstrada a mínima ofensividade e a ausência de periculosidade social da ação, o que permite a aplicação do princípio da insignificância no caso dos autos. 3. Mesmo nas hipóteses de furto qualificado, esta Corte Superior tem admitido a incidência do princípio da insignificância diante das peculiaridades do caso concreto, como na hipótese, em que os bens subtraídos eram destinados à higiene pessoal. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.015.856/RO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 20/5/2022). Grifos acrescentados.

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Furto majorado (repouso noturno - art. 155, § 1º, CP). Princípio da insignificância. Excludente de tipicidade conglobante. Antecedentes muito antigos. Produtos de higiene pessoal. Bens restituídos à vítima. Valor ínfimo. 1. *Vislumbra-se a insignificância da conduta imputada, haja vista que os bens furtados, que são objetos de higiene pessoal, ou seja, 7 desodorantes, avaliados, à época, em R\$ 75,48 (setenta e cinco reais e quarenta e oito centavos), aproximadamente, 6,8% do salário mínimo vigente ao tempo do fato ocorrido, foram restituídos à vítima, e os maus antecedentes indicados pelas instâncias ordinárias são bastante antigos, haja vista que o crime referente a este processo foi praticado em 2020 e as condenações mencionadas tratam-se de furtos tentados, em continuidade delitiva, praticados em 2001, denúncia caluniosa praticada em 2009, lesão leve em situação de violência doméstica contra a mulher praticada em 2009, e, por fim, o antecedente mais recente trata-se de um furto simples praticado em 2012 - há mais de 11 anos, tudo conforme se denota da folha de antecedentes criminais.* 2. A Sexta Turma desta Corte Superior “*tem admitido, excepcionalmente, a aplicação do princípio da insignificância ainda que se trate de réu reincidente, considerando as peculiaridades do caso em exame, em que evidente a inexpressividade da lesão jurídica provocada e o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente*” (AgInt no AREsp n. 948.586/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em

18/8/2016, DJe 29/8/2016). 3. Agravo regimental provido, para reconsiderar a decisão de fls. 399-402, e conhecer do agravo, a fim de dar provimento ao recurso especial, absolvendo o agravante pela atipicidade da conduta imputada (art. 386, inc. III, CPP). (AgRg no AREsp n. 2.137.893/SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023). Grifos acrescidos.

O tema também chegou à Terceira Seção e foi assim solucionado:

Penal e Processo Penal. Embargos de divergência em recurso especial. Tentativa de furto de produtos de higiene pessoal (desodorantes e óleos corporais). Restituição dos bens à vítima. Concurso de pessoas x Aplicação do princípio da insignificância. Necessidade de se verificar as condições pessoais do agente no caso concreto. Ausência de periculosidade significativa da conduta do réu. Atipicidade material da conduta. Excepcionalidade. Embargos de divergência rejeitados. 1. De acordo com a orientação traçada pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância demanda a verificação da presença concomitante dos seguintes vetores (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Como regra, a aplicação do princípio da insignificância tem sido rechaçada nas hipóteses de furto qualificado pelo concurso de agentes, tendo em vista que tal circunstância denota, em tese, maior ofensividade e reprovabilidade da conduta. Precedentes. 3. Da mesma forma, a jurisprudência mais recente da Terceira Seção desta Corte traçou uma orientação no sentido de que, para fins de aplicação do princípio da bagatela, a lesão jurídica provocada não pode ser considerada insignificante quando o valor dos bens subtraídos perfaz mais de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época dos fatos (AgRg no REsp 1.549.698/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 3/11/2015). 4. Isso não obstante, deve-se ter em mente que, como sói acontecer com todas as diretrizes genéricas, esse entendimento, de ordem a ser aplicado com justiça, deve considerar as circunstâncias peculiares de cada caso concreto, de maneira a verificar se, efetivamente, o concurso de pessoas, diante do quadro completo do delito, representou uma maior reprovabilidade da conduta dos agentes que desautorizaria a aplicação do princípio da insignificância. 5. Não é por outro motivo que o consagrado filósofo norteamericano de Teoria Geral do Direito Ronald Dworkin defende que “o caso em sua concretude e irrepetibilidade deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis, consoante as próprias pretensões a direito levantadas, no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico.” (in Scotti, Guilherme e Carvalho Netto, Menelick de, “Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras”. Ed. Forum, Belo Horizonte, 2011) 6. De se concluir, portanto, que o

fato de o delito ter sido praticado em concurso de agentes, por si só, não impede peremptoriamente a aplicação do princípio da insignificância, devendo, nesses casos, ser valorada a efetiva maior reprovabilidade da conduta em razão do concurso, o que não se verificou no caso dos autos. Precedentes: AgRg no REsp 1.483.842/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016; AgRg no REsp 1.455.300/MG, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 14/05/2015; RHC 42.454/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014; HC 225.991/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 04/08/2014; HC 246.776/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 20/02/2014. 7. Ademais, embora seja pacífico na jurisprudência que a restituição do produto do crime não constitui, por si só, motivo autorizador da aplicação do princípio da insignificância (AgInt no HC 299.297/MS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016), indubitavelmente tal restituição, somada a outros fatores pode e deve ser considerada dentro do quadro definidor da reprovabilidade da conduta do(s) agente(s). 8. Situação em que o acusado, em 25/05/2013, com o auxílio de outros dois indivíduos não identificados postados como vigias, tentou subtrair de supermercado produtos de higiene (2 desodorantes Axé 160 ml, 2 frascos de Dermacid, 2 frascos de óleo corporal Paixão e 2 desodorantes corporais Corpo a Corpo da marca Davena), avaliados em R\$ 100,00 (cem reais), mas foi abordado por empregado do supermercado e os produtos foram recuperados. 9. No caso concreto, apontam para a ausência de especial reprovabilidade da conduta: o fato de que o réu não é reincidente, não houve violência, a ineficiência e falta de elaboração do esquema planejado e descoberto denota inexperiência por parte dos perpetrantes, deixando transparecer sua inabitualidade no crime. Além disso, a característica e quantidade dos bens que pretendiam subtrair - produtos de higiene - leva a crer que sua utilidade final seria o uso próprio, e não o comércio, presumindo-se que o produto do crime seria dividido entre os comparsas. Isso sem contar que a qualidade dos bens furtados não se reveste de especial significação seja para a atividade comercial da empresa vítimas, seja para a sociedade em geral. 10. De se concluir, portanto, que nem o valor dos bens furtados nem a qualificadora do concurso de agentes constituem óbice à aplicação do princípio da insignificância no caso concreto. 11. Embargos de divergência aos quais se nega provimento. (REsp n. 1.609.444/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 26/10/2016, DJe de 9/11/2016). Grifos acrescentados.

Nesses termos, a conduta imputada ao agravante é atípica.

Pelo exposto, *dou provimento ao agravo regimental* para conceder o *habeas corpus* e determinar a absolvição do agravante, ante o reconhecimento da atipicidade da conduta.

Em razão da condição de atipicidade da conduta, o fato objeto do presente feito não deve ser considerado, a qualquer título, como reiteração delitiva.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS N. 828.054-RN
(2023/0189615-0)**

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik

Agravante: Wesley Gomes do Nascimento (Preso)

Advogado: Vinicius Augusto Cipriano Maniçoba de Souza - RN014482

Agravado: Ministério Público Federal

Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

EMENTA

Processual Penal. Agravo regimental no *habeas corpus*. Tráfico de drogas. Apreensão de celular. Extração de dados. Captura de telas. Quebra da cadeia de custódia. Inadmissibilidade da prova digital. Agravo regimental provido.

1. O instituto da cadeia de custódia visa a garantir que o tratamento dos elementos probatórios, desde sua arrecadação até a análise pela autoridade judicial, seja idôneo e livre de qualquer interferência que possa macular a confiabilidade da prova.

2. Diante da volatilidade dos dados telemáticos e da maior suscetibilidade a alterações, imprescindível se faz a adoção de mecanismos que assegurem a preservação integral dos vestígios probatórios, de forma que seja possível a constatação de eventuais alterações, intencionais ou não, dos elementos inicialmente coletados, demonstrando-se a higidez do caminho percorrido pelo material.

3. A auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais,

os quais buscam ser garantidos pela utilização de metodologias e procedimentos certificados, como, *e.g.*, os recomendados pela ABNT.

4. A observação do princípio da mesmidade visa a assegurar a confiabilidade da prova, a fim de que seja possível se verificar a correspondência entre aquilo que foi colhido e o que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital. Uma forma de se garantir a mesmidade dos elementos digitais é a utilização da técnica de algoritmo *hash*, a qual deve vir acompanhada da utilização de um *software* confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital.

5. De relevo trazer à baila o entendimento majoritário desta Quinta Turma no sentido de que “*é ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia*” (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 2/3/2023).

6. Neste caso, não houve a adoção de procedimentos que assegurassem a idoneidade e a integridade dos elementos obtidos pela extração dos dados do celular apreendido. Logo, evidentes o prejuízo causado pela quebra da cadeia de custódia e a imprestabilidade da prova digital.

7. Agravo regimental provido a fim de conceder a ordem de ofício para que sejam declaradas inadmissíveis as provas decorrentes da extração de dados do celular do corrêu, bem como as delas decorrentes, devendo o Juízo singular avaliar a existência de demais elementos probatórios que sustentem a manutenção da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo regimental, para conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Daniela Teixeira, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília (DF), 23 de abril de 2024 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

DJe 29.4.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de Agravo Regimental interposto por *Wesley Gomes do Nascimento*, contra decisão de minha lavra na qual não conheci do *habeas corpus* (fls. 3.183/3.189).

No presente recurso, a defesa reitera as alegações de nulidade em razão de violação de domicílio, bem como de quebra da cadeia de custódia.

Reafirma que as denúncias anônimas, desacompanhadas de elementos preliminares, não constituem motivação para busca domiciliar, ao enfatizar que não houve mandado judicial, tampouco autorização do morador, que validasse o ingresso dos policiais no imóvel. Pondera que o óbice da supressão de instância não deve prevalecer sobre a referida ilegalidade flagrante.

Reforça argumentos no sentido de ofensa ao disposto no art. 158-A do Código de Processo Penal – CPP, destacando que a extração de dados mediante *print screen* de conversas realizadas pelo aplicativo *Whatsapp* não seria elemento confiável, uma vez que facilmente manipulável. Aponta que o acolhimento da tese não demanda análise aprofundada de provas, tratando-se, apenas, de reavaliação a fim de que se verifique a legalidade dos elementos probatórios, tal qual o decidido no AgRg no RHC 143.169/RJ.

Assevera que não está em discussão a competência do órgão investigativo responsável pela produção da prova, mas sim o procedimento utilizado para a arrecadação e análise do aparelho telefônico.

Requer, assim, a reconsideração do *decisum* ou o julgamento pelo órgão colegiado, a fim de que o recurso seja provido nos termos requeridos inicialmente, ou seja, com o reconhecimento da nulidade apontada e o consequente relaxamento da prisão.

A defesa pleiteia pela intimação a fim de realização de sustentação oral (fl. 3.201).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Após a análise acurada dos argumentos apresentados no presente agravo regimental, bem como diante do advento de sentença condenatória, na qual o juízo singular, em cognição plena, concluiu pela validade das provas telemáticas, entendo que assiste razão à defesa.

Inicialmente, quanto à alegada violação de domicílio, verifica-se que a matéria não fora analisada pelo Tribunal de origem, por isso não cabe a esta Corte de Justiça realizar o exame direto das novas alegações, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Noutro giro, acerca da quebra da cadeia de custódia, o Tribunal de origem afastou a alegada nulidade probatória com os seguintes fundamentos:

[...] Isto porque não restou comprovado de forma inequívoca que houve quebra da cadeia de custódia na extração de dados do aparelho celular mencionado pelos impetrantes. O procedimento foi devidamente autorizado judicialmente e o fato de ter sido realizado pela *Denarc* e não pelo *Gaeco*, por si só, não o torna ilegal. Além disso, em que pese os impetrantes afirmem que apenas o procedimento feito pelo *Gaeco* assegura a necessária legitimidade do elemento de informação/prova, pois impede sua manipulação, não apontou na exordial indício de manipulação ou de qualquer outro vício que possa ter ocorrido na extração de dados realizada pela *Denarc* (fl. 3.117).

Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, verificou-se que, depois da prolação da decisão ora combatida, sobreveio sentença condenando o agravante como incurso no art. 2º, *caput*, § 2º, da Lei n. 12.850/2013 (organização criminosa armada) às penas de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 14 dias-multa.

Na ocasião, o juízo singular concluiu pela inexistência de ilegalidade na extração dos dados telemáticos, consignando o seguinte:

A defesa dos acusados, de um modo geral, arguiram a nulidade das provas que embasam o processo, requerendo o desentranhamento dos autos do relatório de extração de dados do aparelho celular (Iphone XR, IMEI n. 353054100081868)

apreendido de posse de *Rafael Gomes da Silva*. Segunda a defesa, a apreensão do aparelho celular ocorreu de forma ilícita, mediante invasão de domicílio e “irregularidades gritantes” na abordagem do acusado. Narra a defesa que o aparelho foi apreendido em residência diversa da do acusado e mediante investida policial sem mandado da justiça. Ressaltou que *Rafael Gomes da Silva* foi preso em flagrante em 26/04/2020, em decorrência da apreensão de drogas localizadas na citada residência que não do acusado e que, por essa razão, ele teve a prisão preventiva, posteriormente, relaxada pelo Juízo da 13ª Vara Criminal e o inquérito arquivado. A defesa dos acusados também alegou a inépcia da denúncia e a quebra da cadeia de custódia da prova, aduzindo que a extração de dados foi realizada de maneira irregular; que não foram utilizados sistemas de extração (*Ufed/Celebrite*); que não houve o cumprimento da decisão judicial de envio de celular para o *Gaeco*; e, que as provas são baseadas em prints de conversas do aplicativo WhatsApp.

Convém ressaltar que, à exceção da preliminar de invasão de domicílio, as demais preliminares já foram enfrentadas por este Colegiado por meio da decisão do id. 90016184 (ocasião em que foi refutada a preliminar de inépcia da exordial arguida pela defesa de *Daise Rodrigues Costa*) e nos autos do Habeas Corpus n. 0829903-81.2022.8.20.5001 (UJUDOCrim), não havendo alteração do entendimento firmado.

Acerca da quebra da cadeia de custódia da prova, inclusive, destacamos a decisão adotada por este Colegiado no HC acima citado:

[...]

Outrossim, esclareceu ainda a autoridade apontado como coatora que, em relação à extração de dados realizada, *houve autorização judicial para a sua realização, que o procedimento foi feito diretamente sobre o aparelho, sem necessidade de uso de máquinas extratoras (ex. Cellebrite), informou, inclusive, que o aparelho foi encaminhado para extração via kit Cellebrite, mas que o pacote da máquina disponível na PC/RN não teve atualização/capacidade compatível à leitura do disposto.*

Com destaque, transcrevemos:

“A seu turno, não há de prosperar a alegativa de nulidade na extração dos dados do aparelho de celular apreendido em poder de Rafael “Papel”, sobretudo porque autorizado pelo juízo criminal competente. O Juízo autorizou a extração, análise e compartilhamento dos dados, inclusive com outros órgãos integrantes da Polícia Judiciária, como a Denarc. A análise se deu sem nenhuma ilegalidade, conforme bem descrito no relatório técnico de extração que fundamentou a instauração do IP 83/2021 – 4DP e respectivas cautelares (autos 0855108-49.2021.8.20.5001). A análise se deu após consulta direta ao aparelho, sem necessidade de uso de máquinas extratoras (ex. Cellebrite). Inclusive, de se notar que o aparelho também foi encaminhado para extração

via kit Cellebrite, mas o pacote da máquina disponível na PC RN não teve atualização/capacidade compatível à leitura do disposto. Ainda, o aparelho foi remetido ao **Gaeco**, em momento ulterior, pelo Delegado então titular da 4 DP (àquela época).

[...]

Destacamos, ainda, que não houve nenhuma irregularidade, manipulação, alteração da integridade e integralidade dos dados. Os aparelhos quando apreendidos são prontamente postos em **Modo Avião**, o que protege seus dados. [...] O aparelho encontra-se no depósito judiciário e pode, se necessário fosse, ser submetido a perícia. Ainda, não há a obrigatoriedade de que a análise seja feita mediante máquina de extração, até mesmo porque tais dispositivos, vão sendo atualizados ao longo dos anos, cujas novas séries são extremamente custosas, sendo que muitas vezes ainda não são compatíveis com determinados dispositivos que vão chegando ao mercado. A velocidade de inovação de aparelhos de celular no mercado é gigantesca maior que a das máquinas forenses, as quais vão sendo atualizadas para acompanhar aquele passo (bem mais largo)."

[...]

No que se refere à nulidade do procedimento adotado para realização da extração de dados do aparelho, também não foi demonstrada de plano a sua nulidade.

[...]

Também não restou demonstrada a nulidade da prova em virtude de o relatório ter sido produzido pela Polícia Civil, nesse sentido, destacamos o parecer do Representante do MP:

"Por sua vez, quanto a suposta determinação judicial de que a extração de dados deveria ser realizada obrigatoriamente pelo *Gaeco*/MPRN, tem-se que, na verdade, a decisão de ID 74504403 (autos n. 0102845- 80.2020.8.20.0001) deferiu que a extração de dados dos celulares apreendidos nos autos n. 0102845-80.2020.8.20.0001 deveria ser realizada com o auxílio do *Gaeco*/MPRN, o que de fato ocorreu. Consoante se depreende das págs. 20/33 do ID 75596855 dos autos n. 0855108-49.2021.8.20.5001, o *Gaeco*/MPRN realizou a extração de dados de três aparelhos celulares apreendidos, o que demonstra que prestou o devido auxílio. Enquanto que a Polícia Civil, diante do aparato necessário, realizou a extração de dados e análise do celular apreendido *Iphone XR* (IMEI 353054100081868) (cf. ID 75596855 - págs. 34/102 dos autos n. 0855108-49.2021.8.20.5001). Portanto, não há que se cogitar na invalidação da prova, porquanto realizada em consonância com a autorização judicial. Fato é que a defesa não fez prova da alegação da violação da cadeia de custódia. O que se observa dos autos é a inviolabilidade e a idoneidade dos vestígios coletados,

sendo, portanto, legítima a prova. Para fins de argumentação, ainda que remotamente cogite-se a hipótese de violação da cadeia de custódia, pontua-se que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, no julgamento do HC 653.515/RJ, em 23/11/2021, já estabeleceu o entendimento de que a violação não implica obrigatoria inadmissibilidade ou nulidade da prova, devendo ser observados os elementos de prova produzidos em juízo, a fim de sopesar se a prova pode ser considerada confiável."

Pois bem.

Passa-se, agora, à análise das teses jurídicas que orbitam a discussão concreta neste recurso: a prova digital, no caso concreto, pode ser considerada um elemento lícito, válido e apto a produzir efeitos no processo penal? Para se alcançar a resposta a esse questionamento, faz-se imprescindível examinar algumas questões prévias atinentes ao tema.

1. Um breve intróito sobre a cadeia de custódia da prova digital

Conforme é cediço, o instituto da cadeia de custódia visa a garantir que o tratamento dos elementos probatórios, desde a sua arrecadação até a análise e deliberação pela autoridade judicial, seja idôneo e livre de qualquer interferência que possa macular a confiabilidade da prova. (arts. 158-A e segs. do CPP)

Importante pontuar que, diante da volatilidade dos dados telemáticos e da maior suscetibilidade a alterações, imprescindível se faz a adoção de mecanismos que assegurem a preservação integral dos vestígios probatórios, de forma que seja possível a constatação de eventuais alterações, intencionais ou não, dos elementos inicialmente coletados, demonstrando-se a higidez do caminho percorrido pelo material.

Dessa forma, pode-se dizer que as provas digitais, em razão de sua natureza facilmente - e imperceptivelmente - alterável, demandam ainda maior atenção e cuidado em sua custódia e tratamento, sob pena de ter seu grau de confiabilidade diminuído drasticamente ou até mesmo anulado.

Gustavo Badaró, neste sentido, leciona que:

Evidente que independentemente de qual procedimento técnico empregado, além de adequado segundo as melhores práticas, ele também precisará ser documentado e registrado em todas as suas etapas. Tal exigência é uma garantia de um correto emprego das operating procedures, especialmente por envolver um dado probatório volátil e facilmente sujeito à mutação. Além disso, exatamente pela diferença ontológica da prova digital com relação à prova

tradicional, devido àquela não se valer de uma linguagem natural, mas digital, é que, como diz Pittiruti, uma cadeia de custódia detalhada se faz ainda mais necessária

(BADARÓ, Gustavo. A Cadeia de Custódia da Prova Digital. In: OSNA, Gustavo et. al. Direito Probatório. Londrina: Thoth, 2023, p. 179).

De fato, a prova, enquanto meio de reconstrução histórica dos fatos objeto de apuração, deve ser capaz de revelar, com o máximo de precisão possível, os eventos tais como ocorreram, sob pena de potencialmente conduzir a um temerário distanciamento entre a realidade fática e o pronunciamento jurisdicional.

Diante disso, Badaró visualiza dois cenários em que a inobservância da cadeia de custódia da prova digital, mais do que levar à desconfiança epistemológica sobre o meio de prova (campo da valoração probatória), conduzirá mesmo à sua desconsideração completa enquanto prova (campo da inadmissibilidade probatória). São eles: “*o primeiro, quando não há qualquer documentação da cadeia de custódia; o segundo, quando não seja possível, minimamente, assegurar que o vestígio tenha potencial para o acerto do fato*” (BADARÓ, p. 183).

Dito isso, mostra-se indispensável que todas as fases do processo de obtenção das provas digitais sejam documentadas, cabendo à polícia, além da adequação de metodologias tecnológicas que garantam a integridade dos elementos extraídos, o devido registro das etapas da cadeia de custódia, de modo que sejam asseguradas a autenticidade e a integralidade dos dados.

A propósito:

Penal e Processual Penal. Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Pornografia infantil. Art. 241-B do ECA. Dados extraídos de aparelhos eletrônicos sem o menor rigor técnico. Quebra da cadeia de custódia. Inadmissibilidade da prova. Precedente deste Colegiado. Agravo regimental desprovido.

1. A principal finalidade da cadeia de custódia, enquanto decorrência lógica do conceito de corpo de delito (art. 158 do CPP), é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo. Isto é: busca-se assegurar que os vestígios são os mesmos, sem nenhum tipo de adulteração ocorrida durante o período em que permaneceram sob a custódia do Estado.

2. A falta de documentação mínima dos procedimentos adotados pela polícia no tratamento da prova extraída de aparelhos eletrônicos, bem como a falta de adoção das práticas necessárias para garantir a integridade do conteúdo, torna

inadmissível a prova, por quebra da cadeia de custódia. Entendimento adotado por esta Quinta Turma no julgamento do AgRg no RHC 143.169/RJ, de minha relatoria, DJe de 2/3/2023.

3. Como decidimos naquela ocasião, “é ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si mesmo”.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.342.908/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/2/2024.)

2. Um diálogo entre fontes

De outro giro, sob a perspectiva do diálogo das fontes entre processo penal e processo civil, é oportuno ressaltar a pertinência da argumentação delineada pela defesa ao suscitar a inidoneidade de relatório de análise de extração de dados baseado em *print screen* de diálogos entre usuários de *Whatsapp*.

Ainda que se considere que os atos promovidos por agentes públicos no âmbito de investigação preliminar apresentem legitimidade apriorística, subsiste a disposição do art. 422 do Código de Processo Civil – CPC, pelo qual qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

Assim, o CPC dispõe, no § 1º do art. 422, que “[a]s fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia”.

Com mais razão, portanto, ao se tratar de investigação criminal, em que a exigência de autenticidade e integridade da potencial evidência digital é maior, o que vai exigir, minimamente, que “[a] autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (bit a bit) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa

fielmente o conteúdo original” (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023).

3. Diretrizes técnicas sobre tratamento de evidências digitais, código hash e princípio da mesmidade

Na esteira das preocupações com a garantia da autenticidade dos novos meios de prova, a Associação Brasileira de Normas Técnicas, desde o ano de 2013, estabelece na NBR ISO/IEC 27037:2013 diretrizes acerca do manuseio inicial de evidências digitais, o que compreende a sua identificação, coleta, aquisição e preservação.

O referido documento técnico, embora não dotado de força obrigatória de lei, constitui relevante guia a ser observado pelos atores da persecução penal, a fim de assegurar, tanto quanto possível, a autenticidade da prova digital. Recomenda-se, na norma técnica, que o sujeito responsável pela aquisição e tratamento do material de interesse para uma investigação descreva, desde o início, toda a cronologia de movimento e manipulação da potencial evidência digital, convindo que o registro da cadeia de custódia contenha, no mínimo, informações sobre o identificador único da evidência; quem acessou a evidência, com registro de tempo e local; quem checou a evidência interna e externamente nas instalações de preservação da evidência, com respectivo registro de tempo e local; propósito de verificação da evidência; além de quaisquer alterações inevitáveis da potencial evidência digital, assim como o nome do indivíduo responsável para tanto e a justificativa para a introdução da alteração.

Convém, assim, que o material epistemológico digital de interesse à persecução penal seja tratado mediante critérios bem definidos, que possibilitem a sua preservação, na maior medida possível, notadamente com explícita indicação de quem foi responsável pelo seu reconhecimento, coleta, acondicionamento, transporte e processamento, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito, notadamente com indicação da metodologia empregada e das ferramentas eventualmente utilizadas.

A documentação de cada etapa da cadeia de custódia é fundamental, a fim de que o procedimento seja auditável. É dizer, as partes devem ter condições de aferir se o método técnico-científico para a extração dos dados foi devidamente observado (*auditabilidade* da evidência digital). Ainda, faz-se importante que a mesma sequência de etapas sempre redunde nos mesmos resultados, ou

seja, que os mesmos procedimentos/instrumentos gerem a mesma conclusão (*repetibilidade* da evidência digital). Igualmente, ainda que sejam utilizados métodos diversos, os resultados devem ser os mesmos (*reprodutibilidade* da evidência digital). Por fim, os métodos e procedimentos devem ser justificáveis, sob a ótica da melhor técnica (*justificabilidade* da evidência digital).

Assim, pode-se dizer que a auditabilidade, a repetibilidade, a reprodutibilidade e a justificabilidade são quatro aspectos essenciais das evidências digitais, as quais buscam ser garantidas pela utilização da metodologia da ABNT. A ausência de quaisquer deles redundaria em um elemento epistemologicamente frágil e deficiente, e, portanto, de valor probatório reduzido ou nulo.

Tudo isso volta-se à tentativa de garantir o princípio da mesmidade, é dizer, a correspondência entre aquilo que foi colhido e aquilo que resultou de todo o processo de extração da prova de seu substrato digital, de forma a assegurar a confiabilidade da prova (“ela é o que pretende ser”).

Uma forma de observar o princípio da mesmidade é por meio da utilização da técnica de algoritmo *hash*. Como bem explana o Min. Ribeiro Dantas, em seu voto no AgRg no RHC n. 143.169/RJ:

Aplicando-se uma técnica de algoritmo hash, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo - uma espécie de impressão digital ou DNA, por assim dizer, do arquivo. Esse código hash gerado da imagem teria um valor diferente caso um único bit de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Mesmo alterações pontuais e mínimas no arquivo resultariam numa hash totalmente diferente, pelo que se denomina em tecnologia da informação de efeito avalanche: [...].

Desse modo, comparando as hashes calculadas nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi alterado, minimamente que seja. Não havendo alteração (isto é, permanecendo íntegro o corpo de delito), as hashes serão idênticas, o que permite atestar com elevadíssimo grau de confiabilidade que a fonte de prova permaneceu intacta.

(AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 2/3/2023).

Além da técnica do algoritmo *hash*, também deve ser utilizado um *software* confiável, auditável e amplamente certificado, que possibilite o acesso, a interpretação e a extração dos dados do arquivo digital. Em outras palavras:

os instrumentos utilizados para promover a tradução dos dados digitais para uma linguagem compreensível devem ser conhecidos, confrontados e atestados, sob pena de colocar em risco toda a integridade do conteúdo de prova obtida.

4. O caso concreto

No caso dos autos, verifica-se que a equipe policial não se desincumbiu de trazer aos autos registros válidos sobre a extração dos dados, tendo a Corte *a quo* se limitado a afastar a aventada ilegalidade em razão de o procedimento ter sido autorizado judicialmente, ponderando, ainda, não haver proibição de extração de dados do aparelho celular pela *Denarc*, concluindo que a simples adoção de metodologia diversa daquela utilizada pelo *Gaeco* não invalida a análise dos dados realizada pela Delegacia especializada.

Observa-se que, quando da sentença condenatória, o juízo singular esclareceu que a “*análise se deu após consulta direta ao aparelho, sem necessidade de uso de máquinas extratoras (ex. Cellebrite). Inclusive, de se notar que o aparelho também foi encaminhado para extração via kit Cellebrite, mas o pacote da máquina disponível na PC RN não teve atualização/capacidade compatível à leitura do disposto*”, não sendo possível inferir a idoneidade das provas extraídas pelo acesso direto ao celular apreendido, sem a utilização de ferramenta forense que garantisse a exatidão das evidências, não havendo registros de que os elementos inicialmente coletados são idênticos ao que corroboraram a condenação.

De relevo trazer à baila o entendimento majoritário desta Quinta Turma no sentido de que “*é ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia*” (AgRg no RHC n. 143.169/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, relator para acórdão Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 2/3/2023).

Nessa mesma esteira, no âmbito doutrinário, Gustavo Badaró pontua que “[*n*]ão havendo documentação da cadeia de custódia, e não sendo possível sequer ligar o dado probatório à ocorrência do delito, o mesmo não deverá ser admitido no processo. A parte que pretende a produção de uma prova digital tem o ônus de demonstrar previamente a sua integridade e autenticidade, por meio da documentação da cadeia de custódia. Sem isso, sequer é possível constatar sua relevância probatória” (BADARÓ, p. 183).

Assim, inafastável a conclusão de que, *in casu*, não houve a adoção de procedimentos que assegurassem a idoneidade e a integridade dos elementos obtidos pela extração dos dados do celular do corréu *Rafael Gomes da Silva*. Logo, evidentes o prejuízo causado pela quebra da cadeia de custódia e a imprestabilidade da prova digital.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao agravo regimental a fim de conceder a ordem de ofício para que sejam declaradas inadmissíveis as provas decorrentes da extração de dados do celular de *Rafael Gomes da Silva*, bem como as delas decorrentes, devendo o Juízo singular avaliar a existência de demais elementos probatórios que sustentem a manutenção da condenação.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.
186.866-SP (2023/0321951-5)**

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Agravante: Marcelo Jose Ortega

Advogado: Marcelo José Ortega (em Causa Própria) - SP400982

Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Agravo regimental no recurso ordinário em *habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Artigo 337-E do Código Penal. Continuidade normatico-típica. Descrição adequada da conduta no acusado. Inicial acusatória apta. Princípio da correlação. Réu se defende dos fatos e não da capituação legal. Dolo específico. Descrição adequada. Agravo regimental desprovido.

1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da

punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

2. A nova lei não descriminalizou a conduta descrita no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e o cotejo do art. 337-E do Código Penal com o art. 89 da Lei 8.666/1993 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido.

3. No caso, a denúncia imputa ao recorrente a prática do delito descrito no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal. Os verbos incriminadores do novo art. 337-E do Código Penal são: admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. A conduta imputada ao recorrente na exordial acusatória se enquadra no tipo penal em análise, na medida em que foi descrito que ele concorreu para a dispensa indevida de licitação.

4. É assente o entendimento nesta Corte no sentido de que, segundo o princípio da correlação entre denúncia e sentença, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica indicada na inicial acusatória, não havendo que se falar em cerceamento de defesa nesse ponto.

5. Verifica-se dos autos a existência de descrição exaustiva e pormenorizada da atuação do agravante, sugestiva da prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, com todas as suas elementares, deixando entrever o dolo específico de causar dano ao Erário, bem como o efetivo prejuízo causado à Administração Pública, pois a alegada situação emergencial invocada para autorizar a dispensa de licitação não restou caracterizada, uma vez que a aquisição de equipamentos de informática “servidor de rede” e *software* configura situação rotineira e previsível. Dentro desse contexto, a exordial atende aos requisitos necessários para a deflagração da ação penal.

6. “Na linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública.” (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 29/6/2021).

7. O reconhecimento da ausência de justa causa e atipicidade da conduta é providência inviável na via estreita do *writ*, por exigir profundo exame do contexto probatório dos autos. Referida tarefa é reservada ao Juízo processante que, no decorrer da instrução processual, analisará as teses suscitadas pela defesa.

8. Hipótese em que o trancamento da ação penal com relação ao corréu Marcelo Ornelas Fragoso se deu “unicamente em razão da opinião manifestada em seu parecer de fls. 92/93 dos autos originais, sem que exista qualquer outro indício de que ele estivesse agindo em coautoria com os demais acusados”. (e-STJ, fl. 1.271). Segundo o acórdão, ele “sequer participou de todo o procedimento licitatório, uma vez que assumiu o cargo de assessor jurídico durante a realização do ato administrativo, revelando que não concorreu para a solicitação do pedido de dispensa indevida de licitação.” (e-STJ, fl. 1.271). Tal situação é de ordem estritamente pessoal e não tem o condão de atingir a situação do ora recorrente, contra o qual, ainda nos termos do acórdão, “subsiste justa causa para o recebimento da denúncia” (e-STJ, fl. 1.270).

9. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de agravo regimental interposto por **Marcelo José Ortega** contra decisão que negou provimento ao recurso em *habeas corpus*.

Em suas razões, o agravante reitera a argumentação originária de inépcia da denúncia e ausência de justa causa para a ação penal diante da inexistência dos elementos caracterizadores do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e de descrição do dolo específico de lesar o patrimônio público.

Afirma que a exordial se baseou em lei revogada, pois por ocasião do oferecimento da denúncia já estava em vigor a lei que revogou o art. 89 da Lei n. 8.666/1993. Alega, assim, que não está discutindo a *abolitio criminis* e tampouco a continuidade típico-normativa, mas a aptidão da denúncia que descreveu verbos do revogado dispositivo.

Alega atipicidade da conduta pois o recorrente nunca foi Secretário Municipal de Administração de Avaré - SP, não tendo nenhuma ingerência sobre essa pasta, tendo tão somente encaminhado a solicitação ao departamento de licitação em atendimento a uma solicitação emergencial do Departamento de Tecnologia da Informação, justificada em parecer técnico, para evitar a perda de dados públicos.

Requer a reconsideração do decisum de forma monocrática ou por deliberação colegiada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): O agravo não comporta provimento, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal, inquérito policial ou procedimento investigativo por meio do *habeas corpus* é medida excepcional. Por isso, será cabível somente quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.

Como registrado na decisão agravada, não é cabível a discussão de suposta ocorrência de *abolitio criminis* ou questionamentos acerca da continuidade típico-normativa. A questão já foi elucidada no âmbito desta Corte no sentido de que a nova lei não descriminalizou a conduta descrita no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, e que o cotejo do art. 337-E do Código Penal com o art. 89 da Lei 8.666/93 evidencia uma continuidade normativo-típica, já que o caráter criminoso do fato foi mantido.

E a alegação de inépcia da denúncia que se baseou em lei revogada não prevalece. A denúncia imputa ao recorrente a prática do delito descrito no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, c.c. o art. 29, *caput*, do Código Penal, porque:

Marcelo José Ortega solicitou ao Departamento de Licitação, em 08 de abril de 2011, a abertura de licitação com custo estimado de R\$ 115.485,00, tendo como objetivo a “contração de empresa especializada para fornecimento de equipamentos de informática “servidor de rede” e software para substituição em regime de urgência, bem como prestação de serviços para instalação”. Na solicitação fez constar que não havia tempo hábil para os trâmites licitatórios administrativos para a compra dos equipamentos, devido à urgência de infraestrutura pronta a ser disponibilizada pelo Departamento de Tecnologia da Informação. (fls. 47/48).

No mesmo dia, *Rogélio Barchetti Urrêa* autorizou a abertura de procedimento de dispensa de licitação objetivando a aquisição de equipamentos de informática “servidor de rede” e software para substituição em regime de urgência, bem como prestação de serviços para instalação, com valor estimado global de R\$ 115.485,00 (fls. 65).

[...]

Assim, no dia 19 de abril de 2011, houve a ratificação do procedimento de dispensa de licitação pelo denunciado *Rogélio Barchetti Urrêa* (fls. 94).

Desta forma, *Rogélio* dispensou licitação fora dos casos previstos na legislação especial, para o fornecimento de equipamentos de informática “servidor de rede” e softwares para substituição, tendo por beneficiária a empresa *Fiorelli Soluções Tecnológicas Ltda. - ME*, através da dispensa de licitação n. 57/2011 e respectivo contrato n. 149/2011, tendo os *Marcelo José Ortega* e *Marcelo Ornelas Fragoso* concorrido para a dispensa indevida.

A alegada situação emergencial, invocada pelos denunciados para autorizar a dispensa de licitação, não restou caracterizada, pois, tratava-se de situação rotineira, previsível, e que, portanto, permitia à Administração se programar com antecedência para realizar um certame licitatório. Cabia, então, elaborar planejamento oportuno, que garantisse a continuidade da execução dos trabalhos. (e-STJ, fls. 186-187)

Os verbos incriminadores do novo art. 337-E do Código Penal são: admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei. A conduta imputada ao recorrente na exordial acusatória se enquadra no tipo penal em análise, na medida em que foi descrito que ele concorreu para a dispensa indevida de licitação.

Foi como decidiu a Corte *a quo*:

Releva notar que a Lei n. 14.133/21, ao revogar expressamente o artigo 89, da Lei n. 8.666/93, inseriu no artigo 337-E do Código Penal a figura típica da “contratação indireta ilegal”, que consiste em admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta nos casos não previstos em lei. (e-STJ, fl. 1.190)

Além disso, é assente o entendimento nesta Corte no sentido de que, segundo o princípio da correlação entre denúncia e sentença, o réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídica indicada na inicial acusatória, não havendo que se falar em cerceamento de defesa nesse ponto.

A tese de inépcia da denúncia, que não teria descrito o elemento subjetivo do tipo (dolo específico), também não merece acolhimento.

Verifica-se dos autos a existência de descrição exaustiva e pormenorizada da atuação do agravante, sugestiva da prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, com todas as suas elementares, deixando entrever o dolo específico de causar dano ao Erário, bem como o efetivo prejuízo causado à Administração Pública, pois a alegada situação emergencial invocada para autorizar a dispensa de licitação não restou caracterizada, uma vez que a aquisição de equipamentos de informática “servidor de rede” e *software* configura situação rotineira e previsível.

Dentro desse contexto, a exordial atende aos requisitos necessários para a deflagração da ação penal.

Nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Penal e Processo Penal. Art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 e art. 1º, II, do Decreto Lei 201/67. Presença de elementos mínimos a embasar a exordial acusatória que, ademais, atende aos requisitos do art. 41 do CPP. Presença de justa causa da persecução penal. Súmula n. 7/STJ. Violação do art. 619 do CPP. Ausência. Recurso não provido.

1. Na linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução

processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 29/6/2021.). Nessa linha, o delito tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993 pune a conduta de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, sendo, conforme entendimento desta Corte, crime material que exige para a sua consumação a demonstração, ao menos em tese, do dolo específico de causar dano ao erário, bem como o efetivo prejuízo causado à administração pública, devendo tais elementos estarem descritos na denúncia, sob pena de ser considerada inepta (RHC 87.389/PR, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 6/10/2017).

2. No presente caso, a exordial acusatória preenche os requisitos exigidos pelo art. 41 do CPP, porquanto com base em prova documental, descreve a conduta atribuída à recorrente - que nos procedimentos de inexigibilidade de Licitação 012/2014 e 012/2015, a gestora municipal, não indicou as razões das escolhas nem as justificativas dos preços, violando as exigências previstas no art. 26, incisos II e III, da Lei n. 8.666/93 utilizando-se indevidamente de verbas públicas em benefício das empresas contratadas.

3. Ademais, o acolhimento da pretensão recursal, no sentido de reconhecer a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação demandaria o reexame das provas, o que não se viabiliza em recurso especial, a teor do verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

4. Não há que se falar em violação do art. 619 do CPP, isso porque todas as teses recursais foram afastadas de forma fundamentada pelo Tribunal de origem. Não há que se confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 2.035.255/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022; grifou-se.)

Ressalte-se que “[n]a linha dos precedentes desta Corte, não é necessário que a denúncia apresente detalhes minuciosos acerca da conduta supostamente perpetrada, pois diversos pormenores do delito somente serão esclarecidos durante a instrução processual, momento apropriado para a análise aprofundada dos fatos narrados pelo titular da ação penal pública.” (AgRg no AREsp n. 1.831.811/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe de 29/6/2021).

Sendo assim, não prevalecem os argumentos da parte recorrente, devendo a ação penal ter o seu normal prosseguimento, a fim de elucidar os fatos adequadamente narrados pela acusação, que, da forma como expostos, permitem o pleno exercício da ampla defesa.

É necessário frisar, ainda, que o reconhecimento da ausência de justa causa e atipicidade da conduta é providência inviável na via estreita do *writ*, por exigir profundo exame do contexto probatório dos autos. Referida tarefa é reservada ao Juízo processante que, no decorrer da instrução processual, analisará as teses suscitadas pela defesa.

Por derradeiro, cumpre anotar que o trancamento da ação penal com relação ao corréu Marcelo Ornelas Fragoso se deu “unicamente em razão da opinião manifestada em seu parecer de fls. 92/93 dos autos originais, sem que exista qualquer outro indício de que ele estivesse agindo em coautoria com os demais acusados”. (e-STJ, fl. 1.271). Segundo o acórdão, ele “sequer participou de todo o procedimento licitatório, uma vez que assumiu o cargo de assessor jurídico durante a realização do ato administrativo, revelando que não concorreu para a solicitação do pedido de dispensa indevida de licitação.” (e-STJ, fl. 1.271).

Tal situação é de ordem estritamente pessoal e não tem o condão de atingir a situação do ora recorrente, contra o qual, ainda nos termos do acórdão, “subsiste justa causa para o recebimento da denúncia” (e-STJ, fl. 1.270).

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS N.
193.492-DF (2024/0040224-3)**

Relator: Ministro Messod Azulay Neto

Agravante: Pedro Henrique Barroso Neiva

Agravante: Vinicius Couto Farago

Agravante: Kleber Rodrigues de Moraes

Agravante: Alex Bruno da Silva Vale

Advogados: Cleber Lopes de Oliveira - DF015068

Rainer Serrano Rosa Barboza - DF041317

Nina Ribeiro Nery de Oliveira - DF046126

Murilo Marcelino de Oliveira - DF061021

Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

EMENTA

Processo Penal. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Compartilhamento dos relatórios de inteligência do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf. Solicitação direta dos órgãos de persecução penal para fins criminais. Constitucionalidade. Necessária observância de requisitos formais. Tese definida pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 990/RG. Prévia apuração dos fatos. Informações solicitadas no curso de procedimento administrativo preliminar. Inexistência de ilegalidade.

I - Em dezembro de 2019, o tema relativo ao compartilhamento de relatórios de inteligência financeira para fins penais, por órgãos administrativos de inteligência, sem a intermediação do Poder Judiciário, foi analisado, sob o aspecto constitucional, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.055.941/SP, submetido à sistemática da repercussão geral. Ao final, o Supremo Tribunal Federal consolidou o Tema 990 da repercussão geral com a seguinte tese: “1. *É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional.* 2. *O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios*” (RE n. 1.055.941, Tribunal Pleno, Min. Rel. Dias Toffoli, DJe de 18/03/2021).

II - Ao fixar a tese do Tema n. 990 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma premissa e a sua respectiva condição. A premissa consiste na possibilidade de compartilhamento direto das informações elaboradas pelo *Coaf* com os órgãos de persecução penal, sem intermediação do Poder Judiciário. A condição, por sua vez, está na obrigatoriedade de que esse compartilhamento seja realizado por meio de comunicações formais, em procedimento devidamente instaurado, com garantia de sigilo, certificação do destinatário, e esteja *sujeito a posterior controle jurisdicional*.

III - No caso dos autos, os relatórios de inteligência financeira foram encaminhados pelo *Coaf* à autoridade policial no curso de um procedimento administrativo preliminar formalmente instaurado no âmbito da Polícia Civil do Distrito Federal, com delimitação do objeto de averiguação. Além disso, tais informações foram precedidas de apuração prévia dos fatos noticiados e de comunicação do Ministério da Economia que indicou expressamente a prática de exploração de jogos de azar sem a devida autorização e sem a observância dos requisitos legais. Tais circunstâncias afastam a tese defensiva da ocorrência de pescaria probatória, também denominada *fishing expedition*, que consiste na prática de uma investigação meramente especulativa, indiscriminada, sem objeto delimitado e caracterizada pela clandestinidade.

IV - O contexto fático denota a integral conformidade entre a forma de compartilhamento dos relatórios de inteligência do *Coaf* e a tese fixada no Tema 990 da Repercussão Geral, de modo que não se observa nenhum constrangimento legal a ser sanado nesta via.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Daniela Teixeira, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de abril de 2024 (data do julgamento).

Ministro Messod Azulay Neto, Relator

DJe 16.4.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto: Trata-se de agravo regimental, interposto por *Pedro Henrique Barroso Neiva, Vinicius Couto Farago, Kleber*

Rodrigues de Moraes e Alex Bruno da Silva Vale, contra decisão que negou provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

A defesa impetrou *habeas corpus* contra decisão do juízo de primeiro grau a fim de que as provas decorrentes das informações encaminhadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras - *Coaf*, no curso da investigação que deu origem à ação penal n. 0701018-35.2022.8.07.0014, fossem declaradas ilegais (fls. 8-33).

O Tribunal de origem denegou a ordem ao argumento de que: a) não há ilicitude na atuação do *Coaf*, pois as informações foram compartilhadas somente após a instauração de procedimento preliminar de investigação e após informações prestadas pelo Ministério da Economia; b) não se observa a prática de *fishing expedition*, porquanto a autoridade policial, a partir de denúncia anônima, promoveu investigação preliminar e, posteriormente, instaurou inquérito; c) a inicial acusatória está fundamentada em elementos probatórios independentes dos apontados pelos impetrantes (fls. 1.658-1.683).

No recurso ordinário, a defesa sustentou a ilegalidade do intercâmbio de informações sigilosas entre o *Coaf* e a autoridade policial, uma vez que investigações preliminares ao inquérito não legitimariam a solicitação de dados àquele conselho. Aduziu, ainda, que houve a prática de *fishing expedition*, pois antes da instauração do inquérito policial não existiriam elementos concretos que fundamentassem a solicitação direta de informações ao *Coaf* (fls. 1.703-1.730).

O recurso teve o provimento negado monocraticamente, razão pela qual a defesa interpôs o presente agravo regimental. Sustenta que a solicitação dos relatórios de inteligência do *Coaf*, por parte da autoridade policial, antes da instauração do inquérito policial, teria configurado evidente *fishing expedition*. Aduz que o procedimento de investigação preliminar não se equipara ao inquérito policial, de modo que não legitimaria a requisição direta de informações ao *Coaf*. Afirmar, ainda, que a tese estabelecida no Tema 990/ RG não abrangeria a controvérsia apresentada, pois o Supremo Tribunal Federal teria estabelecido apenas a constitucionalidade do compartilhamento de relatórios de inteligência financeira, independente de autorização judicial prévia, sem dispensar a instauração do prévio inquérito policial. Ao final, requer seja declarada a ilicitude dos relatórios de inteligência financeira do *Coaf* e das provas derivadas das referidas informações (fls. 1.837-1.849).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto (Relator): O Conselho de Controle de Atividades Financeiras - *Coaf*, criado pela Lei n. 9.613/98 e reestruturado pela Lei n. 13.974/2020, é órgão vinculado administrativamente ao Banco Central do Brasil que dispõe de autonomia técnica e operacional e atua em todo o território nacional.

Entre as suas atribuições, estão a produção e gestão de informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, bem como a promoção de interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiros e internacionais que tenham conexão com suas atividades.

O *Coaf* é considerado a Unidade de Inteligência Financeira - UIF do Brasil, autoridade central e independente que recebe e analisa informações encaminhadas pelo setor financeiro e outros setores obrigados e dá conhecimento sobre os fatos suspeitos identificados às autoridades competentes para aplicação da lei.

Em dezembro de 2019, o tema relativo ao compartilhamento de informações para fins penais, por órgãos administrativos de inteligência, sem a intermediação do Poder Judiciário, foi analisado, sob o aspecto constitucional, no julgamento do RE n. 1.055.941/SP, submetido à sistemática da repercussão geral. A discussão do *leading case*, que inicialmente tratava apenas do encaminhamento de informações da Receita Federal ao Ministério Público, foi ampliada para abranger o compartilhamento de dados submetidos ao sigilo bancário e fiscal com os órgãos de persecução penal.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal consolidou o Tema 990 da repercussão geral com a seguinte tese:

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

2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios (RE n. 1.055.941, Tribunal Pleno, Min. Rel. Dias Toffoli, DJe de 18/03/2021).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o assunto foi discutido pela Sexta Turma por ocasião do julgamento do RHC n. 147.707/PA. No caso específico, a recorrente era investigada pela prática do crime de lavagem de capitais, previsto no art. 1º, § 2º, inciso I, da Lei n. 9.613/98, e requereu o reconhecimento da ilicitude dos elementos de informação encaminhados pelo *Coaf* após requisição direta da autoridade policial.

No voto condutor, o Ministro relator Antonio Saldanha Palheiro entendeu que a requisição direta de relatórios de inteligência do *Coaf* pela autoridade policial, sem autorização judicial, configuraria situação diversa da julgada no RE n. 1.055.941/SP e, portanto, não permitida pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, registrou a similaridade do caso examinado com a controvérsia submetida a julgamento no RHC n. 83.233/SP, em que a Terceira Seção deste Tribunal Superior entendeu ser ilícita a requisição direta, por parte do Ministério Público, de dados fiscais à Receita Federal.

Veja-se o teor do acórdão:

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, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 24/8/2023).

Diante do resultado do julgamento - acima transcrito -, o Ministério Público do Estado do Pará ajuizou reclamação constitucional perante o Supremo Tribunal Federal para alegar afronta à decisão proferida no RE n. 1.055.941/SP. Sustentou, em síntese, que a Suprema Corte, amparada em práticas consolidadas internacionalmente e compatíveis com o ordenamento jurídico, havia reconhecido explicitamente, no paradigma apontado, a possibilidade de solicitação de informações diretamente ao *Coaf*, pelos órgãos de persecução penal.

O Ministro Cristiano Zanin, relator da reclamação - Reclamação n. 61.944/PA -, acolheu os argumentos do reclamante. Decidiu que, da análise do inteiro teor do RE n. 1.055.941/SP, o qual gerou o verbete do Tema 990/RG, o STF declarou “*constitucional o compartilhamento de dados entre o Coaf e as autoridades de persecução penal, sem necessidade de prévia autorização judicial, também em casos em que o relatório tenha sido solicitado pela autoridade*”. O Ministro deixou claro, portanto, que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, os relatórios emitidos pelo *Coaf* podem ser compartilhados espontaneamente ou por solicitação dos órgãos de persecução penal para fins criminais, independentemente de autorização judicial. Ressaltou, ainda, que o recurso extraordinário em comento formou precedente vinculante, a ser seguido obrigatoriamente pelos órgãos do Poder Judiciário, nos termos do art. 927, inciso III, e do art. 1.040, inciso III, ambos do Código de Processo Civil. Por fim, julgou procedente a reclamação para cassar o acórdão proferido pela Sexta Turma do STJ, a fim de que outro seja proferido em observância do decidido no Tema n. 990/RG pelo Supremo Tribunal Federal.

A reclamada, então, interpôs agravo regimental, que teve o provimento negado, por unanimidade, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no dia 2 de abril de 2024. Na ocasião, o Ministro Relator Cristiano Zanin reiterou que a decisão proferida no RE n. 1.055.941/SP, objeto do Tema n. 990/RG, permite o compartilhamento de informações de inteligência tanto de forma espontânea quanto a requerimento de autoridade,

desde que observados os requisitos definidos naquela oportunidade, quais sejam, *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*. Destacou que a cooperação entre o *Coaf* e outros órgãos, inclusive internacionais, deriva da própria natureza da unidade de inteligência financeira, de modo que a exigência de autorização judicial prévia inviabilizaria a eficiência das suas atividades.

Ademais, o Ministro ressaltou que, além de dificultar as investigações e as medidas necessárias à prevenção do terrorismo, do crime organizado e dos crimes financeiros, a prevalência da tese lançada pelo Superior Tribunal de Justiça no RHC n. 147.707/PA poderia acarretar ao Brasil graves implicações de Direito Internacional. E concluiu reforçando a discrepância entre o entendimento firmado por esta Corte, no sentido de que os relatórios de inteligência do *Coaf* não podem ser solicitados diretamente pela autoridade policial sem autorização judicial prévia, e a compreensão estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no RE n. 1.055.941/SP, segundo a qual o referido compartilhamento é permitido independentemente de intervenção do Poder Judiciário.

O voto do Ministro Relator foi seguido, na integralidade, pelos demais integrantes da Primeira Turma do STF. Os Ministros Flávio Dino, Luiz Fux, e Carmén Lúcia enfatizaram o descumprimento da tese firmada no Tema n. 990/RG por este Tribunal Superior, ao reafirmar que é constitucional e está expressa a possibilidade de compartilhamento dos relatórios de inteligência do *Coaf* com os órgãos de persecução penal, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial.

O Presidente da Turma, Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, consignou igualmente a contradição do acórdão proferido por esta Corte e a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE n. 1.055.941/SP. Assinalou que a possibilidade de as unidades de inteligência financeira compartilharem informações não só espontaneamente como também a pedido dos órgãos fiscalizadores é regra mundial e frisou que a principal controvérsia discutida no RE n. 1.055.941/SP não residia na possibilidade de compartilhamento, colocada como premissa nos debates, mas na necessidade de que ele fosse realizado mediante comunicação formal, com a garantia do devido sigilo dos dados, a fim de evitar a prática do *fishing expedition* e eventual abuso ou desvio.

Em resumo, de acordo com o que foi decidido no RE n. 1.055.941/SP e firmado no Tema 990/RG, e diante da recente decisão proferida na Reclamação

n. 61.944/PA, a qual apenas reforça os termos da tese consolidada em regime de repercussão geral, a regra é a possibilidade de compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF com os órgãos de persecução penal, para fins criminais, tanto espontaneamente quanto a requerimento de autoridade, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, desde que resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. A exceção deve ser regulada no caso concreto nas hipóteses de desvio e abusos, a exemplo da prática do *fishing expedition*.

É possível concluir, portanto, que, ao fixar a tese do Tema 990 da Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma premissa e a sua respectiva condição. *A premissa consiste na possibilidade de compartilhamento direto das informações elaboradas pelo Coaf com os órgãos de persecução penal, sem intermediação do Poder Judiciário. A condição, por sua vez, está na obrigatoriedade de que esse compartilhamento seja realizado por meio de comunicações formais, em procedimento devidamente instaurado, com garantia de sigilo, certificação do destinatário, e esteja sujeito a posterior controle jurisdicional.*

O objetivo da aludida condição, ponto central da discussão da temática, residiu na necessidade de se coibir abusos e desvios por meio de um procedimento formalmente instaurado, a fim de evitar o chamado fishing expedition.

Contextualizada a questão, passo à análise do caso concreto.

Consta dos autos que os agravantes foram denunciados como incursos nas sanções do art. 2º, *caput*, da Lei n. 12.850/13, art. 50 do Decreto-Lei n. 3.688/41 e art. 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/98, porque entre novembro de 2019 e março de 2022, em diversos locais do Distrito Federal, teriam constituído e integrado organização criminosa com o objetivo de obter vantagem econômica, mediante a prática do crime de lavagem de dinheiro com utilização de recursos oriundos da exploração de jogos de azar (fls. 1.390-1.402).

As investigações tiveram início após o recebimento de denúncia anônima pelo Controle de Denúncias DICOE/PCDF, que apontou a prática, em tese, de exploração de jogos de azar, por meio do sorteio de rifas de automóveis, e do crime de lavagem de dinheiro, por parte de Kleber Rodrigues de Moraes, um dos ora agravantes. Após instauração de Procedimento de Investigação Preliminar Policial n. 310/2021, para verificar a referida notícia de crime, apurou-se que o investigado possuía perfil na rede social Instagram no qual sorteava rifas para aquisição de veículos de luxo, todos registrados em seu nome ou no de sua mãe. Foi constatado, ainda, que o investigado era sócio de três empresas.

Diante disso, a autoridade policial oficiou à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria - *Secap*, do Ministério da Economia, para averiguar a regularidade dos jogos de azar e verificou que o sorteio das rifas não possuía a devida autorização nem atendia aos requisitos legais. Em seguida, obteve relatórios de inteligência financeira do *Coaf*, os quais indicaram inúmeras movimentações atípicas nas contas do investigado e de suas empresas (fls. 149-165).

Com fundamento em tais elementos de informação, a autoridade instaurou o Inquérito Policial n. 01/22 - DRF1, que, ao final da realização de inúmeras diligências, concluiu pela existência, em tese, de uma organização criminosa integrada pelos ora recorrentes que atuava na exploração de jogos de azar e na prática do delito de lavagem de dinheiro.

Constato, portanto, que os relatórios de inteligência financeira foram encaminhados pelo *Coaf* à autoridade policial no curso de um procedimento administrativo preliminar formalmente instaurado no âmbito da Polícia Civil do Distrito Federal, com delimitação do objeto de averiguação. Além disso, tais informações foram precedidas de apuração prévia dos fatos noticiados e de comunicação do Ministério da Economia que indicou expressamente a prática de exploração de jogos de azar sem a devida autorização e sem a observância dos requisitos legais.

Tais circunstâncias afastam a tese defensiva da ocorrência de pescaria probatória, também denominada *fishing expedition*, que consiste na prática de uma investigação meramente especulativa, indiscriminada, sem objeto delimitado e caracterizada pela clandestinidade. Como explicitado, a solicitação de informações à unidade de inteligência financeira foi antecedida de prévia apuração dos fatos noticiados, possuía objeto definido e ocorreu no curso de um procedimento administrativo formalmente instaurado.

Nesse sentido foi a conclusão do Tribunal de origem, conforme os excertos abaixo transcritos, *in verbis* (fls. 1.665-1.666):

No caso, observa-se dos autos que, após o recebimento de *notitia criminis* inqualificada (anônima), a autoridade policial, a fim de verificar a procedência das informações sobre a venda de rifas e suposta lavagem de dinheiro, antes de instaurar o inquérito policial, formalizou procedimento preliminar de investigação (IPP 310/2021 - *Corpatri*) – ID 50676938, o que está em sintonia com a legislação, a fim de se evitar os constrangimentos desnecessários e deletérios decorrentes da instauração prematura de um inquérito policial.

Nessa linha, antes mesmo de promover qualquer solicitação ao *Coaf*, como bem destacou a autoridade coatora que recebeu a denúncia, foram realizadas diligências prévias – como a expedição de ofício à Secretaria de Avaliação, Planejamento, Energia e Loteria – *Secap*, do Ministério da Economia, e as pesquisas em sites e redes sociais – que robusteceram a hipótese aventada pela “denúncia anônima” quanto à suposta prática, pelos investigados, de condutas que caracterizariam, em tese, infrações penais de jogos de azar e lavagem de capitais.

Seguindo a persecução penal, com essas informações prestadas pela *Secap* é que foi realizada solicitação ao *Coaf* que, conforme se observa nos relatórios remetidos, realizou as comunicações “por entender que a movimentação financeira pode configurar a existência de indícios de ilicitudes financeiras ou outros ilícitos relacionados”.

Nesse compasso, nota-se fato importante no sentido de que o *Coaf* não compartilhou dados de maneira irrestrita, o que foi apontado pela autoridade coatora na decisão objeto de insurgência:

“Aqui é importante fazer um adendo. No relatório de ID 120573390, fl. 14, ao citar as pessoas jurídicas supostamente envolvidas nas supostas práticas ilícitas, os investigadores da Polícia Civil, ao mencionarem a *Estilodub Negocios Digitais Ltda* fizeram constar: “a empresa a seguir trata de conteúdos digitais veiculados à internet, porém, aparentemente, não possui movimentação e arrecadação relevante, por não ter sido fornecido relatório financeiro por meio dos órgãos responsáveis”. Essa informação indica que o *Coaf* não compartilhou dados de maneira irrestrita, mas apenas cumpriu o seu mister de comunicar atividades suspeitas que, ante sua atipicidade, foram-lhe repassadas, pelas instituições financeiras legalmente obrigadas a tanto. Dessarte, não se vislumbra ilegalidade no encaminhamento pelo *Coaf* à autoridade policial de informações que o órgão detém de maneira prévia e que, em decorrência de imperativo legal, devem ser comunicadas às autoridades competentes.”

Portanto, o que se verifica, em princípio e, repita-se, deve ser confirmado após a devida instrução processual, é que o *Coaf* não compartilhou indevidamente qualquer informação, cumprindo apenas o seu dever de comunicar os fatos às autoridades competentes.

Assim, o contexto fático dos autos denota a integral conformidade entre a forma de compartilhamento dos relatórios de inteligência do *Coafe* a tese fixada no Tema 990/RG, bem como evidencia a inexistência de constrangimento ilegal a ser sanado nesta via. Primeiro, porque é constitucional a solicitação direta, por parte da autoridade policial, de informações dos órgãos de inteligência, sem autorização judicial prévia. Segundo, porque a condição estabelecida no enunciado de repercussão geral foi observada, já que o compartilhamento

ocorreu por meio de comunicação formal, no âmbito de um procedimento administrativo preliminar.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.
É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.956.757-SP
(2021/0275386-6)**

Relator: Ministro Messod Azulay Neto

Agravante: L R D A

Advogados: Maria Elizabeth Queijo - SP114166

Eduardo Medaljon Zynger - SP157274

Daniela Truffi Alves de Almeida - SP261302

Aline Abrantes Amoresano - SP318279

Ananda Lima Cabral - SP444369

Agravado: D V D

Advogados: Aristides Junqueira Alvarenga - DF012500

Andrei Zenkner Schmidt - RS051319

Verônica Abdalla Sterman - SP257237

Tapir Tabajara Canto da Rocha Neto - RS084515

Natasha Tamara Praude Dias - SP261416

Interes.: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso especial. Intervenção do querelante em habeas corpus impetrado pelo querelado no qual se busca o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública. Possibilidade. Writ que ameaça fulminar a ação principal. Interesse de agir configurado. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Agravo em recurso especial *desprovido*.

I - O entendimento quanto à impossibilidade de intervenção de terceiros em sede de *habeas corpus* é flexibilizado quando se objetiva trancamento de ação penal privada, ao se permitir que o querelante participe do julgamento do *writ*. Precedentes.

II - Se o querelado pretende manejar uma ação constitucional com o objetivo de fulminar a queixa (inclusive subsidiária), deve-se assegurar ao querelante o direito de resguardar o seu interesse - o qual se concretiza na entrega jurisdicional final - em todos os graus de jurisdição.

III - O que define a existência do interesse de agir de terceiro em ação de *habeas corpus* não é apenas a natureza da ação de fundo, mas especialmente a legitimidade *ad causam* do querelante para dar início ao processo penal, com base nos artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal.

IV - Matéria já ventilada nesta Corte. Precedentes.

V - Ainda que a questão concernente à possibilidade de intervenção do querelante em ação de *habeas corpus* não esteja abarcada pela tese firmada em repercussão geral pelo STF no julgamento do Tema 811, ela foi objeto de análise preliminar pelo Tribunal Pleno da Excelsa Corte, a viabilizar o julgamento do mérito do recurso interposto pelo querelante naqueles autos.

VI - Violados os artigos 29, 30 e 577 do Código Processo Penal pela decisão *a quo*, que não permitiu a intervenção do querelante em *writ* que buscava o trancamento da ação penal privada subsidiária da pública por ele iniciada.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.
Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).
Ministro Messod Azulay Neto, Relator

DJe 15.2.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto: Trata-se de agravo regimental interposto por L. R. D. A. contra decisão de fls. 2.351-2.358, de minha relatoria, que deu provimento ao recurso especial em *habeas corpus* para admitir a intervenção do agravado no RHC n. 177.564/SP.

Em suas razões, o agravante alega, em síntese, a impossibilidade de o agravado atuar como terceiro interessado no recurso em *habeas corpus* impetrado pelo primeiro, em virtude de não estar configurado o requisito do interesse de agir em relação ao segundo. Isso porque, de acordo com a tese recursal, a posição processual ocupada pelo agravado na ação penal privada subsidiária da pública por ele ajuizada em face do agravante não o habilitaria a atuar no *writ* em questão.

Sustenta que “*é de se pontuar que a decisão agravada destaca precedentes pela intervenção de terceiros em sede de habeas corpus em casos de ação penal privada em razão do evidente interesse de agir daquele que a promoveu (e-STJ fls. 2.354), o que, frise-se, não tem relação com o caso em foco*” (fl. 2.368).

Argumenta que “*Como se sabe, o Habeas Corpus é instrumento voltado à tutela das liberdades, em favor do cidadão, não havendo que se falar em atuação do acusador. Não por outro motivo que não há previsão legal para habilitação de Querelante em Habeas Corpus ou Recurso em Habeas Corpus, em especial tratando-se de ação penal subsidiária. O próprio órgão ministerial, em sede de Habeas Corpus, atua como fiscal da lei e não como órgão acusatório*” (fl. 2.369).

Traz em sua peça recursal jurisprudência deste Sodalício visando corroborar com a tese por ele sustentada de que “*essa Corte Especial tem impedido a intervenção de terceiros em Habeas Corpus ou em Recurso em Habeas Corpus, por inexistência de norma autorizadora e por ser o habeas corpus meio processual que não possui partes e nem litigantes, mas tem como única função o resguardo do direito de ir e vir das pessoas*” (fl. 2.369), razão pela qual aponta que o recurso especial do agravado encontra óbice na Súmula 83 desta Corte, não merecendo conhecimento.

Alega que a jurisprudência utilizada na decisão não seria idônea “a embasar a alegada conformidade jurisprudencial. É que o REsp n. 1.413.879/DF, além de refletir entendimento ultrapassado desta Colenda Corte de Justiça, como acima exposto, não encontra amparo legal para a habilitação de Querelante em Habeas Corpus, em especial tratando-se de ação penal subsidiária” (fl. 2.371).

Argumenta, ainda, que, a respeito da tese firmada no julgamento do Tema 811 do STF - utilizada como um dos fundamentos da decisão combatida - “o que se conclui do julgamento do ARE 859.251 é que a questão concernente à legitimidade e interesse de querelante para intervir em Habeas Corpus, que objetiva o trancamento da ação penal subsidiária, foi decidida incidentalmente. Entretanto, essa decisão não estabelece o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e tampouco possui repercussão geral” (fl. 2.374).

Ao fim, pleiteia a reconsideração da decisão agravada a fim de não conhecer do Recurso Especial interposto por D. V. D. ou negar-lhe provimento. Caso mantida a decisão, requer a realização de sustentação oral e que o presente recurso seja submetido ao respectivo colegiado para conhecimento e provimento.

É o relatório. *Decido.*

VOTO

O Sr. Ministro Messod Azulay Neto (Relator): Presentes os requisitos de admissibilidade, *conheço* do agravo regimental.

A decisão impugnada analisou de forma devidamente fundamentada os pontos apresentados. Vejamos seus termos (fls. 2.354-2.358 - grifei):

Como cediço, o entendimento quanto à impossibilidade de intervenção de terceiros em sede de habeas corpus é flexibilizado quando se trata de ação penal privada, na qual se permite que o querelante participe do julgamento. Precedentes do STJ e do STF: RHC n. 41.527/RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 11/3/2015; HC n. 27.540/RJ, Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ 27/6/2005; REsp n. 33.527/AM, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 2/8/1993, todos do Superior Tribunal de Justiça; e o AgRg na Pet n. 423/SP, Relator p/ o acórdão Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 13/3/1992, do Supremo Tribunal Federal.

As decisões supramencionadas fundamentam a possibilidade de intervenção do querelante no habeas corpus que busca o trancamento da ação penal, em razão do evidente interesse de agir daquele que promoveu a ação penal privada.

A mesma conclusão não fica adstrita apenas à ação penal privada exclusiva, mas abarca também a ação penal privada subsidiária da pública, uma vez que, com a inércia do Ministério Público, abre-se a possibilidade para que o ofendido, seu representante legal ou seus sucessores (art. 31 do Código de Processo Penal, c.c. o art. 100, § 4º, do Código Penal) ingressem com a ação penal.

Confira-se:

[...]

Ademais, como assentado pela col. Suprema Corte, “a utilização do “Habeas-Corpus” ao invés do recurso não afeta a identidade substancial do litígio subjacente, e não pode explicar o alijamento, da discussão judicial dele, do titular da acusação contra o paciente, se utilizada a via do recurso cabível no processo condenatório, no procedimento teria, a posição de recorrido, com todas as faculdades processuais a ela inerentes.” (Pet. 423-0/SP – AgRg, Relator o Min. Celso Mello, Relator p/acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.03.1992, pág. 2.921).

Portanto, nenhuma razão de direito subsiste para obstar a admissão do querelante no polo passivo do habeas corpus, pois, ainda que formalmente não seja parte no writ, ingressou com a ação penal, tornando-se parte na relação processual que se submeterá aos efeitos de eventual decisão concessiva de ordem liberatória, máxime quando destinada ao trancamento da ação penal.

Nessa linha havia consignado o relator do writ impetrado na origem, vencido nesse ponto, ao asseverar que “em que pese tratar-se de ação penal pública, como sustentam os impetrantes, o fato é que foi promovida pelo querelante, a quem se reconhece a legitimidade para a prática de atos processuais no feito originário, relativamente ao qual o deslinde deste habeas corpus haverá de surtir efeito” (fl. 869).

Por outro lado, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acima colocada, não restou evidenciada qualquer obrigatoriedade de atuação do querelante no writ, permitindo concluir que o ingresso no habeas corpus em trâmite na Corte local é meramente facultativo.

Este Superior Tribunal de Justiça também possui o entendimento de que “a intervenção do querelante no habeas corpus é facultativa, assistindo ao feito a partir de seu ingresso, na fase em que se encontra o writ, sem que a falta de participação nos atos anteriores importe em nulidade, por não se tratar de litisconsórcio passivo necessário ou de fiscalizador obrigatório do feito.” (HC 361.360/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 30/03/2017).

No caso, como a habilitação do querelante foi admitida inicialmente na origem, afastada apenas na ocasião da prolação do julgamento do habeas corpus, cuja ordem restou denegada, e não houve alteração da referida decisão até então, não há se falar em nulidade dos atos anteriores, por ausência de prejuízo.

O provimento do presente recurso, portanto, surte efeitos a partir deste decisum, a possibilitar a intervenção do ora recorrente, querelante na ação penal originária, no recurso em habeas corpus n. 177.564, em trâmite nesta Corte.

Ante todo o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, dou provimento ao recurso especial para admitir a intervenção do ora recorrente no RHC n. 177.564.

Com efeito, conforme se extrai da decisão agravada, muito embora o *habeas corpus* seja espécie de ação constitucional que não admite intervenção de terceiros, tal entendimento é flexibilizado nos casos em que a ação de fundo se consubstancia em ação penal privada ou privada subsidiária da pública, ou seja, nos casos em que tenha sido intentada por um dos postulantes elencados no artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal.

É que, na contramão do que advoga o agravante, se o querelado pretende manejar uma ação constitucional com o objetivo de fulminar a queixa (inclusive subsidiária), deve-se assegurar ao querelante o direito de resguardar o seu interesse - o qual se concretiza na entrega jurisdicional final - em todos os graus de jurisdição.

Nesses termos, ainda que o querelante não seja efetivamente parte no *writ* que, agora, via recurso ordinário, bate às portas deste Sodalício, parte ele é na relação processual principal e, por isso mesmo, deve ser admitido como terceiro interessado em demanda que visa ao trancamento do processo, cuja marcha processual somente teve início devido a sua iniciativa.

Outrossim, mesmo que o agravante sustente que as teses jurisprudenciais utilizadas na decisão combatida dizem respeito à espécie de ação diferente da ação ajuizada pelo querelante, cumpre ressaltar que não é apenas sua natureza que define se há ou não interesse de agir a justificar a atuação desse último como terceiro interessado em *habeas corpus*.

Na toada da hermenêutica aqui adotada, o que justifica referida atuação, no entanto, é a legitimidade *ad causam* do querelante para dar início ao processo penal, frente à inércia do *parquet*, conferida pelo artigo 29 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, na decisão agravada, citei diversos julgados em que a impossibilidade de intervenção de terceiros em sede de *habeas corpus* foi flexibilizada, em razão do interveniente ser querelante na ação penal privada de origem.

Exemplificativamente:

Agravo regimental. Habeas corpus. Não conhecimento. Concessão da ordem de ofício. Recurso interposto pelo querelante. Legitimidade da intervenção de terceiros quando se trata de ação penal privada.

1. *Este Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal reiteradamente vêm decidindo que, salvo nos casos de ação penal privada, é vedada a intervenção de terceiros no habeas corpus, por se tratar de ação constitucional que se reserva às hipóteses em que alguém é vítima de constrangimento ilegal ou de abuso de autoridade, assim como nas que se acha na iminência de sofrê-lo quanto à liberdade de ir e vir. Precedentes.*

2. Tratando-se de ação penal privada ajuizada pelo ora agravante em desfavor do paciente, cumpre reconhecer a sua legitimidade para interpor o presente agravo regimental.

[...]

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 565.119/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 25/8/2020).

Ademais, colacionei acórdão desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, cuja legitimidade do querelante para intervenção em *writ* fora discutida na hipótese de a *ação penal de fundo intentada ser justamente a privada subsidiária da pública*, como ocorre no caso em análise. Confirmam-se:

Penal e Processo Penal. Recurso especial. *Preliminar de ilegitimidade recursal. Intervenção dos querelantes em ação de habeas corpus. Repercussão no interesse de agir. Possibilidade. Precedentes do STJ e do STF.* Negativa de vigência ao art. 38, parte final, do CPP. Ausência de prequestionamento. Súmulas 211/STJ, 282/STF e 356/STF. Ofensa ao art. 619 do CPP. Não indicação de omissão, contradição ou obscuridade. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Violação aos arts. 29 e 46, ambos do CPP. **Ação penal privada subsidiária da pública.** Impossibilidade de ajuizamento. Inércia do órgão ministerial não caracterizada. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta Corte. Súmula 83/STJ. Recurso especial a que se nega provimento.

1. *Este STJ e o Excelso Pretório têm se manifestado quanto à possibilidade excepcional de intervenção do querelante em julgamento de habeas corpus, tendo em vista que a decisão a ser tomada repercute em seu interesse de agir.*

2. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.

3. Se nas razões do recurso especial a parte, apesar de apontar violação de legislação federal infraconstitucional, deixa de demonstrar no que consistiu a

alegada ofensa, aplica-se, por analogia, o disposto no enunciado 284 da Súmula do Excelso Pretório, em razão da fundamentação recursal deficiente.

4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é remansosa no sentido de que *a ação penal privada subsidiária da pública* não poderá ser intentada tão somente quando esgotado o prazo legal para oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, sendo necessária, para tanto, a caracterização de efetiva inércia do órgão acusatório. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste STJ.

5. Recurso especial a que se nega provimento (REsp n. 1.413.879/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/11/2014, grifei).

No mesmo norte, colhe-se o seguinte julgado com repercussão geral do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário com agravo. Repercussão geral. Constitucional. Penal e Processual Penal. 2. *Habeas corpus. Intervenção de terceiros. Os querelantes têm legitimidade e interesse para intervir em ação de habeas corpus buscando o trancamento da ação penal privada e recorrer da decisão que concede a ordem.* 3. A promoção do arquivamento do inquérito, posterior à propositura da ação penal privada, não afeta o andamento desta. 4. Os fatos, tal como admitidos na instância recorrida, são suficientes para análise da questão constitucional. Provimento do agravo de instrumento, para análise do recurso extraordinário. 5. Direito a mover ***ação penal privada subsidiária da pública***. Art. 5º, LIX, da Constituição Federal. Direito da vítima e sua família à aplicação da lei penal, inclusive tomando as rédeas da ação criminal, se o Ministério Público não agir em tempo. Relevância jurídica. Repercussão geral reconhecida. 6. Inquérito policial relatado remetido ao Ministério Público. Ausência de movimentação externa ao Parquet por prazo superior ao legal (art. 46 do Código de Processo Penal). Surgimento do direito potestativo a propor ação penal privada. 7. Questão constitucional resolvida no sentido de que: (i) o ajuizamento da ação penal privada pode ocorrer após o decurso do prazo legal, sem que seja oferecida denúncia, ou promovido o arquivamento, ou requisitadas diligências externas ao Ministério Público. Diligências internas à instituição são irrelevantes; (ii) a conduta do Ministério Público posterior ao surgimento do direito de queixa não prejudica sua propositura. Assim, o oferecimento de denúncia, a promoção do arquivamento ou a requisição de diligências externas ao Ministério Público, posterior ao decurso do prazo legal para a propositura da ação penal, não afastam o direito de queixa. Nem mesmo a ciência da vítima ou da família quanto a tais diligências afasta esse direito, por não representar concordância com a falta de iniciativa da ação penal pública. 8. Reafirmação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 9. Recurso extraordinário provido, por maioria, para reformar o acórdão recorrido e denegar a ordem de habeas corpus, a fim de que a ação penal privada prossiga, em seus ulteriores termos. (ARE n. 859.251 RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Repercussão Geral - Mérito, DJe de 21/05/2015, grifei).

Conquanto a parte aponte que, no precedente do Supremo utilizado para fundamentar a decisão agravada - ARE 859.251 RG, “a questão concernente à legitimidade e interesse de querelante para intervir em Habeas Corpus, que objetiva o trancamento da ação penal subsidiária, foi decidida incidentalmente”, certo é que, ainda que a matéria em si não esteja abarcada pela tese firmada em repercussão geral, ela foi objeto de análise preliminar pelo Tribunal Pleno da Excelsa Corte, a viabilizar o julgamento do mérito do recurso interposto pelo querelante naqueles autos.

Assim, não há como negar que a Suprema Corte já se manifestou sobre o tema, bem como este Tribunal Superior. Por outro lado, o agravante não se desincumbiu de demonstrar que as diversas decisões citadas, como aduz, estariam ultrapassadas, dado que não trouxe sequer um julgado em que a intervenção de querelante em *habeas corpus* tenha sido obstada.

O entendimento por mim perfilhado também se fundamenta na conclusão, há muito alcançada no Pretório Excelso, que transcrevo a seguir:

a utilização do “Habeas-Corpus” ao invés do recurso não afeta a identidade substancial do litígio subjacente, e não pode explicar o alijamento, da discussão judicial dele, do titular da acusação contra o paciente, *se utilizada a via do recurso cabível no processo condenatório, no procedimento teria, a posição de recorrido, com todas as faculdades processuais a ela inerentes* (Pet. 423-0/SP – AgRg, Relator o Min. Celso Mello, Relator p/acórdão o Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 13.03.1992, pág. 2.921).

Dessarte, fazendo uma leitura do Código de Processo Penal sob o prisma do devido processo legal, reafirmo que tem razão o agravado no recurso especial anteriormente interposto, quando alega que a decisão do Tribunal de origem violou os artigos 29, 30 e 577 do CPP.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO
AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 2.376.855-AL (2023/0192124-3)**

Relatora: Ministra Daniela Teixeira
Embargante: Paulo Ricardo da Silva

Advogado: Defensoria Pública do Estado de Alagoas
Embargado: Ministério Público do Estado de Alagoas

EMENTA

Processo Penal. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia fundada exclusivamente em elementos colhidos no inquérito policial. Omissão verificada. Inaplicabilidade do *in dubio pro societate*. Nulidade. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes.

1. Os embargos declaratórios são admitidos quando houver, na decisão embargada, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos dos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, bem como para corrigir eventual erro material, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do decisum embargado, nos efeitos infringentes.. Precedentes.

2. O acórdão embargado não tratou especificamente da violação ao art. 155 do CPP, fazendo alusão genérica à existência de indícios suficientes de autoria.

3. A Constituição Federal consagra, como consectário da presunção de inocência (art. 5º, LVII) o *in dubio pro reo*. Há de se reconhecer que o *in dubio pro societate* não pode ser utilizado para suprir lacunas probatórias, ainda que o *standard* exigido para a pronúncia seja menos rigoroso do que aquele para a condenação.

4. É entendimento desta Corte que “a pronúncia não pode encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP”. Precedentes.

5. O Tribunal de origem faz notória e exclusiva referência a declarações e testemunhos prestados no âmbito do inquérito policial para fundamentar a pronúncia do recorrente, reforçando a sua argumentação, inclusive, com entendimento já superado nesta Corte. Não se pode atribuir maior juridicidade ao inquérito policial, procedimento administrativo realizado sem observância do devido processo legal, em prejuízo do processo penal, vetor de princípios democráticos e garantias fundamentais.

6. Depreende-se que a decisão de pronúncia, quando restar fundamentada exclusivamente com base em elementos informativos obtidos em fase inquisitorial, representará flagrante ofensa ao Estado Democrático de Direito e ao Princípio da Presunção de Inocência.

7. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial e, conseqüentemente, anular o processo desde a decisão de pronúncia, com a despronúncia do embargante, sem prejuízo da reabertura da persecução diante de provas novas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, acolher os embargos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo regimental para prover o recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministra Daniela Teixeira, Relatora

DJe 8.2.2024

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Daniela Teixeira: Trata-se de embargos de declaração opostos por *Paulo Ricardo da Silva* contra acórdão proferido pela Quinta Turma do STJ, que negou provimento ao agravo regimental (e-STJ fls. 755-758).

O embargante alega ser omissivo o julgado, tendo em vista que “esse egrégio Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar a questão suscitada no agravo, mais precisamente acerca da inadmissibilidade dos elementos informativos da etapa policial como base exclusiva para manter a decisão de pronúncia” (e-STJ fl. 766).

Sustenta, ainda, que “esse egrégio Superior Tribunal de Justiça não é obrigado a enfrentar todos os argumentos suscitados pela parte; no caso, porém,

as alegações são relevantes, pertinentes e adequadas para a reversão parcial do julgado, além de estarem amparada na lei, na doutrina e na atual jurisprudência pacífica desse próprio Tribunal” (e-STJ fl. 767).

O Ministério Público apresentou contrarrazões, requerendo a rejeição dos aclaratórios.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Daniela Teixeira (Relatora): Saliento, de início, que os embargos declaratórios são admitidos quando houver, na decisão embargada, ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos termos dos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, bem como para corrigir eventual erro material, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do *decisum* embargado, nos efeitos infringentes.

Nesse sentido, os seguintes precedentes: EDcl no AgRg no AREsp n. 2.322.531/RO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 8/8/2023, DJe de 15/8/2023); EDcl no REsp n. 1.642.433/PE, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 16/6/2023); e EDcl no AgRg na RvCr n. 5.608/DF, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Terceira Seção, julgado em 23/11/2022, DJe de 29/11/2022).

O decisão embargada foi assim fundamentada: “*Não merece reparo o acórdão recorrido, pois em consonância com a jurisprudência do STJ.*”

Contudo, verifica-se que assiste razão ao embargante quando aduz a existência de omissão no v. acórdão quanto ao exame da inadmissibilidade dos elementos informativos da etapa policial como base exclusiva para manter a decisão de pronúncia.

A análise das razões do recorrente demonstram que o acórdão embargado não tratou especificamente da referida matéria, fazendo alusão genérica à existência de indícios suficientes de autoria e elementos de informação colhidos exclusivamente no inquérito policial.

Superado esse ponto, ressalto que a delicadeza da matéria em debate recomenda a exposição de algumas premissas teóricas e jurisprudenciais antes da abordagem do caso em exame.

Embora a aplicação do princípio *in dubio pro societate* seja admitida tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais, a Constituição Federal consagra, como consectário da presunção de inocência (art. 5º, LVII), o *in dubio pro reo*. Destaco a existência de uma corrente crítica do princípio em discussão, cujo posicionamento é constitucionalmente mais adequado, a exemplo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 227.328/PR, na qual o Ministro Gilmar Mendes consigna que:

No processo penal, a dúvida sempre se resolve em favor do réu, de modo que é imprestável a resolução em favor da sociedade. / O suposto “princípio in dubio pro societate”, invocado pelo Ministério Público local e pelo Tribunal de Justiça não encontra qualquer amparo constitucional ou legal e acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desenfocar o debate e não apresentar base normativa, o in dubio pro societate desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro com o total esvaziamento da função da decisão de pronúncia. Diante disso, afirma-se na doutrina que: “Ao se delimitar a análise do in dubio pro societate no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas: a primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal. Desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação; a segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do in dubio pro reo ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa incumbência probatória” (NOGUEIRA, Rafael Fecury. Pronúncia: Valoração da Prova e Limites à Motivação. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012, p. 215).

Assim, ressalta-se que “com a adoção do in dubio pro societate, o Judiciário se distancia de seu papel de órgão contramajoritário, no contexto democrático e constitucional, perdendo a posição de guardião último dos direitos fundamentais” (DIAS, Paulo P. F. A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate. EMais, 2018, p. 202). (Grifei)

Para Paulo Rangel, o *in dubio pro societate* “não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar a acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 6 ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2002, p. 79), o que é ratificado por Aury Lopes Júnior:

Por maior que seja o esforço discursivo em torno da “soberania do júri”, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e limites ao poder de revisar as decisões

do júri. Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo se atrás de um princípio não recepcionado pela constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento desse complexo ritual judiciário (LOPES JR, Aury, Direito Processual Penal. 20 ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2023. p. 1.220).

Sobre o princípio do *in dubio pro societate* a doutrina de Domingos Barroso da Costa e Rafael Raphaelli dispõe:

O in dubio pro societate, em nossas circunstâncias, nada mais é que um dos muitos caminhos pelos quais o estado de polícia vem progressivamente se infiltrando e substituindo o Estado de Direito proposto pela Constituição de 1988, justamente pelas mãos dos que têm por dever preservá-lo, impondo a razão às formas ilegítimas de exercício de poder que o ameaçam. (A faixa verde no júri 3: reflexões teóricas e práticas de defesa. D'Plácido, 2021, p 143). (Grifei)

Esse mesmo entendimento é corroborado pela doutrina de Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Daniel Ribeiro Surdi de Avelar:

O Tribunal do Júri somente será competente para o julgamento a partir do momento em que o magistrado proferir decisão de pronúncia. Sem uma pronúncia fundamentada em provas, o acusado enviado a júri é exposto ao risco de ser condenado sem elementos mínimos para tal. Essa exposição ao risco é bastante ampliada com a utilização do "adágio" do in dubio pro societate. Por mais que hoje em dia estejam se multiplicando as críticas em torno deste "princípio", ele ainda é amplamente utilizado nas decisões das principais cortes do país (referência a STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.832.692/RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 06/02/2020; STJ, 5ª Turma, HC 524.020/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 04/02/2020).

Ao contrário do milenar princípio do in dubio pro reo, utiliza-se uma anomalia jurídica criada para retirar a responsabilidade do juiz togado e remeter um caso duvidoso ao exame popular. Isto é, de acordo com este malfadado "princípio", caso o juiz tiver dúvida sobre materialidade, autoria ou mesmo sobre os elementos do crime, deverá submeter o acusado a júri popular (Manual do Tribunal do Júri. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023, p. 319). (Grifei)

Nesta Corte Superior, o eminente Ministro Rogério Schietti Cruz tratou brilhantemente sobre tema em acórdão assim ementado:

Recurso especial. Homicídio simples. Decisão de pronúncia. In dubio pro societate. Não aplicação. Standard probatório. Elevada probabilidade. Não atingimento. Ausência de indícios suficientes de autoria ou participação. Despronúncia. Recurso especial provido.

1. A Constituição Federal determinou ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e os delitos a eles conexos, conferindo-lhe a soberania de seus veredictos.

Entretanto, a fim de reduzir o erro judiciário (art. 5º, LXXV, CF), seja para absolver, seja para condenar, exige-se uma prévia instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado, que encerra a primeira etapa do procedimento previsto no Código de Processo Penal, com a finalidade de submeter a julgamento no Tribunal do Júri somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, caput e § 1º, do CPP.

2. Assim, tem essa fase inicial do procedimento bifásico do Tribunal do Júri o objetivo de avaliar a suficiência ou não de razões para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (*judicium accusationis*) funciona como um importante filtro pelo qual devem passar somente as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (*judicium causae*). A pronúncia consubstancia, dessa forma, um juízo de admissibilidade da acusação, razão pela qual o Juiz precisa estar “convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” (art. 413, caput, do CPP).

3. A leitura do referido dispositivo legal permite extrair dois standards probatórios distintos: um para a materialidade, outro para a autoria e a participação. Ao usar a expressão “convencido da materialidade”, o legislador impôs, nesse ponto, a certeza de que o fato existiu; já em relação à autoria e à participação, esse convencimento diz respeito apenas à presença de indícios suficientes, não à sua demonstração plena, exame que competirá somente aos jurados.

4. A desnecessidade de prova cabal da autoria para a pronúncia levou parte da doutrina - acolhida durante tempo considerável pela jurisprudência - a defender a existência do *in dubio pro societate*, princípio que alegadamente se aplicaria a essa fase processual.

Todavia, *o fato de não se exigir um juízo de certeza quanto à autoria nessa fase não significa legitimar a aplicação da máxima in dubio pro societate - que não tem amparo no ordenamento jurídico brasileiro - e admitir que toda e qualquer dúvida autorize uma pronúncia. Aliás, o próprio nome do suposto princípio parte de premissa equivocada, uma vez que nenhuma sociedade democrática se favorece pela possível condenação duvidosa e injusta de inocentes.*

5. *O in dubio pro societate, “na verdade, não constitui princípio algum, tratando-se de critério que se mostra compatível com regimes de perfil autocrático que absurdamente preconizam, como acima referido, o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário, em absoluta desconformidade com a presunção de inocência [...]” (Voto do Ministro Celso de Mello no ARE n. 1.067.392/AC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2ª T., DJe 2/7/2020). Não pode o juiz, na pronúncia, “lavar as*

mãos” - tal qual Pôncio Pilatos - e invocar o “in dubio pro societate” como escusa para eximir-se de sua responsabilidade de filtrar adequadamente a causa, submetendo ao Tribunal popular acusações não fundadas em indícios sólidos e robustos de autoria delitiva.

6. Não há falar que a negativa de aplicação do *in dubio pro societate* na pronúncia implicaria violação da soberania dos veredictos ou usurpação da competência dos jurados, a qual só se inaugura na segunda etapa do procedimento bifásico. Trata-se, apenas, de analisar os requisitos para a submissão do acusado ao tribunal popular sob o prisma dos standards probatórios, os quais representam, em breve síntese, “regras que determinam o grau de confirmação que uma hipótese deve ter, a partir das provas, para poder ser considerada provada para os fins de se adotar uma determinada decisão” (FERRER BELTRÁN, Jordi. Prueba sin convicción: estándares de prueba y debido proceso. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 24) ou, nas palavras de Gustavo Badaró, “critérios que estabelecem o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere um enunciado fático como provado, sendo aceito como verdadeiro” (BADARÓ, Gustavo H. Epistemologia judiciária e prova penal. 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 241).

7. Segundo Ferrer-Beltrán, “o grau de exigência probatória dos distintos standards de prova para distintas fases do procedimento deve seguir uma tendência ascendente” (op. cit., p. 102), isto é, progressiva, pois, como explica Caio Massena, “não seria razoável, a título de exemplo, para o recebimento da denúncia - antes, portanto, da própria instrução probatória, realizada em contraditório - exigir um standard de prova tão alto quanto aquele exigido para a condenação” (MASSENA, Caio Badaró. Prisão preventiva e standards de prova: propostas para o processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 3, p. 1.631-1.668, set./dez. 2021).

8. Essa tendência geral ascendente e progressiva decorre, também, de uma importante função política dos standards probatórios, qual seja, a de distribuir os riscos de erro entre as partes (acusação e defesa), erros estes que podem ser tanto falsos positivos (considerar provada uma hipótese falsa, por exemplo: condenação de um inocente) quanto falsos negativos (considerar não provada uma hipótese verdadeira, por exemplo: absolvição de um culpado) (FERRER-BELTRÁN, op. cit., p. 115-137). Deveras, quanto mais embrionária a etapa da persecução penal e menos invasiva, restritiva e severa a medida ou decisão a ser adotada, mais tolerável é o risco de um eventual falso positivo (atingir um inocente) e, portanto, é mais atribuível à defesa suportar o risco desse erro; por outro lado, quanto mais se avança na persecução penal e mais invasiva, restritiva e severa se torna a medida ou decisão a ser adotada, menos tolerável é o risco de atingir um inocente e, portanto, é mais atribuível à acusação suportar o risco desse erro.

9. É preciso, assim, levar em conta a gravidade do erro que pode decorrer de cada tipo de decisão; ser alvo da abertura de uma investigação é menos grave para o indivíduo do que ter uma denúncia recebida contra si, o que, por sua vez,

é menos grave do que ser pronunciado e, por fim, do que ser condenado. Como a pronúncia se situa na penúltima etapa (antes apenas da condenação) e se trata de medida consideravelmente danosa para o acusado - que será submetido a julgamento imotivado por jurados leigos -, o standard deve ser razoavelmente elevado e o risco de erro deve ser suportado mais pela acusação do que pela defesa, ainda que não se exija um juízo de total certeza para submeter o réu ao Tribunal do Júri.

10. Deve-se distinguir a dúvida que recai sobre a autoria - a qual, se existentes indícios suficientes contra o acusado, só será dirimida ao final pelos jurados, porque é deles a competência para o derradeiro juízo de fato da causa - da dúvida quanto à própria presença dos indícios suficientes de autoria (metadúvida, dúvida de segundo grau ou de segunda ordem), que deve ser resolvida em favor do réu pelo magistrado na fase de pronúncia. Vale dizer, também na pronúncia - ainda que com contornos em certa medida distintos - tem aplicação o in dubio pro reo, consectário do princípio da presunção de inocência, pedra angular do devido processo legal.

11. Assim, o standard probatório para a decisão de pronúncia, quanto à autoria e a participação, situa-se entre o da simples preponderância de provas incriminatórias sobre as absolutórias (mera probabilidade ou hipótese acusatória mais provável que a defensiva) - típico do recebimento da denúncia - e o da certeza além de qualquer dúvida razoável (*Bard* ou outro standard que se tenha por equivalente) - necessário somente para a condenação. Exige-se para a pronúncia, portanto, elevada probabilidade de que o réu seja autor ou partícipe do delito a ele imputado.

12. A adoção desse standard desponta como solução possível para conciliar os interesses em disputa dentro das balizas do ordenamento. Resguarda-se, assim, a função primordial de controle prévio da pronúncia sem invadir a competência dos jurados e sem permitir que o réu seja condenado pelo simples fato de a hipótese acusatória ser mais provável do que a sua negativa.

13. Na hipótese dos autos, segundo o policial Eduardo, no dia dos fatos, ele ouviu disparos de arma de fogo e, em seguida, uma moradora do bairro, onde ele também residia, bateu à sua porta e informou que os atiradores estavam em um veículo Siena de cor preta. O policial, então, saiu com um colega de farda para acompanhar e abordar o veículo, o que foi feito. Na ocasião, estavam no carro o recorrente (condutor) e os corréus (passageiros). Em revista, foram encontradas armas de fogo com os corréus e, na delegacia, eles confessaram o crime e confirmaram a versão do recorrente de que ele havia sido apenas solicitado como motorista para levá-los até o local, esperar em uma farmácia por alguns minutos e trazê-los de volta, e não tinha relação com os fatos. Uma testemunha sigilosa e o irmão do recorrente foram ouvidos e afirmaram que ele trabalhava há cerca de cinco anos com transporte de passageiros.

14. Não há nenhum indício robusto de que o recorrente haja participado conscientemente do crime, porque: a) nenhum objeto ilícito foi apreendido com

ele; b) nenhum elemento indicativo de que ele conhecesse ou tivesse relação com os corréus nem com a vítima foi apresentado; c) não consta que ele haja tentado empreender fuga dos policiais na condução do veículo quando determinada a sua abordagem d) os corréus negaram conhecer o acusado e afirmaram que ele era apenas motorista; e) as testemunhas de defesa confirmaram que o acusado trabalhava com transporte de passageiros. Ademais, a confirmar a fragilidade dos indícios existentes contra ele, o recorrente - ao contrário dos corréus - foi solto na audiência de custódia e o Ministério Público inicialmente nem sequer ofereceu denúncia em seu desfavor porque entendeu que ainda não tinha elementos suficientes para tanto. Só depois da instrução e da pronúncia dos corréus é que, mesmo sem nenhuma prova nova, decidiu denunciá-lo quando instado pelo Magistrado a se manifestar sobre a situação do acusado.

15. Uma vez que não foi apontada a presença de indícios suficientes de participação do recorrente no delito que pudessem demonstrar, com elevada probabilidade, o seu envolvimento no crime, a despronúncia é medida de rigor.

16. Recurso especial provido para despronunciar o acusado.

(REsp n. 2.091.647/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 3/10/2023.) (grifei).

No mesmo sentido, há outros precedentes desta Corte que afastou o brocardo *do in dubio pro societate*:

“Denúncia. In dubio pro societate. *In casu, a denúncia foi parcialmente rejeitada pelo juiz singular quanto a alguns dos denunciados por crime de roubo circunstanciado e quadrilha, baseando a rejeição no fato de a denúncia ter sido amparada em delação posteriormente tida por viciada, o que caracteriza a fragilidade das provas e a falta de justa causa. O tribunal a quo, em sede recursal, determinou o recebimento da denúncia sob o argumento de que, havendo indícios de autoria e materialidade, mesmo na dúvida quanto à participação dos corréus deve vigorar o princípio in dubio pro societate. A Turma entendeu que tal princípio não possui amparo legal, nem decorre da lógica do sistema processual penal brasileiro, pois a sujeição ao juízo penal, por si só, já representa um gravame. Assim, é imperioso que haja razoável grau de convicção para a submissão do indivíduo aos rigores persecutórios, não devendo se iniciar uma ação penal carente de justa causa. Nesses termos, a Turma restabeleceu a decisão de primeiro grau. Precedentes citados do STF: HC 95.068, DJe 15/5/2009; HC 107.263, DJe 5/9/2011, e HC 90.094, DJe 6/8/2010; do STJ: HC 147.105-SP, DJe 15/3/2010, e HC 84.579-PI, DJe 31/5/2010.” (HC 175.639-AC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 20/3/2012. grifei)*

“A acusação, no seio do Estado Democrático de Direito, deve ser edificada em base sólidas, corporificando a justa causa, sendo abominável a concepção de um chamado princípio in dubio pro societate.” (HC 84.579/PI, Rel. Ministra

Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 31/05/2010. Grifei)

Há de se reconhecer, portanto, que o princípio *in dubio pro societate* não pode ser utilizado para suprir lacunas probatórias, ainda que o *standard* exigido para a pronúncia seja menos rigoroso do que aquele para a condenação.

Neste momento, importante destacar a decisão exarada pela **2ª Turma do Supremo Tribunal Federal**, publicada na data de 02.07.2020, no julgamento no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.067.392, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que concedeu a ordem de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida em primeiro grau, reconhecendo a incongruência entre o *in dubio pro societate* e o atual ordenamento jurídico brasileiro.

Eis a ementa do julgado:

Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4. **Inadmissibilidade *in dubio pro societate***: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia. 5. Valoração racional da prova: embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art. 5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). 6. Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior valor a relato obtido somente na fase preliminar e a testemunha não presencial, que, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias. 7. **Dúvida e impronúncia**: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, **impõe-se a impronúncia dos imputados**, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH). 8. **Função da pronúncia**: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca **impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais**. 9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento

de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito. 10. Negativa de seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário. Habeas corpus concedido de ofício para restabelecer a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator.

(ARE 1.067.392, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/03/2019, Processo Eletrônico DJe-167 divulg 01-07-2020 public 02-07-2020)

Ao se debruçar sobre o referido precedente, percebe-se que a discussão circunda um conflito entre as provas que, de um lado, constituiriam indícios mínimos de autoria para a embasar a decisão de pronúncia e, de outro lado, se prestariam a comprovar a negativa da autoria dos acusados em relação aos crimes que lhes foram imputados.

A linha de raciocínio empregada pela 2ª Turma do STF, para fins de fundamentar a decisão e solucionar tal conflito, parte do estabelecimento de uma *teoria racionalista da prova*, a qual há de ser imposta constitucionalmente *a partir do direito à prova (art. 5º, LV, CF) e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF)*.

Sob tal panorama, o relator fez dois importantes apontamentos que evidenciam a incompatibilidade entre o brocardo *in dubio pro societate* e o atual ordenamento jurídico:

“[...] Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto “princípio in dubio pro societate”, que, além de não encontrar qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova. Além de desembocar o debate e não apresentar base normativa, o in dubio pro societate desvirtua por completo o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, esvaziando a função da decisão de pronúncia. Diante, disso, afirma-se na doutrina que:

“Ao se delimitar a análise da legitimidade do in dubio pro societate no espaço atual do direito brasileiro não há como sustentá-la por duas razões básicas: a primeira se dá pela absoluta ausência de previsão legal desse brocardo e, ainda, pela ausência de qualquer princípio ou regra orientadora que lhe confira suporte político-jurídico de modo a ensejar a sua aplicação; a segunda razão se dá em face da existência expressa da presunção de inocência no ordenamento constitucional brasileiro, conferindo, por meio de seu aspecto probatório, todo o suporte político-jurídico do in dubio pro reo ao atribuir o ônus da prova à acusação, desonerando o réu dessa

incumbência probatória”. (NOGUEIRA, Rafael Fecury. *Pronúncia: valoração da prova e limites à motivação*. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2012. p. 215) [...]” (grifei)

Concluiu o relator em seu voto, no que tange ao *in dubio pro societate*, que, **se houver uma dúvida sobre a preponderância de provas, deve então ser aplicado o in dubio pro reo, imposto nos termos constitucionais (art. 5º, LVII, CF), convencionais (art. 8.2, CADH) e legais (arts. 413 e 414, CPP) no ordenamento brasileiro.**

Neste mesmo sentido é a lição de Gustavo Badaró:

Se houver dúvida sobre se há ou não prova da existência do crime, o acusado deve ser impronunciado. Já com relação à autoria, o requisito legal não exige a certeza, mas sim a probabilidade da autoria delitiva: deve haver indícios suficientes de autoria. É claro que o juiz não precisa ter certeza ou se convencer da autoria. Mas se estiver em dúvida sobre se estão ou não presentes os indícios suficientes de autoria, deverá impronunciar o acusado, por não ter sido atendido o requisito legal. Aplica-se, pois, na pronúncia o *in dubio pro reo*. (BADARÓ. Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*, 10 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022. p. 26).

Oportuno reprisar trecho do voto do Ministro Celso de Mello, também no julgamento do ARE 1.067.392, que muito bem sintetiza qual o procedimento correto a se adotar em via de se resolver o conflito que circunda a aplicação do *in dubio pro societate*:

[...] se o juiz se convencer de que há prova inquestionável em torno da materialidade do fato delituoso e de que existem indícios suficientes de autoria ou de participação, legitimar-se-á, então, nessa hipótese, a decisão de pronúncia, cujo efeito processual imediato consistirá em submeter o réu pronunciado a julgamento perante o Conselho de Sentença.

Se, no entanto, for insuficiente a prova penal produzida pelo Ministério Público quanto à autoria e/ou à participação do acusado, impor-se-á a prolação de sentença de impronúncia, eis que, no modelo constitucional do processo penal de perfil democrático, revelar-se-á incompatível com o texto da Carta Política a utilização da fórmula autoritária do *in dubio pro societate* (Grifei)

Destarte, há que se reconhecer que os motivos que conduzem necessariamente à inaplicabilidade do *in dubio pro societate* em fase de pronúncia devem prevalecer de modo a evitar que o juízo sumariante do Tribunal do Júri

submeta o réu a julgamento perante o Conselho de Sentença com base em provas potencialmente contraditórias entre si.

A doutrina de Guilherme de Souza Nucci dispõe de ensinamentos práticos que muito bem elucidam os riscos de se pronunciar um réu com base no brocardo *in dubio pro societate*:

É preciso cessar, de uma vez por todas, ao menos em nome do Estado democrático de Direito, a atuação jurisdicional frágil e insensível que prefere pronunciar o acusado, sem provas firmes e livre de risco. Alguns magistrados, valendo-se do criativo brocardo *in dubio pro societate* (na dúvida, decide-se em favor da sociedade), remetem à apreciação do tribunal do júri as mais infundadas causas — aquelas que, fosse ele o julgador, certamente, terminaria por absolver. Ora, se o processo somente comporta a absolvição do réu, imaginando-se ser o juiz togado o competente para apreciação do mérito, por que o jurado poderia condenar? Dir-se-ia: porque, até o julgamento em plenário, podem surgir provas mais concretas. Nesse caso, restaria sem solução a finalidade da instrução prévia. Esta perderia completamente a sua razão de ser. Melhor seria que, oferecida a denúncia ou queixa, instruída com o inquérito ou outras provas, o juiz designasse, diretamente, o plenário do Júri.

Não é a sistemática adotada pela legislação brasileira. Demanda-se segurança e a essa exigência deve estar atrelado o magistrado que atua na fase da pronúncia. Somente deve seguir a julgamento pelo Tribunal Popular o caso que comporte, de algum modo, conforme a valoração subjetiva das provas, um decreto condenatório. O raciocínio é simples: o juiz da fase da pronúncia remete a julgamento em plenário o processo que ele, em tese, poderia condenar, se fosse o competente. Não é questão de se demandar certeza de culpa do réu. Porém, deve-se reclamar provas suficientes. Havendo a referida suficiência, caberá ao Conselho de Sentença decidir se condena ou absolve. NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Fls. 112 e 113.

Acrescento ao debate o entendimento desta Corte sobre a alegação defensiva, de acordo com o qual “o testemunho de ‘ouvir dizer’ ou *hearsay testimony* não é suficiente para fundamentar a pronúncia, não podendo esta, também, encontrar-se baseada exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, nos termos do art. 155 do CPP” (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.142.384/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 27/10/2023 e AgRg no REsp n. 2.017.497/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023).

Postas essas premissas, extrai-se dos autos que a decisão que pronunciou o embargante apresenta a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 786-790):

Como é sabido, a decisão de pronúncia não deve conter juízo de certeza acerca do mérito da causa, é dizer, o Magistrado singular deve se limitar a identificar a provado crime e indícios suficientes, de autoria ou participação, sob pena de usurpar a competência constitucional do conselho de sentença do tribunal do júri. Nesse andar, no que concerne à tese da defesa de que não haveria prova apta a autorizar a pronúncia dos acusados, tenho que não tem como prosperar. Consoante se depreende dos autos, os depoimentos prestados em juízo foram harmônicos e corroboram os elementos informativos colhidos na fase policial, não havendo como afastar os indícios de autoria, tão somente, com base na negativa dos réus. Na verdade, existentes indícios de prova da participação dos réus na ação delituosa, colhidos tanto na fase inquisitorial, quanto na instrução criminal, eventual dúvida deve militar em favor da sociedade (princípio do *in dubio pro societate*). Não é despidendo ressaltar, ainda, que os depoentes revelaram que o crime em tela foi presenciado por muitas pessoas, contudo, na localidade onde o fato ocorreu impera a lei do silêncio, por receio de represálias. Logo, os depoimentos, quando analisados em conjunto, trazem à tona dúvida razoável acerca do provável envolvimento dos acusados na empreitada criminosa. Em tal contexto, considerando que, nesta fase procedimental, a incerteza milita em favor da sociedade, imperiosa, dessarte, é a submissão do feito ao crivo do Júri Popular, a quem é dada competência constitucional para deliberar sobre a inocência ou culpa dos acusados, não havendo que se falar em impronúncia (...)

De acordo com os elementos amealhados, não há sequer indício que forneça supedâneo à qualificadora do motivo fútil, não tendo qualquer testemunha ou declarante fornecido informações nesse sentido, não sendo demais ressaltar que a ausência de motivo não se confunde com a motivação fútil. Com relação ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima, os depoimentos deram conta de que W M N foi alvejado pelas costas, o que é corroborado pelo exame cadavérico de fl. 56, cujo teor aponta para ferimentos na lombar, coluna vertebral e glúteos, circunstâncias aptas a atrair a incidência da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP. Ante o exposto, *julgo parcialmente procedente a acusação e pronuncio os acusados P T S e Paulo Ricardo da Silva.*

O Tribunal de origem articulou os seguintes fundamentos para negar provimento ao recurso em sentido estrito interposto pelo embargante (e-STJ fls. 643-652):

Materialidade do crime confirmada pelo laudo de exame cadavérico.

Do arcabouço probatório, inquisitorial e judicial, constam como indícios da autoria delitiva imputada ao recorrente testemunhos de "ouvir dizer", segundo os quais o recorrente seria um dos autores do homicídio narrado na denúncia.

O homicídio objeto deste processo ocorreu em 02/09/2012. Instaurado o *respectivo inquérito policial*, em 30/10/2012 o declarante C C (irmão da vítima) informou à autoridade policial que o assassino de “Money” havia sido preso em São José da Tapera/AL na posse de um revólver, logo após matar um homem, chamando-se “Paulinho” e seria autor de vários homicídios na região (fl. 26). O teor destas declarações foram repetidas pela genitora da vítima, pela companheira da vítima, as quais adicionaram que outro indivíduo chamado “Paulão” também participou do crime.

K T R (fl. 14) relatou que estava no local do crime com a vítima, a qual dançou com J, K e com a declarante. O autor dos disparos teria ficado com ciúmes porque K havia recusado a dançar com a W.

O Ministério Público requereu diligências complementares (fls. 84/86) para se apurar elementos circunstanciais dos delitos, tais como exame na arma de fogo apreendida com o réu em outro delito e comprovação de que um dos acusados teria uma motocicleta twister.

Reinquirido pela autoridade policial, J G A (proprietário do bar), afirmou que (fls. 95/96), viu discussão entre a vítima e Paulo Ricardo Silva (conhecido por Paulão e Paulinho do Marruá), o qual retornou 15 minutos depois na companhia de P T S. O depoente narrou que Paulo Ricardo ficou à procura da vítima na pista de dança dentro do estabelecimento, chegando a indagar para J “cadê o cara” “quando ele sair vamo pegar ele”. J afirmou ainda que teme por sua vida, pois sabe que os acusados mandaram ameaçar testemunhas.

E S B relatou à autoridade policial que vira P T S no bar o “Esquinão”.

A genitora do réu Paulo Ricardo da Silva *confirmou à autoridade policial* que o seu filho possuía uma moto Honda CG preta e era amigo de P T S, os quais andavam juntos nos fins de semanas, em especial na cidade de Carneiros/AL.

O genitor de P T S, J T S (fl. 102/103) *confirmou à autoridade policial* que seu filho possuía uma motocicleta honda twister e que seu filho se desfez dessa moto após o suposto homicídio de W M N.

Ante todo o exposto, verifica-se que a prova dos autos confere plausibilidade à tese de acusação, sem prejuízo de eventual posterior rejeição pelo júri.

Conforme depoimento inquisitorial de J G A, este depoente afirmou ter visto uma discussão entre a vítima e o recorrente e, 15 minutos depois, o pronunciado teria retornado e fora visto à procura da vítima dentro da pista de dança do estabelecimento, chegando a perguntar ao depoente “cadê o cara” “quando ele sair vamo pegar ele”. Ressalte-se que os genitores do recorrente e do corréu confirmaram, *em sede de inquérito policial*, que eles andam frequentemente juntos, bem como que P T S possuía uma motocicleta twister, apontada como a utilizada pelos executores, a qual vendeu depois da data do crime objeto deste processo.

Pelo contexto acima referido no parágrafo anterior, existem indícios suficientes para subsidiar a probabilidade da autoria, sem óbice do Júri eventualmente absolver o acusado. Consoante o art. 239 do Código de Processo Penal, indício seria: a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Conforme entendimento consolidado na 5ª Turma do STJ, é possível firmar o juízo acerca da suficiência dos indícios de autoria com base em elementos de informação colhidos na fase inquisitorial, eis que a pronúncia consiste em juízo de admissibilidade da tese acusatória e compete exclusivamente ao Conselho de Sentença valorar as provas de forma soberana.

(...)

Apesar da ausência de testemunho ocular direto do homicídio, o contexto probatório denota circunstâncias no sentido da plausibilidade da tese de acusação, embora não a confirme de forma concreta. Isso porque há indícios nos autos da suposta discussão anterior e a presença dos acusados no estabelecimento, em prévia situação de conflito com a vítima.

Assim, as duas versões sustentadas, pela defesa e pela acusação, estão suficientemente amparadas pelo conjunto probatório já produzido nos autos, logo a despronúncia do recorrente não é possível. O processo deve, pois, seguir para julgamento pelo Conselho de Sentença, o qual analisará as provas e julgará de forma definitiva se o acusado foi ou não o autor do crime. (Destaquei).

Extrai-se das transcrições, sobretudo do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, que o lastro probatório que embasou a pronúncia consiste, exclusivamente, *em elementos colhidos na fase extrajudicial da persecução penal.*

O Tribunal de origem faz notória e exclusiva referência a declarações e testemunhos prestados no âmbito do inquérito policial para fundamentar a pronúncia do recorrente, reforçando a sua argumentação, inclusive, com entendimento já superado nesta Corte, conforme destacado no excerto acima.

Ora, o entendimento atual deste Tribunal é no sentido de que *“a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, sem que estes tenham sido confirmados em juízo e, tampouco, em depoimento de ouvir dizer”* (AgRg no HC n. 830.464/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023 e (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.007.726/MG, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 13/11/2023).

Acrescento que, no Estado Democrático de Direito, a legitimidade da fundamentação das decisões judiciais decorre, também, do exame das provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, corolários do devido processo legal, o que não ocorre, em regra, com a prova produzida extrajudicialmente.

Consequentemente, depreende-se que a decisão de pronúncia, quando restar fundamentada exclusivamente com base em elementos informativos obtidos em fase inquisitorial, representará flagrante ofensa ao *Estado Democrático de Direito* e ao *Princípio da Presunção de Inocência*.

Não se pode atribuir maior juridicidade ao inquérito policial, procedimento administrativo realizado sem as citadas garantias, em prejuízo do processo penal, vetor de princípios democráticos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, cabe citar a doutrina de Maria Gorete de Jesus e Marina Possas, na obra organizada pelas ilustres doutoras Janaína Matida e Livia Moscatelli, prefaciada pela em. ministra Maria Thereza de Assis Moura, que dispõe:

O que estamos observando especificamente é que critérios validadores da prova utilizados no processo criminal se distanciam da ancoragem empírica. Como resultado, narrativas sem “controle de verdade”, descoladas dos fatos efetivamente ocorridos, são validadas como “verdade” em inquéritos policiais e confirmadas em processos judiciais. (...) O sistema de justiça parece fazer uma incorporação direta, “sem filtros” da verdade policial, e a valida como “verdade dos fatos”. (Os fatos no processo penal, coordenadoras Janaína Matida, Livia Moscatelli. Rio de Janeiro: Márcia Pons, 2023).

A propósito:

Recurso especial. Homicídio qualificado. Pronúncia. Embargos infringentes e de nulidade. Empate na votação. Art. 615, § 1º, do CPP. Inaplicabilidade. Necessidade de interpretação sistemática com os arts. 74, § 1º, e 413, ambos do CPP. Judicium accusationis. Pronúncia lastreada em elementos exclusivos do inquérito. Impossibilidade. Mantida a impronúncia do réu, por outros fundamentos. Recurso especial não provido. Habeas corpus concedido de ofício.

1. Em julgamento dos embargos infringentes e de nulidade, opostos após recurso em sentido estrito no qual houve voto favorável ao réu, o empate na votação não autoriza a aplicação do disposto no art. 615, § 1º, do CPP, favorável aos acusados, sem que se efetue a interpretação sistemática com os arts. 74, § 1º, e 413, ambos do mesmo diploma legal, e sem que se afastem, analiticamente, as conclusões diversas a que chegaram os julgamentos anteriores, quanto à materialidade dos fatos e à existência de indícios suficientes de autoria. Precedente.

2. A decisão de pronúncia é um mero juízo de admissibilidade da acusação, não sendo exigida, nesse momento processual, prova incontroversa da autoria do delito; basta a existência de indícios suficientes de que o réu seja seu autor e a certeza quanto à materialidade do crime.

3. A compreensão de ambas as Turmas criminais do STJ tem se alinhado ao ponto de vista do STF, externado, especialmente, no julgamento do HC n. 180.144/GO, de que a pronúncia do réu está condicionada a prova mínima, judicializada, na qual haja sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes.

4. Muito embora a análise aprofundada dos elementos probatórios seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório colhido em juízo, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial.

5. Tendo em vista que os votos exarados no julgamento do recurso em sentido estrito e dos embargos não se desincumbiram de apresentar prova mínima judicializada - na qual se haja garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, que lhe são inerentes - para submeter o acusado a julgamento pelos seus pares, outra alternativa não há senão a concessão de habeas corpus de ofício, a fim de se manter a impronúncia do réu, ainda que sob outra motivação.

6. Recurso especial não provido. Concedido habeas corpus de ofício, para manter a decisão de impronúncia, pelos fundamentos expostos no voto.

(REsp n. 1.863.839/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 28/8/2023.) (Destacamos).

Agravo regimental no recurso especial. Penal e Processual Penal. Duplo homicídio qualificado e tentativa de homicídio qualificado. Pronúncia. Índícios de autoria. Testemunhas indiretas. Elementos colhidos no inquérito policial. Insuficiência. Precedentes. Questão não suscitada nas contrarrazões do apelo nobre. Preclusão consumativa. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

1. A pronúncia é um juízo de admissibilidade da acusação que não exige prova inequívoca da materialidade e da autoria delitivas. Todavia, por implicar na submissão do acusado ao julgamento popular, a decisão de pronúncia deve satisfazer um standard probatório minimamente razoável.

2. Ambas as turmas desta Corte Superior em matéria criminal têm rechaçado a pronúncia baseada exclusivamente em testemunhos indiretos e elementos probatórios colhidos no inquérito sem confirmação na fase judicial.

3. O Agravante, ao oferecer as contrarrazões ao recurso especial defensivo, não suscitou a alegação de que o depoimento de testemunha na fase policial foi retratado em juízo por temor de represálias, vindo a trazer tal questionamento tão-somente no presente regimental, o que configura indevida inovação, inadmissível no recurso interno, pela preclusão consumativa.

4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.017.497/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 19/10/2023.) (Destacamos).

Agravo regimental no habeas corpus. Homicídio qualificado. Revisão criminal. Pronúncia e condenação baseadas em elementos do inquérito policial e testemunho de ouvir dizer. Impossibilidade. Entendimento jurisprudencial mais benéfico. Retroatividade. Agravo desprovido.

1. *Havendo dúvida quanto à materialidade delitiva, ou em relação à existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, deve prevalecer a presunção constitucional de inocência.*

2. Esta Corte Superior possui entendimento de que a pronúncia não pode se fundamentar exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial, sem que estes tenham sido confirmados em juízo e, tampouco em depoimento de ouvir dizer.

3. *Na hipótese, não obstante o Tribunal estadual haver entendido a impossibilidade de analisar a tese da defesa de que a condenação está baseada em ausência de provas, verifica-se que o acusado foi pronunciado com base em elementos informativos e testemunhos de ouvir dizer.*

4. *É “cabível o manejo da revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP em situações nas quais se pleiteia a adoção de novo entendimento jurisprudencial mais benigno, desde que a mudança jurisprudencial corresponda a um novo entendimento pacífico e relevante” (RvCr n. 5.627/DF, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, julgado em 13/10/2021, DJe de 22/10/2021).*

5. *Assim, a solução mais correta para a presente hipótese seria anular o processo desde a pronúncia, tendo em vista a ofensa ao art. 155 do CPP e não apenas desconstituir o julgamento pelo Conselho de Sentença.*

6. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC n. 830.464/AL, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 3/11/2023.) (Destacamos)

Agravo regimental no habeas corpus. Interposição concomitante de recurso pelo Ministério Público Federal e Estadual. Possibilidade. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício. Crime de homicídio qualificado na modalidade tentada. Decisão de impronúncia. Recurso do Ministério Público Estadual acolhido em segundo grau. Pronúncia baseada, apenas, em depoimentos colhidos na fase policial. Ilegalidade. Fundamento inidôneo para submissão do acusado ao júri. Violação ao art. 155 do CPP. Precedentes do STJ. Constrangimento ilegal evidenciado. Agravo regimental a que se nega provimento.

1. *Conforme posicionamento jurisprudencial consolidado nesta Corte Superior, a interposição concomitante de recursos tanto pelo Ministério Público Federal quanto pelo Estadual não impede a análise da via de impugnação protocolada posteriormente, não ensejando preclusão nem violação ao princípio da unirrecorribilidade.*

2. *Segundo entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, embora a análise aprofundada das provas seja feita somente pelo Tribunal Popular, não se pode admitir*

a pronúncia do réu, dada a sua carga decisória, sem qualquer lastro probatório judicializado, fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, mormente quando isolados nos autos e não confirmados em juízo.

3. Na hipótese dos autos, a Corte local, ao reformar a sentença de impronúncia do paciente, considerou, em sentido contrário à orientação jurisprudencial desta Corte Superior, que à decisão de pronúncia não se aplica a regra contida no artigo 155 do Código de Processo Penal. Portanto, impõe-se o restabelecimento da decisão do Juízo de primeiro grau que impronunciou o paciente, de modo que não há como se aceitar a submissão do paciente ao Júri com fundamento, unicamente, em elementos da fase policial, especialmente a declaração da vítima na Delegacia de Polícia, que não foi confirmada em juízo, tampouco ratificada por outros meios de prova.

4. O Ministério Público pretende submeter o Réu a julgamento popular com amparo exclusivamente em elementos do inquérito policial que não foram confirmados em juízo, porém esta pretensão é contrária ao disposto no art. 155 do Código de Processo Penal e à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp n. 2.229.416/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 27/6/2023).

5. Ressalta-se, por fim, que não é necessário revolver o material fático-probatório para restabelecer a decisão de impronúncia, uma vez que, no caso, os fatos incontroversos já estão delineados nos autos e os indícios de que o paciente teria participação no crime em apuração foram descritos pela Corte local com base em depoimentos da fase policial, não confirmados em juízo.

6. Agravo regimental do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul a que se nega provimento.

(AgRg no HC n. 845.730/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/9/2023, DJe de 8/9/2023.) (Grifamos)

Ante o exposto, *acolho* os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para dar *provimento* ao agravo regimental para prover o recurso especial e, conseqüentemente, anular o processo desde a decisão de pronúncia, com a despronúncia do embargante.

É o voto.

Advogados: Flávia Rahal Bresser Pereira - SP118584
Dora Marzo de A Cavalcanti Cordani - SP131054
Rafael Tucherman - SP206184
Pedro Franco Moraes Abreu - SP401407
Gabriela Setton Lopes de Souza - SP405346
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: C E DA S (Preso)
Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

EMENTA

Penal e Processo Penal. *Habeas corpus*. Innocence Project. 1. *Writ* substitutivo do recurso próprio. Não cabimento. 2. Crime de estupro. Reconhecimento fotográfico e pessoal. Não observância do art. 226 do CPP. Relevância da palavra da vítima. Envolvimento do paciente em outros crimes da mesma natureza. 12 condenações definitivas. 3. Superveniência de exame de perfil genético. Identificação de autor diverso. Ausência de coincidência do perfil do paciente no banco de dados. Vítimas que também haviam reconhecido o paciente. Desconstituição de 7 condenações. 4. Reconhecimento não mais confirmado por outras provas. Absoluções que enfraquecem a prova de autoria. Reconhecimento que deve ser anulado. Impossibilidade de manutenção da condenação. 5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Em razão da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o STJ passou a acompanhar a orientação do STF, no sentido de não ser admissível o emprego do *writ* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de não se desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, preservando, assim, sua utilidade e eficácia, e garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, tem se admitido o exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

2. A jurisprudência mais recente do STJ se firmou no sentido de que o acusado não pode ser condenado com base apenas em eventual

reconhecimento falho, ou seja, sem o cumprimento das formalidades legais, as quais constituem, em verdade, garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um delito. No entanto, é possível que o julgador, destinatário das provas, convença-se da autoria delitiva a partir de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato do reconhecimento falho, porquanto, sem prejuízo da nova orientação, não se pode olvidar que vigora no nosso sistema probatório o princípio do livre convencimento motivado.

- Relevante destacar, ainda, que, “nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui enorme relevância, ante as circunstâncias em que normalmente ocorrem, às escondidas e longe de testemunhas”. (AgRg no AREsp n. 2.141.057/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.)

- Na hipótese dos autos, a defesa afirma que os três reconhecimentos realizados – fotográfico, pessoal na delegacia e pessoal no corredor do Fórum – não observaram a disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal e que a autoria foi inicialmente imputada ao paciente em virtude de seu suposto envolvimento em outros crimes da mesma natureza, dos quais, entretanto, vem sendo inocentado.

3. Consta dos autos que o paciente foi condenado definitivamente em 12 ações penais. Contudo, consta igualmente que, com a superveniência de exames periciais de perfis genéticos, comprovou-se, em 5 casos, que o material coletado nas vítimas convergia com o perfil genético de outro homem, afastando-se, assim, a possibilidade de o paciente ter sido o autor. Nesse contexto, o paciente já foi absolvido em 5 revisões criminais ajuizadas na origem e em 2 *habeas corpus* impetrados perante esta Corte Superior.

- De uma leitura atenta da situação dos presentes autos, em confronto com as decisões que já desconstituíram 7 das 12 condenações definitivas do paciente, é possível constatar que, na presente hipótese, a condenação se embasa igualmente na palavra da vítima, que reconheceu o paciente, fotográfica e pessoalmente, sem observância da disciplina legal, e nos depoimentos policiais, no sentido de que o paciente estaria envolvido em outros crimes da mesma espécie.

4. Não obstante a relevância da palavra da vítima, em especial em crimes como o dos autos, não é possível levar em consideração

os reconhecimentos, fotográfico e pessoal, realizados pela vítima, porquanto feitos sem observância da disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal, e convalidados pela existência de reconhecimento por outras vítimas, realizados com os mesmos vícios, e desconstituídos por meio de prova pericial que não identificou o perfil genético do paciente nos materiais coletados das vítimas.

- Nessa linha de inteligência, se as condenações do paciente foram servindo de confirmação umas às outras, tem-se que, da mesma forma, a identificação do perfil genético de pessoa diversa, somada ao fato de o perfil genético do paciente não ter encontrado nenhuma coincidência no Banco de Dados de Perfis Genéticos, acaba por esvaziar a certeza dos reconhecimentos realizados pelas vítimas, sem atenção à importante disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal.

5. *Habeas corpus* não conhecido. *Ordem concedida de ofício*, para decretar a nulidade do reconhecimento, com a conseqüente absolvição do paciente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília (DF), 27 de fevereiro de 2024 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

DJe 1º.3.2024

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado por advogados que fazem parte do *Innocence*

Project Brasil, em favor de C. E. DA S., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0014046-26.2012.8.26.0405).

Consta dos autos que o paciente foi condenado definitivamente como incurso nos arts. 157 e 213, ambos do Código Penal, à pena de 11 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado.

Foi impetrado previamente perante esta Corte Superior o *Habeas Corpus* n. 374.936/SP, o qual não foi conhecido pela Quinta Turma, em sessão de julgamento ocorrida em 13/12/2016.

No presente *mandamus*, a defesa aduz, em síntese, que, a partir de 2010, passou a ocorrer uma série de estupros com a mesma dinâmica delitativa, tendo os investigadores mostrado às vítimas a foto do paciente, que foi por elas reconhecido. Nesse contexto, o paciente acabou sendo condenado por 12 crimes que não cometeu, passando a ser conhecido como o “Maníaco da Castello Branco”.

O “*Innocence Project* Brasil, então, com ajuda do Ministério Público de Barueri/SP, obteve 5 exames de DNA, todos elaborados pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo (‘IC’), os quais demonstram, sem sombras de dúvida, que C. E. não é o esturador noticiado (doc. 5)”. Ademais, 4 desses laudos “apontaram a convergência com o perfil de outro homem”.

Destaca, ademais, que o perfil genético do outro homem foi atrelado, ainda, a outros 8 casos de estupro, sendo que ao menos 6 destes ocorreram nas mesmas condições daqueles anteriormente imputados ao paciente. Já o perfil genético do paciente, ao ser incluído no banco de perfis genéticos, não encontrou nenhuma coincidência.

Diante das novas evidências, o paciente já foi absolvido em 7 dos 12 casos pelos quais foi injustamente condenado. Foram julgadas procedentes 5 revisões criminais ajuizadas perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e concedidas duas ordens de *Habeas Corpus* perante esta Corte Superior (HCs n. 694.791/SP e 723.249/SP).

A defesa assevera que, como bem destacou a Corte Paulista, “na vítima, foi criada a memória de que o peticionário foi o autor dos fatos, *quicá por sua semelhança com o real agressor* ou então pela autoridade dos funcionários que o apresentaram como suspeito”.

No caso dos autos, consta do boletim de ocorrência que a vítima afirmou que “não conseguiu memorizar o rosto do desconhecido” e que o inquérito foi

instaurado apenas 5 meses depois, em razão da prisão do ora paciente como suspeito de outros estupros. No mais, os reconhecimentos extrajudiciais e judicial não observaram a disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal.

Em um primeiro momento, houve o reconhecimento fotográfico, por meio da apresentação de uma única foto. Na sequência, foi realizado o reconhecimento pessoal, na delegacia, onde o paciente foi colocado ao lado de uma pessoa que não possuía as mesmas características físicas e ao lado do policial que acompanhou a vítima no reconhecimento fotográfico e na própria ida até a delegacia (e-STJ fl. 25). Por fim, foi realizado o reconhecimento em audiência, por meio da visualização do paciente no corredor.

Pugna, assim, pela absolvição do paciente.

O Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 648/654, pelo não conhecimento do *mandamus*, nos seguintes termos:

Habeas corpus sucedâneo de recurso especial. Impossibilidade. Penal e Processual Penal. Estupro e roubo. Pleito de absolvição. Alegação de ilegalidade da condenação com base exclusivamente nos reconhecimentos feitos pela vítima, sem a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Inocorrência. Outros elementos probatórios apontados pelas instâncias de origem. Revolvimento fático-probatório inadmissível em sede de habeas corpus. Impossibilidade de desfazimento da coisa julgada a partir de mudança de posicionamento jurisprudencial. Precedentes desse STJ. Constrangimento ilegal não evidenciado. Parecer pela extinção do processo sem resolução de mérito.

Foram juntados novos documentos às e-STJ fls. 656/676, com nova manifestação do Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 679/680, mantendo os termos do parecer anterior.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): Em razão da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça passou a acompanhar a orientação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não ser admissível o emprego do *writ* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de não se desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, preservando, assim, sua utilidade e eficácia, e garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Referido entendimento foi ratificado pela Terceira Seção, em

10/6/2020, no julgamento da Questão de Ordem no *Habeas Corpus* n. 535.063/SP.

Nessa linha de intelecção, como forma de racionalizar o emprego do *writ* e prestigiar o sistema recursal, não se admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, tem se admitido o exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Conforme relatado, a defesa se insurge, em síntese, contra a condenação do paciente, por considerar que o reconhecimento realizado não observou a disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal.

A jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o acusado não pode ser condenado com base apenas em eventual reconhecimento falho, ou seja, sem o cumprimento das formalidades legais, as quais constituem, em verdade, garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um delito.

No entanto, é possível que o julgador, destinatário das provas, convença-se da autoria delitiva a partir de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato do reconhecimento falho, porquanto, sem prejuízo da nova orientação, não se pode olvidar que vigora no nosso sistema probatório o princípio do livre convencimento motivado.

Relevante destacar, ainda, que, “nos crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui enorme relevância, ante as circunstâncias em que normalmente ocorrem, às escondidas e longe de testemunhas”. (AgRg no AREsp n. 2.141.057/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.)

Na hipótese dos autos, a defesa afirma que os três reconhecimentos realizados – fotográfico, pessoal na delegacia e pessoal no corredor do Fórum – não observaram a disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal e que a autoria foi inicialmente imputada ao paciente em virtude de seu suposto envolvimento em outros crimes da mesma natureza, dos quais, entretanto, vem sendo inocentado.

O Magistrado de origem condenou o paciente com a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 275):

A par do reconhecimento na delegacia, a vítima também o identificou pessoalmente em juízo “sem nenhuma dúvida como sendo o autor dos fatos acima descritos”.

Essa sólida delação já embasa um seguro decreto condenatório porque a palavra da ofendida, dada a natureza clandestina dos delitos sexuais, é de suma importância, mormente se reiterada e incisiva como na espécie.

Mas também há os depoimentos processuais dos policiais que investigaram o fato que, não obstante terem sido pouco esclarecedores, dois deles afirmaram que o réu foi detido *em razão da prática de outros crimes idênticos, cujas vítimas o reconheceram prontamente*, donde fazer sentido o relato da ofendida deste caso de ter apontado o réu pessoalmente na delegacia.

A Corte local, por seu turno, manteve a condenação, com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 37/38):

A autoria, igualmente, é incontestada.

Tanto na fase extrajudicial quanto na judicial o apelante negou a prática dos delitos, alegando desconhecer o motivo pelo qual a vítima o reconheceu como autor dos crimes (fls. 17 e 172).

Todavia a negativa apresentada não convence quando confrontada com o acervo probatório.

Com efeito, a vítima Maria Salete, ouvida em Juízo, contou sobre a dinâmica dos fatos. Ratificou os termos descritos na denúncia. Reconheceu o acusado como sendo o autor dos delitos de roubo e de estupro (fls. 171).

A testemunha Rodrigo Sales Barbosa, Investigador de Polícia, ouvida em Juízo, informou que ficou responsável pela investigação deste e de outros casos semelhantes. Contou que o *acusado agiu do mesmo modus operandi em outros casos de roubo e estupro na região da Delegacia*. Afirmou que a vítima reconheceu fotograficamente o acusado e, posteriormente, também pessoalmente (fls. 89 mídia).

A testemunha Izaias Ferreira de Lima, Investigador de Polícia, também participou das investigações para apurar os delitos tratados nos autos. Afirmou que apresentou a fotografia do suspeito à vítima e ela, prontamente, o reconheceu como autor dos crimes (fls. 89 - mídia).

Como se pôde verificar, diante da segurança das declarações prestadas pela vítima e testemunhas, aliando-se ao reconhecimento positivo e seguro, além das provas coligidas, de rigor era a condenação do acusado pelo delito de roubo, pois firmes apresentaram-se os elementos para convencimento do Juízo, não havendo que se falar em falta de provas a ensejar a absolvição pretendida, tampouco, o benefício da dúvida em favor do réu.

Não há que se cogitar falta de credibilidade no depoimento da vítima, tendo em vista que descreveu com detalhes as circunstâncias em que ocorreram os fatos. Ademais, seria uma verdadeira injustiça ignorar a palavra da mesma.

Assim:

(...).

A prova oral colhida é coerente e harmônica, não apresentando divergências. Além disso, não se vislumbrou nenhum motivo para que o réu fosse incriminado falsamente.

Como visto, o paciente foi condenado com fundamento no reconhecimento fotográfico e pessoal realizado pela vítima, bem como em virtude de ter sido detido pela “*prática de outros crimes idênticos, cujas vítimas o reconheceram prontamente*”.

De fato, consta dos autos que o paciente foi condenado definitivamente em 12 ações penais. Contudo, consta igualmente que, com a superveniência de exames periciais de perfis genéticos, comprovou-se, em 5 casos, que o material coletado nas vítimas convergia com o perfil genético de outro homem, afastando-se, assim, a possibilidade de o paciente ter sido o autor. Nesse contexto, o paciente já foi absolvido em 5 revisões criminais ajuizada na origem e em 2 *habeas corpus* impetrados perante esta Corte Superior.

Constou da Revisão Criminal n. 0026352-39.2016.8.26.0000 que, “embora a vítima o houvesse reconhecido por foto (mídia fl. 171) e, depois, pessoalmente (fl. 21), ratificando essa prova em juízo (fls. 199-200), houve a colheita de prova nova, atestando a sua inocência”. (e-STJ fl. 565). Destacou-se, ainda, que “restou certo que o reconhecimento feito pela ofendida, apontando o ora peticionário como autor do crime, foi equivocado. A despeito daquela prova, demonstrou-se por perícia biológica, não ser ele o gerador do sêmen deixado na peça de roupa íntima, apreendida na ocasião do crime” (e-STJ fl. 566).

Na Revisão Criminal n. 0021002-70.2016.8.26.0000, a Corte local considerou que, “da análise pormenorizada dos elementos de convicção, nota-se que a condenação realmente contrariou a evidência dos autos, porque não houve testemunha presencial, o Peticionário negou os fatos, o laudo pericial não comprovou a violência sexual e o ofício juntado posteriormente revela que ele foi acusado injustamente da prática de outro estupro” (e-STJ fl. 574).

Já na Revisão Criminal n. 0008444-56.2022.8.26.0000, o paciente foi “excluído como o indivíduo gerador do material genético masculino encontrado no corpo” da vítima. Concluiu-se, assim, pela absolvição do paciente, que havia sido condenado com base apenas nos reconhecimentos realizados por meio fotográfico (e-STJ fl. 581).

De igual sorte, na Revisão Criminal n. 0019347-53.2022.8.26.0000, consignou-se, igualmente, que a condenação “se lastreou em reconhecimento equivocado” (e-STJ fl. 588) e que a prova já dava indícios de ser precária, uma vez que, em um primeiro momento, a vítima identificou pessoa diversa, que estava presa na data dos fatos. Dessa forma, com a superveniência da prova técnico científica, absolveu-se novamente o paciente.

Por fim, na Revisão Criminal n. 0024035-58.2022.8.26.0000, registrou-se que, “embora tenha constado do v. acórdão confirmatório que a vítima reconhecia o agente com absoluta certeza, tal prova oral não pode prevalecer frente à prova pericial ora apresentada pelo petionário” (e-STJ fl. 598). Salientou-se, outrossim, que, “ausente informação sobre a existência e disponibilidade, à época dos fatos, do exame de DNA, nos moldes em que realizado em 2020, nos cabe apenas louvar as iniciativas que culminaram na revisão dos autos e declaração tardia da absolvição de C. E., bem como, doravante, analisar com mais cautela a prova oral produzida” (e-STJ fl. 604).

Nesta Corte Superior, o paciente foi absolvido no *Habeas Corpus* n. 694.791/SP, da relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 7/12/2021, ficando registrado que (e-STJ fl. 619):

Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de estupro tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito pela vítima na fase policial, porém sem observância das disposições do art. 226 do CPP.

Ressalta-se que inobservância do procedimento descrito na norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo.

Além disso, cabe ainda ressaltar que por meio de exame de DNA realizado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, constatou-se no “Laudo Pericial de Confronto Genético” que o material genético (espermatozoides), coletado em exame sexológico feito na vítima à época dos fatos, não coincide com o perfil genético do paciente e sim com o perfil genético de outro homem, suspeito de cometer outros crimes de estupro, cujo material genético também foi apresentado para a confrontação (e-STJ, fls. 238-245).

É cediço que exames de materiais genéticos, como o DNA, já são corriqueiramente utilizados como meio seguro de prova no processo civil, em especial em ações que visam comprovar estado de filiação e paternidade.

No âmbito do processo penal, em que com mais vigor se busca a verdade real, as provas científicas têm se revelado meios seguros para a elucidação de crimes e identificação dos seus autores.

À vista disso, inegável o valor probante do laudo pericial de fls. 238-245 (e-STJ), no qual se conclui que o perfil genético obtido do material coletado em exame sexológico feito na vítima à época dos fatos não é proveniente do paciente.

Logo, não havendo elementos para sustentar a condenação, e mais, existindo prova científica da inocência, mostra-se de rigor a absolvição do paciente.

Referido julgado recebeu a seguinte ementa:

Processo Penal. Habeas corpus. Estupro de vulnerável. Reconhecimento fotográfico realizado em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Autoria estabelecida unicamente com base em reconhecimento efetuado pela vítima. Laudo pericial de exame de DNA que concluiu que o perfil genético obtido do material coletado em exame sexológico feito na vítima não é proveniente do paciente. Prova científica da inocência. Absolvição. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Em julgados recentes, ambas as Turmas que compõe a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça alinharam a compreensão 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” (HC 652.284/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe 3/5/2021).

3. Dos elementos probatórios que instruem o feito, verifica-se que a autoria delitiva do crime de estupro tem como único elemento de prova o reconhecimento fotográfico feito pela vítima na fase policial, porém sem observância das disposições do art. 226 do CPP.

4. Além disso, cabe ainda ressaltar que, por meio de exame de DNA realizado pelo Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, constatou-se no “Laudo Pericial de Confronto Genético” que o material genético (espermatozoides), coletado em exame sexológico feito na vítima à época dos fatos, não coincide com o perfil genético do paciente e sim com o perfil genético de outro homem, suspeito de cometer outros crimes de estupro, cujo material genético também foi apresentado para a confrontação.

5. No âmbito do processo penal, em que com mais vigor se busca a verdade real, as provas científicas têm se revelado meios seguros para a elucidação de crimes e identificação dos seus autores. À vista disso, inegável o valor probante do laudo pericial.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente do crime de estupro de vulnerável.

(HC n. 694.791/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 10/12/2021.)

Da mesma forma, no *Habeas Corpus* n. 723.249/SP, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 8/3/2022, ficou consignado que, “inexistindo provas válidas para sustentar a condenação – porquanto afirmada a autoria delitiva com amparo unicamente em reconhecimento fotográfico feito pela vítima em sede policial sem a devida observância das regras do art. 226 do CPP -, e, mais, sobrevindo prova científica da inocência, é de rigor a absolvição do paciente” (e-STJ fl. 627).

De uma leitura atenta da situação dos presentes autos, em confronto com as decisões que já desconstituíram 7 das 12 condenações definitivas do paciente, é possível constatar que, na presente hipótese, a condenação se embasa igualmente na palavra da vítima, que reconheceu o paciente, fotográfica e pessoalmente, sem observância da disciplina legal, e nos depoimentos policiais, no sentido de que o paciente estaria envolvido em outros crimes da mesma espécie.

Assim, não obstante a relevância da palavra da vítima, em especial em crimes como o dos autos, não é possível levar em consideração os reconhecimentos, fotográfico e pessoal, realizados pela vítima, porquanto feitos sem observância da disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal, e convalidados pela existência de reconhecimento por outras vítimas, realizados com os mesmos vícios, e desconstituídos por meio de prova pericial que não identificou o perfil genético do paciente nos materiais coletados das vítimas.

Nessa linha de intelecção, se as condenações do paciente foram servindo de confirmação umas às outras, tem-se que, da mesma forma, a identificação do perfil genético de pessoa diversa, somada ao fato de o perfil genético do paciente não ter encontrado nenhuma coincidência no Banco de Dados de Perfis Genéticos, acaba por esvaziar a certeza dos reconhecimentos realizados pelas vítimas, sem atenção à importante disciplina do art. 226 do Código de Processo Penal.

Ao ensejo:

Agravo regimental no habeas corpus. Roubo. Reconhecimento fotográfico. Nulidade. Ausência de outros elementos de prova independentes. Agravo regimental desprovido.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que presentes elementos de prova independentes e suficientes a demonstrar a autoria do delito, a existência de vício no procedimento de reconhecimento pessoal não conduz à imediata absolvição.

2. O reconhecimento fotográfico deve seguir o procedimento do art. 226 do Código de Processo Penal - CPP diante da falibilidade da memória humana, seja da vítima, seja da testemunha, podendo contaminar provas testemunhais.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 816.319/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 30/10/2023, DJe de 8/11/2023.)

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Pretensão condenatória. Reconhecimento fotográfico. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Ausência de indicação de outros elementos para comprovação da autoria. Entendimento firmado na origem pela absolvição. Reexame do acervo fático-probatório. Providência vedada pela Súmula 7/STJ. Agravo regimental não provido.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça o acusado não pode ser condenado com base, apenas, em eventual reconhecimento falho, ou seja, sem o cumprimento das formalidades legais, as quais constituem, em verdade, garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um delito. Lado outro, é possível que o julgador, destinatário das provas, convença-se da autoria delitiva a partir de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato do reconhecimento falho, porquanto, sem prejuízo da nova orientação, não se pode olvidar que vigora no nosso sistema probatório o princípio do livre convencimento motivado.

2. O Tribunal de origem asseverou que o caderno investigativo resumiu suas conclusões a um procedimento de reconhecimento pessoal por meio de fotografias apresentadas à vítima já com a indicação de que o recorrido seria "assaltante de carro-forte", sem observância do comando do art. 226 do CPP e sem outros elementos de prova para respaldar o decreto condenatório, concluindo que a situação que traz dúvida razoável quanto a participação do acusado no delito.

3. Para se alterar o entendimento firmado pelo Tribunal estadual no sentido de que não há certeza sobre a autoria do delito, uma vez que fundada unicamente no reconhecimento fotográfico feito pela vítima sem observância do comando do art. 226 do CPP, seria necessário o amplo revolvimento do acervo fático-probatório, providencia vedada em sede especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 2.376.130/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 30/10/2023.)

Agravo regimental no recurso especial. Roubo circunstanciado. Reconhecimento fotográfico. Art. 226 do Código de Processo Penal. Inobservância do procedimento legal. Nulidade. Ausência de provas válidas da autoria. Agravo regimental desprovido.

1. Da análise dos autos, é incontroverso que toda a prova da autoria em desfavor do Recorrente decorreu de reconhecimento fotográfico, realizado na fase extrajudicial e repetido, sem a observâncias das formalidades legais, na audiência de instrução e julgamento.

2. Por certo que os princípios orientadores do sistema acusatório de processo, notadamente o do livre convencimento fundamentado, não se coadunam com as regras das provas tarifadas. Contudo, na análise do acervo probatório, deve o Juiz estar atento à própria natureza do meio de prova estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal que, por si só, não é apto a sustentar o édito condenatório.

3. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte Superior, “se realizado em conformidade com o modelo legal (art. 226 do CPP), o reconhecimento pessoal é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica.” (Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 15/03/2022, DJe de 22/03/2022).

4. No caso, para além do mero reconhecimento fotográfico, as instâncias ordinárias não apontaram outros elementos de convicção independentes e suficientes, produzidos sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, que sustentassem a formação do édito condenatório. Desse modo, diante da fragilidade do conjunto probatório, impõe-se a absolvição do Recorrente.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.092.025/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 20/10/2023.)

Em circunstâncias semelhantes, a Terceira Seção desta Corte Superior determinou a absolvição, com a imediata soltura, do Porteiro Paulo Alberto da Silva Costa, que constava como investigado ou condenado em 61 processos criminais por roubo, com base apenas em reconhecimento fotográfico realizado sem observância à disciplina legal e sem outras provas que confirmassem a autoria.

A propósito:

Habeas corpus. Roubo majorado. Depoimento da vítima. Reconhecimento fotográfico e pessoal. Únicos elementos de prova. Contradições e inconsistências aferíveis, primo ictu oculi. Desnecessidade de reexame do acervo probatório. Dúvida razoável. In dubio pro reo. Ordem concedida.

1. Desde que respeitadas as exigências legais, o reconhecimento de pessoas pode ser valorado pelo Julgador. Isso não significa admitir que, em todo e qualquer caso, a afirmação do ofendido de que identifica determinada pessoa como o agente do crime seja prova cabal e irrefutável. Do contrário, a função dos órgãos de Estado encarregados da investigação e da acusação (Polícia e Ministério Público) seria relegada a segundo plano. O Magistrado, por sua vez, estaria reduzido à função homologatória da acusação formalizada pelo ofendido.

2. Consoante jurisprudência desta Corte, o reconhecimento positivo, que respeite as exigências legais, portanto, “é válido, sem, todavia, força probante absoluta, de sorte que não pode induzir, por si só, à certeza da autoria delitiva, em razão de sua fragilidade epistêmica” (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

3. O reconhecimento de pessoas que obedece às disposições legais (o que não as observa é nulo, consoante jurisprudência pacífica desta Corte) não prepondera sobre quaisquer outros meios de prova (confissão, testemunha, perícia, acareação, etc.); ao contrário, deve ser valorado como os demais.

4. Há diferentes graus de confiabilidade de um reconhecimento. Se decorrido curto lapso temporal entre o crime e o ato e se a descrição do suspeito é precisa, isenta de contradições e de alterações com o passar do tempo - o que não ocorre no caso em tela - a prova, de fato, merece maior prestígio. No entanto, em algumas hipóteses o reconhecimento deve ser valorado com maior cautela, como, por exemplo, nos casos em que já decorrido muito tempo desde a prática do delito, quando há contradições na descrição declarada pela vítima e até mesmo na situação em que esse relato porventura não venha a corresponder às reais características físicas do suspeito apontado.

5. A confirmação, em juízo, do reconhecimento fotográfico extrajudicial, por si só, não torna o ato seguro e isento de erros involuntários, pois “uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto” (STJ, HC n. 712.781/RJ, relator Ministro *Rogério Schietti Cruz*, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 22/3/2022).

6. No caso, é incontroverso nos autos que (i) a condenação do Paciente encontra-se amparada tão somente no depoimento da Vítima e nos reconhecimentos realizados na fase extrajudicial e em juízo; (ii) não foram ouvidas outras testemunhas de acusação; (iii) a res furtiva não foi apreendida em poder do Acusado; (iv) o Réu negou a imputação que lhe foi dirigida.

7. Constatada-se, primo ictu oculi e sem a necessidade de incursão aprofundada no acervo probatório, que há diversas inconsistências e contradições nas descrições feitas pela Vítima a respeito dos aspectos fisionômicos do suspeito, o que indica a possibilidade de reconhecimento falho, dado o risco de construção de falsas memórias.

O fenômeno não está ligado à ideia de mentira ou falsa acusação, mas sim a de um erro involuntário, a que qualquer pessoa pode ser acometida.

8. Em audiência, a Ofendida nem mesmo afirmou que havia reconhecido o Paciente, em sede policial, com absoluta certeza. Ao contrário, alegou que, naquela ocasião, após visualizar as fotos, apenas sinalizou que possivelmente o Réu seria o autor do crime.

9. *Não se desconhece que, na origem, o Paciente responde por dezenas de acusações relativas à suposta prática de roubo. A própria Defesa, com nítida boa-fé, enuncia tal fato na inicial, porém alerta que “em vários deles já foi absolvido em razão de vícios do ato de reconhecimento e de falta de certeza quanto à autoria delitiva” (fl. 34). O alerta defensivo é corroborado pelo substancioso estudo anexado aos autos pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa - Márcio Thomaz Bastos, informando que o Paciente já foi absolvido “em 17 ações penais, nas quais o próprio Ministério Público opinou pela improcedência e, por isso, também não interpôs recurso” e que o “principal motivo das absolvições foi a ausência de ratificação, em Juízo, do reconhecimento policial”. Portanto, as graves incongruências no reconhecimento do ora Paciente não podem ser sanadas apenas em razão quantidade de vezes em que este foi reconhecido em outros feitos.*

10. Considerando que o decreto condenatório está amparado tão somente nos reconhecimentos formalizados pela Vítima e, ainda, as divergências e inconsistências na referida prova, aferíveis de plano e sem a necessidade de incursão no conjunto fático-probatório, concluo que há dúvida razoável a respeito da autoria delitiva, razão pela qual é necessário adotar a regra de julgamento que decorre da máxima in dubio pro reo, tendo em vista que o ônus de provar a imputação recai sobre a Acusação.

11. *Ordem de habeas corpus concedida para absolver o Paciente, com fundamento no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.*

Concedido habeas corpus ex officio para determinar a soltura imediata do Paciente em relação a todos os processos, cabendo aos Juízos e Tribunais, nas ações em curso, e aos Juízos da Execução Penal, nas ações transitadas em julgado, aferirem se a dinâmica probatória é exatamente a mesma repelida nestes autos. Determinada a expedição de ofício comunicando a íntegra desse julgado à Corregedoria de Polícia do Estado do Rio de Janeiro para apuração de eventuais responsabilidades.

(HC n. 769.783/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/5/2023, DJe de 1/6/2023.)

Pelo exposto, *não conheço* do *mandamus*. Porém, *concedo a ordem de ofício*, para decretar a nulidade do reconhecimento, com a consequente absolvição do paciente.

É como voto.