

CAO-CRIM

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO

Nºs 01 a 53

Volume I

Ministério Público do Estado de São Paulo

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica

Wallace Paiva Martins Junior

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Relações Institucionais

Arnaldo Hossepian Junior

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Planejamento Institucional

José Roberto Rochel de Oliveira

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Relações Externas

José Antonio Franco da Silva

Diretor-Geral

Michel Betenjane Romano

Secretário Especial de Políticas Criminais

Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Valéria Scarance
Paulo José de Palma (descentralizado)

Artigo 28 e Conflito de Atribuições

Marcelo Sorrentino Neira
Fernando Célio Brito Nogueira

Analistas Jurídicos

Ana Karenina Saura Rodrigues
Victor Gabriel Tosetto

Associação Paulista do Ministério Público

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Júnior

1ª Vice-Presidente

Paula Castanheira Lamenza

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2ª Secretária

Dalva Teresa da Silva

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2ª Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretor de Aposentados

Gabriel Cesar Zaccaria De Inellas

Diretor de Patrimônio

André Pascoal da Silva

Diretora de Relações Públicas

Valéria Maiolini

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Junior

Diretor de Esportes

Marcelo Orlando Mendes

Diretora APMP Mulher

Maria Gabriela Prado Manssur Trabulsi

Diretor de Saúde

Francisco Ruiz Calejon

Diretor de Previdência

Marcelo Luiz Barone

CONSELHO FISCAL

Titulares

Enilson David Komono

Marcelo Rovere

Paulo Juricic

Suplentes

Antônio Bandeira Neto

Daniel Leme de Arruda

Fabiana Dal Mas Rocha Paes

APRESENTAÇÃO

A Procuradoria Geral de Justiça, por meio de seu Centro de Apoio Criminal – CAOCrim, em parceria com a Associação Paulista do Ministério Público (APMP), apresenta a edição número 001 do E-Book - Boletim Criminal Comentado, uma compilação de análises de direito penal e de direito processual penal e estudos do Centro de Apoio Operacional Criminal.

O projeto do E-Book do Boletim Criminal Comentado objetiva perpetuar os esforços de estudo de cada participante e difundir pontos de vista e experiências na área do direito penal e do direito processual penal. O resultado dessa iniciativa pode ser visto nesta compilação de análises e estudos.

É gratificante verificar a convergência de conhecimentos e esforços profissionais no mesmo sentido, o de fortalecer o Ministério Público e especializar cada vez mais a função de Promotor de Justiça, por meio das nossas teses institucionais.

Desejamos uma boa leitura e estudos!

Arthur Pinto de Lemos Júnior
Coordenador CAOCrim
Secretário Especial de Políticas Criminais

Paulo Penteado Teixeira Junior
Presidente APMP

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 001 - MAIO 2018

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	32
Direito Processual Penal	32
1 - Prisão em flagrante por Guardas Municipais	32
2 - Embriaguez ao volante com morte. Análise da voluntariedade na pronúncia	33
3 - Tráfico de Drogas. Busca ilegal e prisão em flagrante	34
4 - Crimes Fiscais. Compartilhamento de dados da Receita com MP. Licitude da prova	34
Direito Penal	36
1 - Depositário judicial e o crime de peculato	36
ESTUDOS DO CAOCRIM	38
Prerrogativa de foro: reflexos práticos	38
Lei 13.654/18: inconstitucionalidade formal	39
STF/STJ: notícias de interesse institucional	45

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 002 - MAIO 2018

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	49
Direito Processual Penal	49
1 - Prerrogativa de foro e interpretação restritiva	49
Direito Penal	50
1 - Roubo e extorsão e a continuidade delitiva	50
ESTUDOS DO CAOCRIM	51
1 - Lei 13.491/17 e a nova competência (ampliada) da Justiça Militar: reflexos práticos	51
2 - Modelo de manifestação de remessa do feito para a Justiça Militar	57
3 - Art. 28 da Lei de Drogas e a agravante da reincidência	61
Notícias de interesse institucional	62

Boletim Criminal Comentado - nº 003 - MAIO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	67
1 - Deserção no processo penal e na Lei 9.099/95	67
2 - Audiência de custódia. Art. 8o. da Res. 213 CNJ. Não proibição de as mídias da apresentação acompanharem o processo	70
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	75

PROCESSO PENAL	75
1 - Lei 10.446/02. Atribuições da Polícia Federal e a competência estadual	75
2 - Nomeação do Núcleo de Prática Jurídica em juízo. Desnecessidade da juntada de procuração. Inaplicabilidade da Súmula 115/STJ	76
3 - Pena restritiva de direitos e execução penal provisória	77
PENAL	79
1 - Princípio da insignificância e pesca no período defeso	79
2 - Crime do art. 54 da Lei n. 9.605/1998. Natureza formal do delito. Realização de perícia. Desnecessidade. Potencialidade de dano à saúde	80
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	82

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 004 - MAIO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	86
1 - Art. 478 do CPP e a leitura da decisão de pronúncia em plenário	86
2 - Tribunal do júri: transcrição das gravações para uso em plenário (com modelo de mandado de segurança)	88
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	93
DIREITO PROCESSUAL PENAL	93
1 - Ministério Público e a prerrogativa de prazo recursal em dobro em matéria criminal	93
2 - Execução Penal - Remição ficta e omissão do Estado	95
DIREITO PENAL	97
1 - Necessidade (ou não) da apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência da majorante do art. 157, §2, I, CP.	97
2 - Consumação do estupro de vulnerável dispensa efetiva relação sexual	98
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	100

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 005 - MAIO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	104
1 - Fabricação ilegal de cigarro nacional, sem indícios de sua exportação. Competência da Justiça Estadual	104
2 - Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor e a embriaguez ao volante.	105
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	107

DIREITO PROCESSUAL PENAL	107
1 - Encerramento da instrução e permanência da prerrogativa de foro do parlamentar.	107
2 - Competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior que tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição	107
DIREITO PENAL	109
1 - Condenação de parlamentar e perda do mandato	109
2 - Não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar	112
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	114

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 006 - JUNHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	117
1 - Nota técnica do CAOCrim ao SUBSTITUTIVO dos PLs 602/15 e 1.143/15	117
2 - Não realização da audiência de custódia: mera irregularidade	121
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	124
DIREITO PROCESSUAL PENAL	124
1 - Tema: Crimes ambientais. A assinatura do termo de ajustamento de conduta com órgão ambiental não impede a instauração de ação penal.	124
2 - Tema: A condução do interrogatório do réu de forma firme durante o júri não importa, necessariamente, em quebra da imparcialidade do juiz e em influência negativa nos jurados.	125
3 - Tema: Execução penal. É possível a remição do tempo de trabalho realizado antes do início da execução da pena, desde que em data posterior à prática do delito	127
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	129

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 007 - JUNHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	132
1 - NOTA TÉCNICA DO CAOCRIM AO SUBSTITUTO DO PL 1258/15	132
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	135
DIREITO PROCESSUAL PENAL	135
1 - Remição ficta e omissão do Estado	135
2 - Condução coercitiva para interrogatório e recepção pela Constituição Federal de 1988 ..	137

DIREITO PENAL	142
1 - Homicídio na direção de veículo automotor e competência do tribunal do júri	142
2 - Legitimidade ativa do Ministério Público e crime de estupro em lesão corporal	143
3 - Roubo com emprego de arma branca: abolição da majorante de pena	145
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	147

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 008 - JUNHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	150
1 - Tema: Lei Estadual 16.648/18 – disciplina a remição pela leitura nas prisões estaduais ...	150
2 - Tema: Legalidade da prisão em flagrante efetuada por Guardas Municipais	156
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	161
DIREITO PROCESSUAL PENAL	161
1 - Execução de medida de segurança imposta a militar federal licenciado: competência ...	161
2 - Colaboração premiada conduzida por Delegado de Polícia: constitucionalidade	162
DIREITO PENAL	163
1 - STJ afasta consunção entre os delitos desacato e resistência	163
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	165

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 009 - JUNHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	168
1 - Oferecimento da denúncia: “In dubio pro societate” x “In dubio pro reo”	168
2 - As provas produzidas na esfera inquisitorial, seu reexame na instrução criminal e o art. 155 do CPP	169
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	172
DIREITO PROCESSUAL PENAL	
1 - Tema: Tribunal do Júri. Sustentação oral em plenário. Tempo reduzido. Deficiência de defesa. Nulidade. Ausência. Imprescindibilidade de demonstração do prejuízo	172
2 - Tema: Perícias e documentos produzidos na fase inquisitorial e sua eficácia probatória ...	174
3 - Tema: A produção antecipada de provas, com base no art. 366 do CPP, deve ser concretamente fundamentada.	175
DIREITO PENAL	
1 - Tema: Crime tributário. Constituição definitiva do crédito. Justa causa presente. Súmula vinculante 24. Juntada do procedimento tributário. Desnecessidade. Eventuais irregularidades. Discussão na sede própria	177

STF/STJ: Notícias de interesse institucional	181
---	------------

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 010 - JULHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	185
1 - Colaboração premiada, legitimidade do Delegado de Polícia e as atribuições/deveres do Ministério Público	185
2 - Conflito de atribuições entre MPs e o Aviso 150/17 PGJ e CGMP	187
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	191
DIREITO PROCESSUAL PENAL	191
1 - Tema: Reconhecimento fotográfico. Validade quando ratificado em juízo	191
2 - Tema: Testemunho prestado por policiais. Validade.	192
DIREITO PENAL	194
1 - Tema: STJ. Aplicação da pena. Possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o tráfico de drogas for praticado com o intuito de introduzir substâncias ilícitas em estabelecimento prisional	194
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	196

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 011 - JULHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	199
1 - Viabilidade de crime de receptação quando o crime antecedente não for patrimonial, como na hipótese de crime de falso ou adulteração de sinal identificador de veículo.	199
2 - Terceiro que cede sua conta para depósito de dinheiro obtido de forma fraudulenta (estelionato): definição jurídica da conduta	201
3 - Viabilidade da aplicação do art. 28 do CPP, por analogia, quando a vítima discorda do arquivamento do IP, como se fosse um recurso	202
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	203
DIREITO PROCESSUAL PENAL	203
1 - Tema: PRISÃO – STJ: prisão domiciliar por doença não se justifica se há tratamento adequado na prisão	203
2 - Tema: COMPETÊNCIA – STJ: Troca de imagem de nudez entre adulto e adolescente é da competência da Justiça Estadual	204
DIREITO PENAL	206

1 - Tema: APLICAÇÃO DA PENA – STJ: a majorante da menoridade no tráfico dispensa a prova da certidão 206

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 207

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 012 - JULHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM 212

1 - Pedido ministerial de reparação do dano à vítima: momento processual para o requerimento 212

2 - Crimes envolvendo carregamento fraudulento de bilhete único, tendo como vítima órgãos como SPTrans e CPTM 213

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 215

DIREITO PROCESSUAL PENAL 215

1 - Tema PROVAS - STJ: É legal a prova com material genético descartado, ainda que não tenha havido consentimento do investigado 215

DIREITO PENAL 217

1 - Tema APLICAÇÃO DE PENA - STJ: Danos psicológicos na vítima autorizam o aumento da pena-base e dispensa perícia 217

2 - Tema: analogia no Direito Penal e a jurisprudência do STJ 218

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 220

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 013 - JULHO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM 225

1 - O crime de abandono material e a inadimplência de pensão alimentícia. 225

2 - Testemunha residente no estrangeiro. Indeferimento da prova quando não demonstrada a sua imprescindibilidade 227

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 229

DIREITO PROCESSUAL PENAL 229

1 - Tema PROVAS - STJ: Tráfico de drogas e a prova da materialidade delitiva. 229

2 - Tema PROVAS - STJ: Realização de novo interrogatório não reabre prazo para diligências 231

DIREITO PENAL 233

1 - Tema CONFLITO APARENTE DE NORMAS - STJ: Impossibilidade de concurso entre os crimes da Lei de Drogas (arts. 33 a 37) e o delito de corrupção de menores (art. 244-B ECA) 233

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 234

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 014 - AGOSTO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	237
1 - Jogos de azar por meio da internet: comprovação da materialidade	237
2 - Legitimidade do MP para propor condições inominadas na suspensão condicional do processo (art. 89, §2o., Lei 9.099/95).	239
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	241
DIREITO PENAL	241
1 - Tema EFEITOS DA CONDENAÇÃO - STJ: A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura.	241
2 - Tema APLICAÇÃO DA PENA - STJ: não há bis in idem na valoração negativa dos maus antecedentes e da reincidência baseados em fatos distintos.	242
DIREITO PROCESSUAL PENAL	244
1 - Tema PROVAS - STF: Interceptações telefônicas com base em denúncia anônima	244
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	245

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 015 - AGOSTO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	249
1 - Crime doloso contra a vida cometido por policiais militares. Atribuição para a investigação.	249
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	251
PROCESSO PENAL	251
1 - Tema RECURSOS - STJ: Análise da possibilidade ou não de reavaliação jurídica de fatos incontroversos em sede de recurso especial em matéria penal	251
2 - Tema PERSECUÇÃO PENAL - STJ: O delito do art. 1º, inc. V, da Lei n. 8.137/90 é formal e prescinde do processo administrativo-fiscal para a persecução penal	253
DIREITO PENAL	255
1 - Tema RECURSOS - STJ: Circunstâncias impeditivas do tráfico privilegiado (art. 33, §4o., da Lei 11.343/06).	255
2 - Tema PRESCRIÇÃO - STJ: Reconhecimento da prescrição tributária não afeta a persecução penal, diante da independência entre as esferas administrativo-tributária e penal	258
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	260

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 016 - AGOSTO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	264
---------------------------------	-----

1 - Acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva da prescrição	264
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	266
DIREITO PROCESSUAL PENAL	266
1 - Tema: DROGAS - Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Substituição pela domiciliar. Inadequação. Delito praticado na própria residência	266
2 - Tema: EXECUÇÃO PENAL - A prática de falta grave não interrompe o prazo para aquisição do indulto e da comutação, salvo se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo dos benefícios	267
DIREITO PENAL	
1 - Tema: CUMPRIMENTO DA PENA - Fixação de regime menos gravoso: princípio da insignificância e reincidência	269
2 - Tema: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – STJ. Proporcionalidade não pode ser utilizada para afastar a consumação do estupro de vulnerável	270
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	273
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 017 - AGOSTO 2018	
ESTUDOS DO CAOCRIM	277
1 - Protocolo de Istambul, o combate à tortura e sua aplicação prática nas audiências de custódia.	277
2 - O uso da RECLAMAÇÃO como forma de assegurar decisão emanada dos Tribunais de Justiça.	280
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	281
PROCESSO PENAL	281
1 - TEMA: AÇÃO PENAL - Análise da necessidade ou não de descrição minuciosa e individualizada da ação de cada agente, nos crimes de autoria coletiva	281
2 - Tema: EXECUÇÃO PENAL - A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime.	282
DIREITO PENAL	283
1 - Tema: TORTURA - STJ: Tortura-prova dispensa comprovação de sofrimento intenso	283
2 - Tema: TIPICIDADE - Furto famélico e o princípio da insignificância.	284
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	285
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 018 - AGOSTO 2018	
ESTUDOS DO CAOCRIM	288

1 - Crimes de Trânsito e a Lei 13.546/17	288
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	297
DIREITO PROCESSUAL PENAL	297
1 - Tema: Crimes contra a relação de consumo - Análise da necessidade ou não da realização de perícia para a comprovação da materialidade do crime de expor à venda produtos impróprios para o consumo	297
2 - Tema: Atos infracionais como justificativa para manutenção de prisão preventiva	298
3 - Tema: Condenados por homicídio pagaram indenização e pensão a companheira e filha da vítima	299
4 - Tema: São nulas provas obtidas em WhatsApp sem autorização judicial	300
DIREITO PENAL	
1 - Tema: Aplicação da Pena - Necessidade ou não de o agente ter conhecimento da idade da vítima idosa para que incida a agravante do artigo 61, inciso II, alínea H, do Código Penal	302
2 - TEMA: Não recolhimento de ICMS pode caracterizar crime contra a ordem tributária	302
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	304
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 019 - SETEMBRO 2018	
ESTUDOS DO CAOCRIM	309
1 - O STF e a (in)constitucionalidade do art. 305 do CTB. Ministério Público de SP admitido como “amicus curiae”	309
2 - Os Tribunais Superiores e a (não) aplicação do princípio da insignificância	311
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	315
PROCESSO PENAL	315
1 - Tema: Tribunal do Júri. Quebra da incomunicabilidade entre os jurados. Membro do Conselho de Sentença que afirmou em plena fala da acusação que havia crime. Nulidade. Ocorrência	315
2 - Tema: Acordo de leniência e compartilhamento de provas	318
DIREITO PENAL	319
1 - Tema: Exclusão de crime - Imunidade parlamentar e liberdade de expressão	319
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	323
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 020 - SETEMBRO 2018	
ESTUDOS DO CAOCRIM	327

1 - Termo inicial da prescrição da pretensão executória (PPE). Releitura jurisprudencial	327
2 - A resposta dos jurados reconhecendo materialidade e autoria, porém, absolvendo o réu quando a única tese suscitada pela defesa técnica e em autodefesa foi a negativa de autoria: consequências.	328
3 - Fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Súmulas 718 e 719 do STF.	330
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim.....	333
DIREITO PROCESSUAL PENAL	333
1 - Tema: Não demonstrado prejuízo, a ausência do órgão acusatório na audiência de oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato.	333
DIREITO PENAL	334
1 - Tema: Crimes contra a vida-Ciúme como qualificador em crime de homicídio	334
2 - Tema: Casa de prostituição. Tipicidade. Art. 229 do Código Penal. Exploração sexual. Elemento normativo do tipo. Violação à dignidade sexual e tolhimento à liberdade. Inexistência. Atípico	334
3 - Tema: Execução de sentença penal condenatória. Pena substitutiva de prestação pecuniária. Descumprimento. Arresto de bem de família. Descabimento. Reversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade	336
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	337
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 021 - SETEMBRO 2018	
ESTUDOS DO CAOCRIM	341
1 - Crime de estelionato, competência para julgamento e o posicionamento da 3ª. Seção do STJ	341
2 - ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. Passo a passo para a sua concretização	343
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	349
DIREITO PROCESSUAL PENAL	349
1 - Tema: Impossibilidade da execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação	349
DIREITO PENAL	350
1 - Tema: Condenação alcançada pelo período depurador – Possibilidade de configurar maus antecedentes	350
2 - Tema: Crime do art 244-B da Lei 8.069/90- Delito Formal	351
3 - Tema: Inviabilidade da continuidade delitiva entre roubo e extorsão	352
ST/STJ: Notícias de interesse institucional	354

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 022 - SETEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	357
1 - Lei 13.715/18: dispõe sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.	357
2 - Lei 13.718/18 e os novos crimes contra a dignidade sexual	359
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	370
DIREITO PROCESSUAL PENAL	370
1 - TEMA: TRÁFICO DE DROGAS - MOMENTO DO INTERROGATÓRIO - ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO	370
2 - TEMA: AÇÕES PENAIS SOBRE CONTRABANDO SÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, INDEPENDENTEMENTE DA TRANSNACIONALIDADE	371
3 - TEMA: DECISÃO DO JUÍZO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL	373
DIREITO PENAL	
1 - TEMA: SÚMULA 617 STJ: A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena	375
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	377

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 023 - OUTUBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	381
1 - Lei 13.721/18: Estabelece prioridades para a realização de exame de corpo de delito	381
2 - Crimes envolvendo o serviço “Yellow” (disponibilização de bicicletas compartilháveis) ..	382
STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM	386
PROCESSO PENAL	386
1 - Tema: Execução Penal. Progressão de Regime. Inexistência de vaga em estabelecimento adequado. Impossibilidade de concessão imediata da prisão domiciliar. Necessidade de aplicação das providências estabelecidas pelo RE 641.320/RS	386
2 - Tema: Contravenção penal - VIAS DE FATO - praticada no ambiente doméstico e familiar contra a mulher. Prisão preventiva. Não cabimento	387
DIREITO PENAL	391
1 - Tema: Tráfico de Drogas e causa de aumento do art. 40, III da Lei n. 11.343/2006	391
2 - Tema: Corrupção passiva é consumada mesmo que o ato seja estranho às atribuições do servidor	392

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 394

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 024 - OUTUBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM 398

Art. 305 do CTB. Constitucionalidade. NOTA TÉCNICA – CAOCRIM 398

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 407

DIREITO PROCESSUAL PENAL 407

1 - Tema: Chip de aparelho celular- Falta Grave - Prescindibilidade da perícia para atestar a funcionalidade do objeto 407

2 - Tema: Execução Penal - Superveniência de nova condenação a PPL e incompatibilidade com cumprimento da pena alternativa anteriormente imposta 408

DIREITO PENAL 410

1 - Tema: Violação de Direito Autoral - Art. 184, § 2º, do Código Penal 410

2 - Tema: Quinta Turma afasta reincidência por delito de porte de droga para uso pessoal .. 411

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 415

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 025 - OUTUBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM 418

1 - TEMA: TRANSAÇÃO PENAL À REVELIA DO MP. IMPOSSIBILIDADE. CORREIÇÃO PARCIAL 418

2 - TEMA: CORREIÇÃO PARCIAL - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DO MP PARA LOCALIZAR NOVOS ENDEREÇOS DO RÉU - INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO PROCESSO - “ ERROR IN PROCEDENDO” 420

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 423

DIREITO PROCESSUAL PENAL 423

1 - Tema: Ação penal originária e momento do interrogatório 423

2 - Tema: A não observância do rito procedimental previsto na Lei de Drogas (ausência de notificação para apresentação de defesa preliminar) gera nulidade relativa 424

DIREITO PENAL 427

1 - Tema: Tortura-castigo. Art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Crime próprio. Agente que ostente posição de garante. Necessidade 427

2 - Tema: Uso de documento falso - Apresentação a agente policial após solicitação 429

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 431

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 026 - OUTUBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	434
1 - PROJETO DE LEI DO SENADO N. 10269/18, E SEU SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - NOTA TÉCNICA DO CAOCRIM	434
2 - SENTENCIADO NÃO LOCALIZADO NOS ENDEREÇOS INFORMADOS NOS AUTOS PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PRD – VALIDADE DO CHAMAMENTO POR EDITAL.	442
3 - PLANO DE AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RESPEITO AO ESTATUTO DO TORCEDOR	444
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	448
DIREITO PROCESSUAL PENAL	448
1 - Tema: Exame criminológico: faculdade do juízo das execuções e fundamentação padronizada ..	448
DIREITO PENAL	450
1 - Tema: Sexta Turma aplica nova lei a crime sexual praticado sem violência ou grave ameaça ..	450
2 - Tema: Porte ilegal de arma de fogo desmuniada - Art 16 da Lei n. 10.826/2003 - Crime de perigo abstrato	452
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	454

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 027 - NOVEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	457
1 - PEDIDO DE EXCLUSÃO DE DADOS DO IIRGD.	457
2 - CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO- ART 66 PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.099/95 - NÃO LOCALIZAÇÃO DO RÉU PARA CITAÇÃO PESSOAL- REMESSA AO JUÍZO COMUM PARA CITAÇÃO POR EDITAL- COMPETÊNCIA RECURSAL	457
3 - LEI 13.728/18 (altera a Lei 9.099/95) e seus reflexos no processo penal (JECRIM)	458
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	460
DIREITO PROCESSUAL PENAL	460
1 - Tema: Habeas corpus não comporta a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar	460
2 - Tema: O direito de visita em unidade prisional destoa da finalidade do habeas corpus, cujo objeto tutelado é a liberdade de locomoção, quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder	461
3 - Tema: Prorrogação de competência e prerrogativa de foro	461
4 - Tema: Menção de acórdão à necessidade de trânsito não impede execução provisória da pena	465
DIREITO PENAL	468

1 - Tema: Furto praticado durante o repouso noturno - Causa de aumento de pena	468
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	470

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 028 - NOVEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	472
1 - Tema: Violência sexual do pai contra a filha - Vara de Violência Doméstica	472
2 - Tema: Roubo com Arma branca - Lei nº 13.654/ 2018. A “novatio in melius” não impede a sua consideração como circunstância judicial desfavorável	473
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	474
DIREITO PROCESSUAL PENAL	474
1 - Tema: Cerceamento de defesa e nulidade de intimação	474
2 - Tema: Execução Penal – Prescrição da falta grave	475
DIREITO PENAL	477
1 - Tema: Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, inclusive nas formas equiparadas, é crime hediondo, segundo STJ	477
2 - Tema: A Terceira Seção do STJ pronunciou-se no sentido de que disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos não revogaram o crime de desacato	479
3 - Tema: Corrupção passiva. Art. 317 do CPC. Expressão “em razão dela”. Equiparação a “ato de ofício”. Inviabilidade. Ações ou omissões indevidas fora das atribuições formais do funcionário público. Condenação. Possibilidade	481
4 - Tema: Agravante de Reincidência – Comprovação por folha de antecedentes criminais ..	484
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	487

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 029 - NOVEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	489
Crimes de posse e porte irregular de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido (respectivamente arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 10.826/2003): natureza jurídica	489
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	491
DIREITO PROCESSUAL PENAL	491
1 - TEMA: RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E CONCESSÃO, DE OFÍCIO DE HC PARA TRANCAR O INQUÉRITO POLICIAL- PROVA ILÍCITA - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO FORA DOS CASOS PERMITIDOS PELA CF.	491
2 - TEMA: PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DELAÇÃO PREMIADA: ilegalidade	493
DIREITO PENAL.....	494

1 - TEMA: Art. 305 do CTB – STF - É constitucional a punição da fuga do local do acidente. ...	494
2 - TEMA: ART 366 CPP- PRAZO PRESCRICIONAL QUE VOLTA A FLUIR APÓS O PERÍODO DE SUSPENSÃO - AFASTADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA	498
3 - TEMA: CONDENAÇÃO CRIMINAL- SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS	499
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	501

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 030 - NOVEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	503
TEMA: HOMICÍDIO FUNCIONAL: natureza jurídica da qualificadora (objetiva ou subjetiva?)	503
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	505
DIREITO PROCESSUAL PENAL	505
1 - TEMA: CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	505
2 - TEMA: APELAÇÃO- INCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SEM INCREMENTO DA PENA E “REFORMATIO IN PEJUS”	507
3 - TEMA: COLABORAÇÃO PREMIADA E TERMO DE COMPARTILHAMENTO	509
DIREITO PENAL	510
1 - TEMA: Ameaças de ex-namorado à mulher via facebook. Crime à distância. Internacionalidade configurada. Pedido de medidas protetivas de urgência ao Poder Judiciário brasileiro. Lei Maria da Penha. Concretude às convenções internacionais firmadas pelo Brasil. Competência da justiça Federal	510
2 - TEMA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL - CONSETIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA	512
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	514

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 031 - NOVEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	516
Mensagens contidas em celular apreendido. Limites à investigação criminal	516
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	520
DIREITO PROCESSUAL PENAL	520
1 - TEMA: O STJ entende que não existe a possibilidade de intervenção de terceiros em habeas corpus e no respectivo recurso ordinário, por se tratar o HC de meio processual que não possui partes nem litigantes, mas tem como única função resguardar o direito de locomoção.	520
2 - TEMA - A medida cautelar de afastamento de função pública não afeta diretamente a liberdade de locomoção, sendo inviável, por isso, a sua correção por meio de habeas corpus ou de seu recurso ordinário, salvo se imposta conjuntamente com a prisão preventiva ou outras medidas	

cautelares diversas da prisão que possam, de alguma forma, restringir o direito tutelado pela via mandamental	520
3 - TEMA: Inversão da ordem de oitiva de testemunhas inquiridas por precatório não gera nulidade	522
DIREITO PENAL	524
1 - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS SUPERIOR A 10 % (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. INAPLICABILIDADE	524
2 - TEMA: NATUREZA DO CRIME DO ART 298 DO CP- DELITO FORMAL	525
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	526

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 032 - DEZEMBRO 2018

ESTUDOS DO CAOCRIM	529
DIA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO: prestação de contas do Ministério Público do Estado de São Paulo	529
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	532
DIREITO PROCESSUAL PENAL	532
1 - TEMA: Segundo entendimento do STJ é vedado pleitear em habeas corpus a aplicação da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, para concluir de modo diverso do que foi decidido nas vias ordinárias	532
2 - TEMA: Justiça estadual é o foro competente para julgar suposto crime envolvendo bitcoin ...	534
3 - TEMA: Crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil	537
DIREITO PENAL	541
1 - TEMA: Conduta caracterizadora do crime de estupro de vulnerável	541
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	543

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 033 - DEZEMBRO 2018

Balanco da gestão no CAOCRIM	546
ESTUDOS DO CAOCRIM	548
1 - TEMA: Aplicação da pena de acordo com o STJ	548
a) Aplicação da pena - Havendo diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, não há bis in idem se uma for considerada como maus antecedentes e a outra como reincidência	548
b) Aplicação da pena - O expressivo prejuízo causado à vítima justifica o aumento da pena-base, em razão das consequências do crime.	549
c) Aplicação da pena - Os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência	550

d) Aplicação da pena - Os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à personalidade do agente.	551
e) Aplicação da pena - Os atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base	551
2 - TEMA: Colaboração premiada - termo de confidencialidade (breves comentários e modelo)	552
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	553
DIREITO PROCESSUAL PENAL	553
1 - TEMA: Venda premiada. Captação de recursos de terceiros. Pessoa jurídica praticante de atividade de consórcios. Equiparação a instituição financeira. Ausência de autorização do Banco Central. Caracterização de crime contra o sistema financeiro nacional. Lei n. 7.492/1986. Competência da Justiça Federal	553
2 - TEMA: Desnecessidade de intimação pessoal do acusado sobre o resultado do julgamento do recurso de apelação criminal	555
DIREITO PENAL	556
1 - TEMA: Legitimidade para execução de multas em condenações penais é do Ministério Público.	556
2 - TEMA: Tráfico de drogas- Crime de associação para o tráfico	559
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	560

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 034 - FEVEREIRO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	564
1) Tema - Lei 13.769/18: a prisão domiciliar e a progressão de regime para presas gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência	564
2) Tema - Lei 13.771/18: altera majorantes no feminicídio	568
3) Tema - Lei 13.772/18: criminaliza o registro não autorizado de cena de nudez ou ato de libidinagem de caráter íntimo e privado	570
4) Tema - Lei 13.803/19: Notificação de faltas escolares e o crime de abandono intelectual	572
5) Tema - Lei 13.804/19: Cassação de habilitação para autores de receptação, descaminho e contrabando	573
6) Tema – Aspectos penais do Decreto 9.685/19 (posse de arma de fogo)	574
7) Tema –Ministério Público e a execução de multa criminal	578

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 035 - FEVEREIRO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	581
Tema: questões controvertidas envolvendo a execução da pena de multa pelo MP	581

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	582
DIREITO PROCESSUAL PENAL	582
1 - Tema: Novo crime praticado durante a execução da pena - Unificação de penas - Nova data-base para concessão de benefícios- Mudança da Jurisprudência	582
2 - Tema: Falta grave - Audiência de justificação para oitiva do reeducando antes da homologação judicial – Desnecessidade - Prévia oitiva na fase administrativa	584
DIREITO PENAL	587
1 - Tema: Adulteração ou falsificação de anilhas - Crime ambiental e uso de sinal público falsificado	587
2 - Tema: Dosimetria da pena. Art. 59 do CP. Condenação anterior com trânsito em julgado. Negativação da conduta social. Impossibilidade. Modificação de entendimento	587
3 - Tema: Crime contra a ordem tributária. Súmula Vinculante n. 24. Fato típico anterior à sua edição. Incidência. Mera consolidação de remansosa interpretação judicial. Termo inicial do prazo prescricional. Constituição definitiva do crédito tributário	588
4 - Tema: Prescrição da Pretensão Executória - Termo inicial	591
5 - Tema: Roubo – Emprego de arma branca – Aumento da pena base	592
6 - Tema: Novo Indulto Humanitário	593
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	594
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 036 - FEVEREIRO 2019	
ESTUDOS DO CAOCRIM	596
1 - Execução da pena de Multa	596
2 - Tema: o crime continuado nas teses do STJ	596
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	599
DIREITO PROCESSUAL PENAL	599
1 - Tema: Suspensão do processo (art. 366, CPP). Pedido de produção antecipada de prova. Decisão interlocutória de indeferimento. Recurso em sentido estrito. Cabimento. Interpretação extensiva do inciso XI do art. 581 do CPP.	599
2 - Tema: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Alimentos fixados a título de medida protetiva. Decisão em processo penal. Título idôneo. Inadimplemento. Prisão civil. Possibilidade	600
3 - Tema: STF autoriza execução provisória de pena restritiva de direitos	603
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	608

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 037 - FEVEREIRO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	608
Tema: Tráfico de Drogas . Atenuante de confissão espontânea	610
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	612
DIREITO PROCESSUAL PENAL	612
1 - Tema: Descumprimento das condições do regime aberto - Extinção da pena - Impossibilidade	612
2 - Tema: Situações excepcionais podem impedir prisão domiciliar para mães mesmo após alterações do CPP	613
3 - Tema: Audiência de custódia e espécies de prisão	617
DIREITO PENAL	620
1 - Tema: Art. 33, § 4º, da Lei de Drogas - Inexiste direito subjetivo à redução em seu grau máximo	620
2 - Tema: Homicídio na direção do veículo automotor- Compatibilidade do dolo eventual e a tentativa	623
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	625

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 038 - MARÇO 2019

Workshop: “Aspectos práticos da persecução penal do crime digital”	628
ESTUDOS DO CAOCRIM	628
1 - Tema: Crime Ambiental de Pichação - Pena de prestação de serviço à comunidade - Art 9 da LCA e art 46 do CP- Conflito de Normas	628
2 - Tema: Concurso de causas de aumento - Roubo majorado pelo concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) e pelo emprego de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º-A, I)- Lei n.º 13.654/2018	630
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	633
DIREITO PROCESSUAL PENAL	633
1 - Tema: Sentença penal condenatória por meio audiovisual. Transcrição parcial do seu conteúdo. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência	633
2 - Tema: Justiça comum de MG vai julgar militar acusado de cometer crime fora de serviço contra bombeiro estadual	634
3 - Tema: Detentor de Foro por prerrogativa de função. Declinação de competência para a Justiça comum	636
DIREITO PENAL	639
1 - Tema: Habilitação para dirigir veículo automotor. Suspensão ou proibição. Restrição administrativa. Violação. Art. 307 do CTB. Ausência de tipicidade	639

2 - Novidade Legislativa: Lei nº13.810/19 639

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 640

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 039 - MARÇO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM 643

1 - Tema: terrorismo doméstico – competência da Justiça Estadual 643

2 - Tema: Novidade Legislativa: Lei nº13.810/19 - Dispõe sobre a indisponibilidade de ativos de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo 647

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 653

DIREITO PROCESSUAL PENAL 653

1 - Tema: Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais 653

2 - Tema: Infiltração policial sem autorização judicial e ilicitude de provas 654

3 - Tema: Lei n. 13.491/2017. Fatos perpetrados antes do seu advento. Norma com conteúdo híbrido. Incidência imediata. Possibilidade. Observância da norma penal mais benéfica ao tempo do crime. Competência do juízo militar, com ressalva 658

4 - Tema: Presos provisórios. Substituição da prisão preventiva por domiciliar. Não cabimento. Inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 56/STF. Enunciado que versa sobre preso definitivo ou àquele em cumprimento provisório da condenação 660

DIREITO PENAL 662

1 - Tema: Furto qualificado e explosão - Não ocorrência da consumção - Ofensa a bens jurídicos distintos 662

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 665

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 040 - MARÇO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM 668

1 - Tema: Termo Circunstanciado elaborado pela PM 668

2 - Tema: viabilidade de a Defensoria Pública Estadual figurar como assistente da acusação. 668

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 669

DIREITO PROCESSUAL PENAL 669

1 - Tema: Terceira Seção determina desentranhamento de provas derivadas obtidas em interceptações telefônicas ilícitas 669

2 - Tema: Medidas Assecuratórias - Arresto e requisitos 671

3 - Tema: Inquérito - Defesa técnica e oitivas 673

4 - Tema: Comutação - Falta grave nos doze meses anteriores ao decreto - Impossibilidade de concessão do benefício	674
--	-----

DIREITO PENAL

1 - Tema: Furto de energia elétrica: pagamento antes da denúncia não justifica extinção da punibilidade	676
2 - Tema: Crime de roubo - Empurrão – Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto	678

STF/STJ: Notícias de interesse institucional	680
---	------------

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 041 - ABRIL 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	682
Tema: Recurso de ofício no CPP (art. 574). Constitucionalidade. Condição exigida por lei	682

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	684
---	------------

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1 - Tema: Busca e apreensão - Nulidade- Ausência de lacre em todo o material apreendido- Prejuízo não demonstrado - Presunção de validade dos atos praticados por funcionários públicos	684
2 - Tema: Tribunal do Júri - Decisão manifestamente contrária à provas dos autos - Afastamento da qualificadora pelo Tribunal de origem	685

DIREITO PENAL

1 - Tema: STJ - a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios na execução penal	687
2 - Tema: Dosimetria da pena. Condenação anterior transitada em julgado. Personalidade do Agente. Valoração negativa. Fundamentação inidônea	691
3 - Tema: Associação para o tráfico de drogas - Livramento condicional	692

STF/STJ: Notícias de interesse institucional	694
---	------------

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 042 - ABRIL 2019

AVISO.	696
--------------------	------------

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Tema: A restrição de direitos como condição do “sursis”	696
2 - Tema: INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SEQUESTRO DE BENS DOS DENUNCIADOS - APELAÇÃO.	700

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	700
---	------------

DIREITO PROCESSUAL PENAL

1 - Tribunal do júri: pronúncia e princípio do “in dubio pro societate”	700
2 - Tema: Crime de natureza permanente- Mandado de busca e apreensão	704
DIREITO PENAL	706
1 - Tema: Furto praticado em estabelecimento comercial - Majorante do repouso noturno	706
2 - Tema: Violação de direito autoral - Identificação dos titulares do direito autoral - Não necessária	707
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	708

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 043 - ABRIL 2019

AVISO.	711
ESTUDOS DO CAOCRIM	712
1 - Tema: Aplicação ou não do prazo para intimação eletrônica ao Ministério Público	712
2 - Tema: Internação involuntária em clínica de recuperação e crime de cárcere privado	713
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	714
DIREITO PROCESSUAL PENAL	714
1 - Tema: O Supremo Tribunal Federal admite a realização de julgamento pelo Tribunal do Júri na pendência de recurso especial e de recurso extraordinário	714
2 - Tema: Infrações de menor potencial ofensivo- Requerimento de instauração de incidente de insanidade mental- Não deslocamento para o Juízo Comum	715
DIREITO PENAL	717
1 - Tema: Acórdão confirmatório de condenação interrompe a prescrição	717
2 - Tema: STJ. Aplicação da pena. Quantidade de droga na pena-base e para afastar tráfico privilegiado. “Bis in idem”	718
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	721

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 044 - ABRIL 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	724
Tema: Concurso formal de crimes na jurisprudência do STJ	724
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	730
DIREITO PROCESSUAL PENAL	730
1 - TEMA: COMPETÊNCIA PARA JULGAR CRIME PRATICADO EM BANCO POSTAL	730
2 - TEMA: DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA SEM DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. RECURSO CABÍVEL	731

3 - TEMA: STF - Homicídio cometido por militar da ativa contra outro militar em ritual de magia negra compete à Justiça Estadual 732

DIREITO PENAL 736

1 - TEMA: AUMENTO DE PENA NO MÁXIMO PELA CONTINUIDADE DELITIVA EM CRIME SEXUAL .. 736

2 - TEMA: STJ- NOVA EDIÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM TESES ABORDA LEI DE DROGAS. 737

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 739

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 045 - ABRIL 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM 741

1 - Tema: “Pirataria” envolvendo jogos eletrônicos (“videogame”). Adequação típica 741

2 - Tema: Réu não citado pessoalmente, posto que não encontrado nos endereços constantes dos autos. Poder-dever de o juiz pesquisar seu paradeiro junto a sistema públicos de informação 742

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 743

DIREITO PROCESSUAL PENAL 743

1 - TEMA: STJ - Denúncia não pode ser fundamentada exclusivamente em colaboração premiada ... 743

2 - TEMA: STJ - Revelação de votações unânimes no júri não provoca nulidade por ofensa ao sigilo 744

3 - TEMA: STJ - Prisão em flagrante por mais de 24h. Demora na realização da audiência de custódia. Ilegalidade caracterizada. Ordem concedida 747

DIREITO PENAL 749

1 - TEMA: Art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Agente que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Habitualidade. Desnecessária 749

2 - TEMA: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLAÇÃO DO ART. 17 DA LEI N. 11.340/2006 750

STF/STJ: Notícias de interesse institucional 751

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 046 - MAIO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM 754

1 - Tema: Renúncia ao direito de recorrer pelo Ministério Público 754

2 - Tema: Correição Parcial – Pluralidade de causas de aumento de pena na parte especial do CP. Discricionariedade (e não obrigatoriedade) de o juiz aplicar somente uma, a que mais aumenta (art. 68, parágrafo único, CP) 754

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 756

DIREITO PROCESSUAL PENAL 756

1 - Tema: Justiça estadual é competente para julgar crime ocorrido a bordo de balão	756
2 - Tema: Extinção da execução da pena depende do pagamento da multa imposta	757
DIREITO PENAL	759
1 - Tema: Terceira Seção aprova duas novas súmulas	759
2 - Tema: Vedação do indulto ao condenado pelo crime de associação para o tráfico	761
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	763
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 047 - MAIO 2019	
AVISOS	766
ESTUDOS DO CAOCRIM	766
Tema: REFLEXOS PENAIIS DO DECRETO 9.785, DE 7 DE MAIO DE 2019	766
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	792
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 048 - MAIO 2019	
ESTUDOS DO CAOCRIM	794
1 - Tema: Novidade legislativa: Lei nº 13.827, de 13 de Maio de 2019	794
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	797
DIREITO PROCESSUAL PENAL	797
1 - Tema: Menção à decisão de pronúncia não leva obrigatoriamente à anulação do júri	797
2 - Tema: Prisão Preventiva sem fundamento não pode ser substituída por cautelares	798
DIREITO PENAL	801
1 - Tema: Princípio da insignificância e regime prisional	801
2 - Tema: Suspensão de direitos políticos aplica-se a penas restritivas de direitos, decide STF	803
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	808
 BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 049 - MAIO 2019	
ESTUDOS DO CAOCRIM	810
1 - Tema: STF e a condução coercitiva para o ato do interrogatório (resumo da decisão)	810
2 - Tema: Colaboração premiada (delação) no procedimento do júri	814
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	817

DIREITO PROCESSUAL PENAL	817
1 - Tema: Foro por prerrogativa de função e delitos praticados em mandato anterior	817
DIREITO PENAL	819
1 - Tema: STF - É atípica a importação de sementes de “Cannabis sativa”	819
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	822

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 050 - MAIO 2019

Aviso	824
ESTUDOS DO CAOCRIM	824
1 - Tema: A remição da pena na visão do STJ	824
2 - Tema: Pluralidade de associações criminosas praticadas pelos mesmos agentes.	830
STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim	830
DIREITO PROCESSUAL PENAL	830
1 - Tema: 2ª Turma decide que investigado não tem direito líquido e certo a acordo de colaboração premiada	830
2 - Tema: Acordo de delação premiada e impugnação por terceiro (delatado)	832
DIREITO PENAL	835
1 - Tema: Jurisprudência em Teses traz entendimentos sobre a Lei de Drogas	835
2 - Tema: Concurso material entre os crimes de roubo e extorsão	836
STF/STJ: Notícias de interesse institucional	837

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 051 - JUNHO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	839
1 - Tema: Lei 13.834/19: Tipifica o crime de denúncia caluniosa para fins eleitorais	839
2 - Tema: Lei 13.836/19: Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei Maria da Penha	844
3 - Tema: A Lei nº 13.840/19, e o §4º acrescentado ao art. 306 do CTB (exigência de que o aparelho utilizado para prova da infração seja homologado pelo INMETRO)	844

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 052 - JUNHO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM	854
---------------------------------	-----

- 1 - Tema: Lei 13.840/19 e as mudanças na Lei de Drogas (em forma de tabela) 854
2 - Tema: BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE DECRETO 9.797, DE 21 DE MAIO DE 2019 864

BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 053 - JUNHO 2019

ESTUDOS DO CAOCRIM 868

- 1 - STF e a criminalização da homofobia e da transfobia. Consequências práticas 868

STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim 873

DIREITO PROCESSUAL PENAL 873

- 1 - Tema: STJ - PROCEDIMENTO LEI DE DROGAS. Inobservância do rito procedimental que prevê a apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia. Nulidade relativa 873
2 - Tema: STF - É nulo interrogatório realizado durante busca e apreensão 874

DIREITO PENAL 876

- 1 - Tema: STJ – O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente 876
2 - Tema: STJ – A condenação simultânea nos crimes de tráfico e associação para o tráfico afasta a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 877

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 001

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silvares

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1 – Tema: PRISÃO EM FLAGRANTE POR GUARDAS MUNICIPAIS

O STJ, no RHC 94061, da relatoria do Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, no dia 19/4/2018, julgou legal prisão em flagrante efetuada por Guardas Municipais.

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DOS GUARDAS MUNICIPAIS PARA EFETUAR PRISÃO EM FLAGRANTE. PERMISSIVO DO ART. 301 DO CPP. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO DE REITERAÇÃO. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MEDIDAS CAUTELARES DO ART. 319 DO CPP. INVIABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes.

COMENTÁRIOS DO CAOCrim:

A Corte, em decisões pretéritas, já tinha pacificado esse entendimento:

Prisão em flagrante – Guarda municipal. Apreensão de coisas. Legalidade. Delito permanente – “A guarda municipal, a teor do disposto no parágrafo 8º do art. 144, da CF, tem como tarefa precípua a proteção do patrimônio do município, limitação que não exclui nem retira de seus integrantes a condição de agentes da autoridade, legitimados, dentro do princípio da auto-defesa da sociedade, a fazer cessar eventual prática criminosa, prendendo quem se encontra em flagrante delito, como de resto facultado a qualquer do povo pela norma do art. 301 do CPP. Nestas circunstâncias, se a lei autoriza a prisão em flagrante, evidentemente que faculta – também – a apreensão de coisas, objeto do crime. Apenas o auto de prisão em flagrante e o termo de apreensão serão lavrados pela autoridade policial” (STJ – Rel. Fernando Gonçalves – RJ 255/127).

“A Quinta Turma deste Sodalício expõe que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP)” (STJ – HC n° 194392-SP, Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 16.02.2012, DJe 15.03.2012).

Como fundamento adicional, lembramos da Lei n° nº 13.022, de 8 agosto de 2014, que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais, onde conferiu a esse órgão, dentre outras atribuições, a de

“encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário” (art. 5º, inc. XIV).

Sítio para pesquisa sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Legalidade ou não de prisão em flagrante efetuada por guardas municipais](#)

2 – Tema: EMBRIAGUEZ AO VOLANTE COM RESULTADO MORTE. ANÁLISE DA VOLUNTARIEDADE NO MOMENTO DA PRONÚNCIA.

O STJ, no REsp 1.689.173-SC, de relatoria do Min. Rogerio Schietti Cruz, por maioria, julgado em 21/11/2017, decidiu que na primeira fase do Tribunal do Júri, ao juiz togado cabe apreciar a existência de dolo eventual ou culpa consciente do condutor do veículo que, após a ingestão de bebida alcoólica, ocasiona acidente de trânsito com resultado morte. Observou-se que o legislador criou um procedimento bifásico para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, em que a primeira fase se encerra com uma avaliação técnica, empreendida por um juiz togado, o qual se socorre da dogmática penal e da prova dos autos, e mediante devida fundamentação, portanto, não se pode desprezar esse "filtro de proteção para o acusado" e submetê-lo ao julgamento popular sem que se façam presentes as condições necessárias e suficientes para tanto. Note-se que a primeira etapa do procedimento bifásico do Tribunal do Júri tem o objetivo principal de avaliar a suficiência ou não de razões (justa causa) para levar o acusado ao seu juízo natural. O juízo da acusação (iudicium accusationis) funciona como um filtro pelo qual somente passam as acusações fundadas, viáveis, plausíveis e idôneas a serem objeto de decisão pelo juízo da causa (iudicium causae). Deste modo, não é consentâneo, aos objetivos a que representa na dinâmica do procedimento bifásico do Tribunal do Júri, a decisão de pronúncia relegar a juízes leigos, com a cômoda invocação da questionável regra do in dubio pro societate, a tarefa de decidir sobre a ocorrência de um estado anímico cuja verificação demanda complexo e técnico exame de conceitos jurídico-penais.

COMENTÁRIOS DO CAOCrim:

Nesta decisão, o STJ autorizou o juiz togado, no encerramento da primeira fase do júri, enfrentar, desde logo, o animus do agente. Não negou a possibilidade de existir dolo eventual na conduta do motorista embriagado que mata alguém. No mesmo sentido vem decidindo o STF:

TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO – “O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no

afã de produzir o resultado morte” (STF – HC n° 107801-SP, Rel. Cármen Lúcia, j. 08]6.09.2011, DJe 13.10.2011).

HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. ATROPELAMENTO. DOLO EVENTUAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – “Como se sabe, para a decisão de pronúncia basta um juízo de probabilidade em relação à autoria delitiva. Nessa fase, não deve o Juiz revelar um convencimento absoluto quanto à autoria, pois a competência para julgamento dos crimes contra a vida é do Tribunal do Júri. Na presente hipótese, depreende-se da decisão de pronúncia, a existência de indícios suficientes de autoria em relação aos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal, visto que diversas testemunhas afirmaram que o paciente dirigia seu veículo em alta velocidade e, após o atropelamento, aparentava estar alcoolizado. No caso em tela, de acordo com o que consta da denúncia, o paciente aceitou o risco de produzir o resultado típico no momento em que resolveu dirigir seu automóvel em velocidade excessiva, sob o efeito de bebida alcoólica e substância entorpecente” (STF – HC n° 97252-SP, Rel. Ellen Gracie, j. 23.06.2009, DJe 04.09.2009).

3 – Tema: TRÁFICO DE DROGAS, BUSCA ILEGAL E PRISÃO EM FLAGRANTE

No RHC 83.501-SP, de relatoria do Min. Nefi Cordeiro, julgado no dia 06/03/2018, o STJ, por unanimidade, decidiu que a existência de notícias anônimas somada à fuga do suspeito, por si sós, **sem prévia investigação**, não configuram fundadas razões para autorizar o ingresso policial no domicílio do agente sem o seu consentimento ou determinação judicial. No caso, os policiais se dirigiram ao local apontado na comunicação anônima e depararam com um indivíduo que prontamente se evadiu. No imóvel, encontraram a recorrente e drogas variadas (132 pedras de crack, 84 papélotes de cocaína e 26 trouxas de maconha).

COMENTÁRIOS DO CAOCrim:

O STJ considerou a busca ilegal porque os policiais não efetuaram nenhuma diligência prévia para verificar a veracidade das informações transmitidas anonimamente. Considerou-se insuficiente o fato de que um indivíduo empreendeu fuga ao ver os policiais, que, em atendimento ao dispositivo constitucional que garante a inviolabilidade domiciliar, deveriam ter tomado o cuidado de angariar elementos concretos da prática de crime no imóvel antes de invadi-lo, sendo que a prisão em flagrante que se seguiu à entrada ilegal não é capaz de sanar o vício.

4 – Tema: CRIMES FISCAIS. COMPARTILHAMENTO DE DADOS DA RECEITA COM O MP. LICITUDE DA PROVA

No HC 422.473-SP, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 20/03/2018, o STJ decidiu ser possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

COMENTÁRIOS DO CAOCrim:

O STF, recentemente, já tinha apreciada tema semelhante, mais precisamente, no RE 601.314-SP, de relatoria do Min. Edson Fachin (DJe 16/09/2016). Nele, após reconhecer a repercussão geral da matéria, a Corte Suprema assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. Temos reiteradas decisões do STF afirmando que deve ser estendida a compreensão fixada no julgamento do RE 601.314-SP à esfera criminal, sendo legítimos "[...] os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo Administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. 12, inciso I, da Lei n. 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao Parquet" (ARE n. 953.058-SP, Ministro Gilmar Mendes). Com isso, o entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a sua obtenção (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial, contraria a jurisprudência consolidada do próprio STF.

DIREITO PENAL:

1 – Tema: DEPOSITÁRIO JUDICIAL E O CRIME DE PECULATO

O STJ, no HC 402.949-SP da relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgou no dia 13/3/2018, por unanimidade, no sentido de que o depositário judicial que vende os bens em seu poder não comete o crime de peculato. Na linha do entendimento da Corte, o depositário judicial não ocupa cargo criado por lei, não recebe vencimento, tampouco tem vínculo estatutário. Trata-se de uma pessoa que, embora tenha de exercer uma função no interesse público do processo judicial, é estranha aos quadros da justiça e, pois, sem ocupar qualquer cargo público, exerce um encargo por designação do juiz (*munus* público). Não ocupa, de igual modo, emprego público e nem função pública. É, na verdade, um auxiliar do juízo que fica com o encargo de cuidar de bem litigioso. Não se satisfaz, em tal caso, a figura típica do art. 312 do Código Penal, porque não há funcionário público, para fins penais, nos termos do art. 327 do Código Penal.

COMENTÁRIOS DO CAOCrim:

Reza o art. 327, caput, do CP:

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

Ensina-nos o Direito Administrativo que a Administração Pública, para exercer suas funções, lança mão dos agentes públicos, gênero de que são espécies:

- a) os *funcionários públicos*, titulares de cargo público efetivo, regidos por normas do Direito Administrativo;
- b) os *empregados públicos*, jungidos ao regime da CLT;
- c) os *servidores ocupantes de cargo em comissão*, providos sem concurso e regidos também pelo Direito Administrativo; e, por fim,
- d) os *servidores temporários*, contratados sem concurso, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos exatos termos do disposto no art. 37, IX, da CF.

Contudo, ao considerar o que seja *funcionário público* para fins penais, nosso Código Penal nos dá um conceito unitário, sem atender aos ensinamentos do Direito Administrativo, tomando a expressão no sentido amplo.

Dessa forma, para os efeitos penais, considera-se funcionário público não apenas o servidor legalmente investido em *cargo público*, mas também o que exerce *emprego público*, ou, de qualquer modo, uma *função pública*, ainda que de forma transitória, *v.g.*, o jurado, os mesários eleitorais etc..

Porém, não se pode confundir função pública com encargo público (*munus publicum*), hipótese esta não abrangida pela expressão “funcionário público”.

ESTUDOS DO CAOCRIM

RESTRIÇÃO DA PRERROGATIVA DE FORO: reflexos práticos.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de questão de ordem na Ação Penal 937, debateu o foro por prerrogativa de função dos Congressistas, decidindo, por ampla maioria:

- 1) limitar a prerrogativa de foro aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito ao desempenho da função parlamentar;
- 2) a jurisdição do foro deve se perpetuar caso tenha havido o encerramento da instrução processual. Uma vez publicado o despacho para que as partes apresentem suas manifestações finais, a competência do Tribunal deve ser prorrogada para que sejam preservadas a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso liderou a tese vencedora, sustentando, em resumo, que o sistema atual do foro por prerrogativa, abrangendo qualquer espécie de infração penal, cometida antes ou durante o mandato, é altamente disfuncional, muitas vezes impedindo a efetividade da justiça criminal, criando situações de impunidade que contrariam princípios constitucionais como os da equidade, da moralidade e da probidade administrativa, abalando, portanto, valores republicanos estruturais.

Para o Ministro, essa situação só pode ser modificada pela interpretação restritiva da regra do foro por prerrogativa de função, aplicado apenas para crimes funcionais.

O foro por prerrogativa de função é concebido para conferir a devida proteção ao exercício funcional, não para dificultar a persecução penal decorrente da prática de crimes. Por isso, há de se fazer presente o nexo de causalidade entre o exercício funcional e a conduta criminosa.

A proposta de redução é harmoniosa com restrições interpretativas que o próprio STF vem impondo até mesmo à imunidade material dos parlamentares. Se, portanto, o tribunal admite a restrição da imunidade dita absoluta, com mais razão deve se permitir interpretar restritivamente a imunidade relativa, especialmente diante dos efeitos deletérios que sua aplicação incondicional tem causado.

Confirmadas as teses acima apresentadas, crimes não funcionais cometidos por Deputados Federais e Senadores, a partir de agora, serão processados no primeiro grau das Justiças estadual, federal ou eleitoral, a depender da infração cometida.

Sendo, portanto, real a possibilidade de parlamentares federais serem investigados e processados no primeiro grau por crimes comuns, deve ser alertado:

- a) que na AP 937, **o STF discutiu apenas a restrição do foro para os parlamentares federais**, preferindo, mesmo provocado pelo Min. Dias Toffoli, não alargar o debate para todos os casos de autoridades com foro no nosso ordenamento. A tendência será, de fato, a simetria.

b) que a referida decisão (QO na AP 937) não repercutiu o campo das imunidades dos Congressistas. Logo, continuam imunes à prisão provisória, com exceção da prisão em flagrante por crime inafiançável.

c) que o STF, na ADI 5526, conferindo interpretação conforme, decidiu ser possível a aplicação de medidas cautelares (arts. 312 a 319 do CPP) em face dos parlamentares federais, mas que tal medida **deve ser submetida à deliberação da respectiva Casa Legislativa em vinte e quatro horas**, seguindo a regra relativa à apreciação da prisão em flagrante (art. 53, § 2º, da CF).

d) no julgamento das ADIs 5823, 5824 e 5825, ainda não encerrado, o STF, por 5 votos a 4, decidiu que a análise da prisão dos parlamentares é prerrogativa do Congresso Nacional, não de seus membros, **razão por que não se estende aos parlamentares estaduais, distritais ou municipais**. A imunidade contra a prisão de que a trata a Constituição Federal é de reprodução vedada nas constituições estaduais.

e) diante da restrição de foro decidida pelo STF, as seguintes súmulas do mesmo Tribunal merecem releitura:

Súmula 721 e Súmula Vinculante 45:

A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.

Súmula 704:

Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

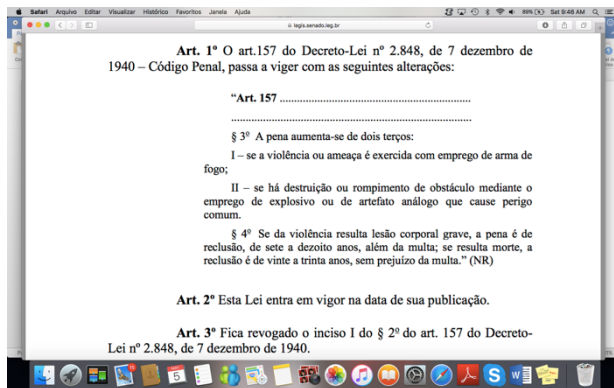
LEI 13.654/18: inconstitucionalidade formal.

Passo a passo do PLS 149/15 no Senado, Casa onde ocorreu vício legislativo insanável.

1 - Data: 24/03/2015

Tipo: Texto inicial - PLS 149/2015 PDF

Observação: Altera o Código Penal para prever aumento de pena para o crime de roubo praticado com o emprego de arma de fogo ou de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum.



Obs: percebe-se que, na redação inicial, havia previsão de revogação do inc. I do §2º. do art. 157 do CP, mais precisamente o art. 3º. do PLS.

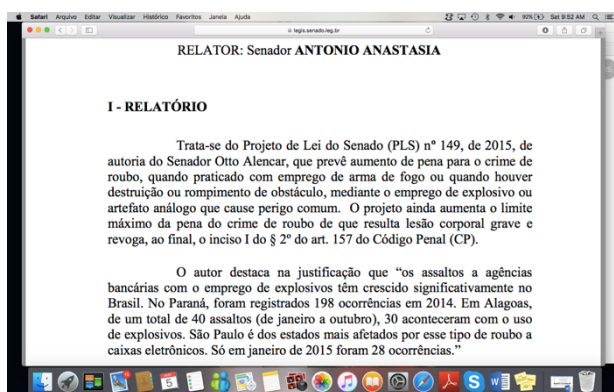
2 – Data: 09/07/2015

Tipo: Relatório Legislativo PDF

Local: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Ação Legislativa:

Recebido, às 11h15min, o Relatório do Senador Antonio Anastasia, com voto pela aprovação do Projeto. Matéria pronta para a Pauta na Comissão.



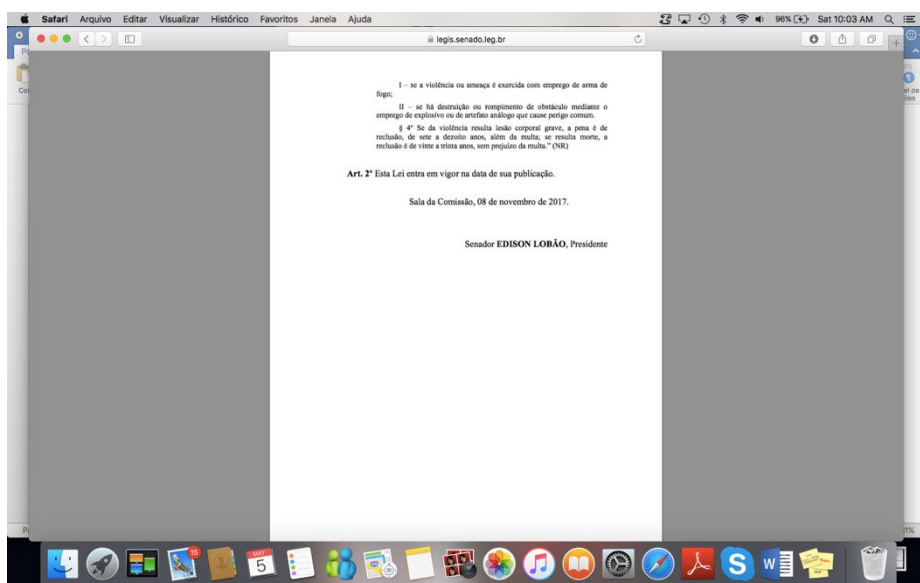
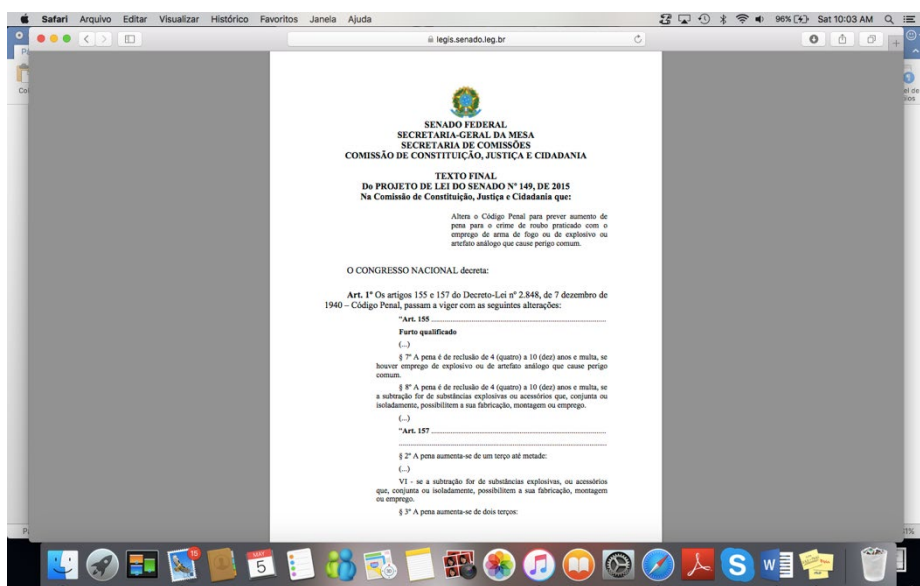
Obs: no relatório inicial da CCJ também existe previsão de revogação do inc. I do §2º. do art. 157 do CP.

3 – Data: 08/11/2017

Tipo: Texto final da Comissão - Projeto de Lei PDF

Local: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Observação: Altera o Código Penal para prever aumento de pena para o crime de roubo praticado com o emprego de arma de fogo ou de explosivo ou artefato análogo que cause perigo comum.



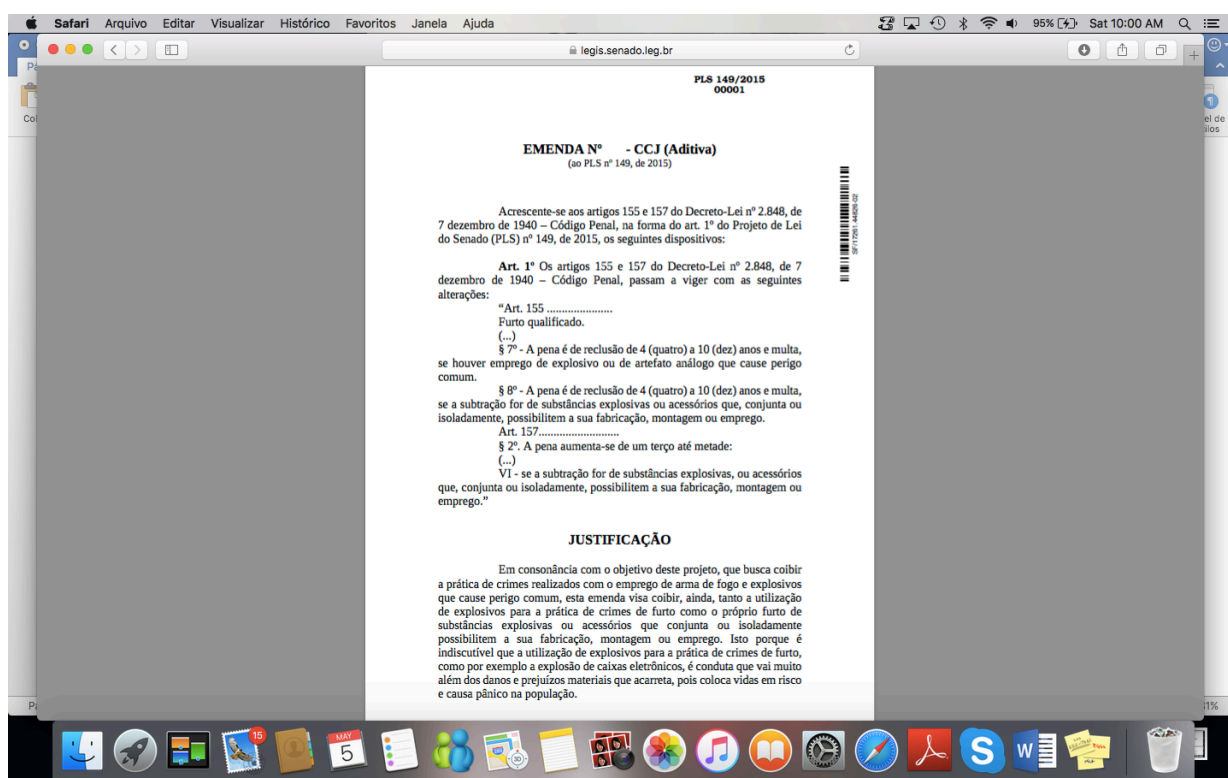
Obs: no texto final da CCJ, eliminam o art. 3º do PLS, que revogava a causa de aumento do inc. I, §2º., do art. 157 do CP.

4 – Data: 08/11/2017

Tipo: P.S 141/2017 - CCJ PDF

Local: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

Ação Legislativa: Na 49ª Reunião Ordinária, realizada nesta data, durante a discussão da matéria, o Senador Antonio Anastasia reformula o relatório, acolhendo a Emenda nº 1 de autoria da Senadora Simone Tebet. A Comissão aprova o Projeto e a Emenda nº 1-CCJ. Anexe o Texto Final do PLS nº 149, de 2015. Anexe o Ofício nº 183/2017- PRESIDÊNCIA/CCJ, que comunica a decisão da Comissão em caráter terminativo, para ciência do Plenário e publicação no Diário do Senado Federal, art. 91, § 2º c/c art. 92 do RISF (fl. 16).



Obs: emenda da Senadora Simone Tebet, sem qualquer relação com a supressão do art. 3º. do PLS, que revogava a majorante do roubo com emprego de arma. O texto, assim, aprovado. Decisão da Comissão em caráter terminativo, para ciência do Plenário e publicação no Diário do Senado Federal, art. 91, § 2º c/c art. 92 do RISF.

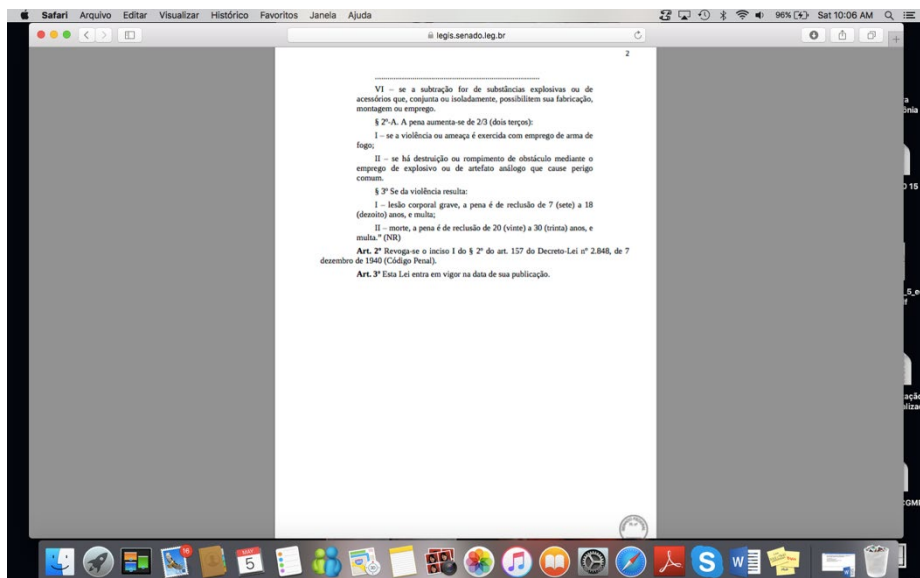
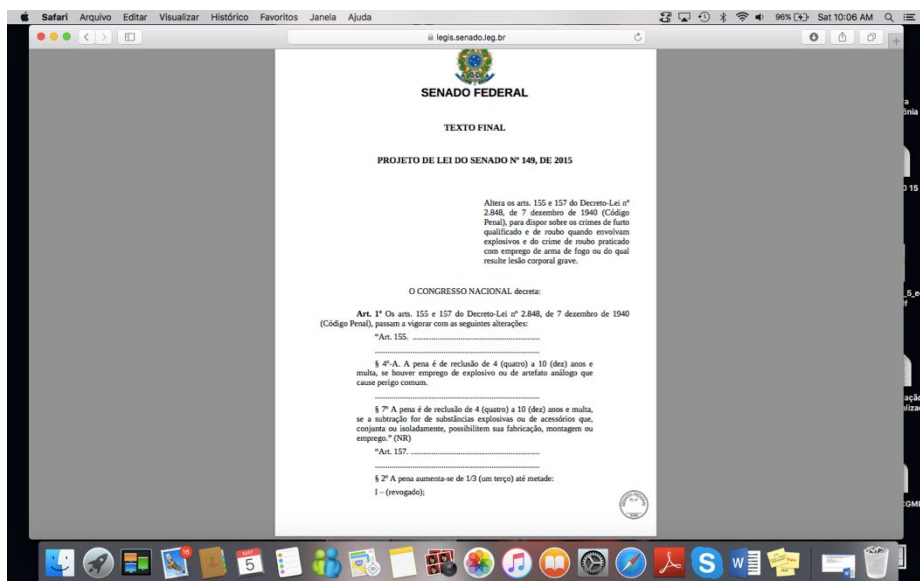
5 – Data: 20/11/2017

Tipo: Texto final revisado pela CORELE

Local: Plenário do Senado Federal

Ação Legislativa: Juntado texto final revisado (fls. 19 e 20).

Observação: Juntado texto final revisado.



Obs: nessa etapa, de revisão de redação, volta o artigo (2º), revogando a majorante do emprego de arma no delito de roubo, sem a correta deliberação da Casa iniciadora (Senado).

Diante do vício (insanável) constatado, o CAOCrim solicitou ao Exmo. PGJ que recomendasse aos órgãos de execução, sem *caráter normativo*, que provoquem o judiciário no sentido de declarar, no controle difuso incidental, a inconstitucionalidade formal da supressão do inciso I, do §2º, do art. 157, do CP, por afronta ao devido processo legislativo, já que não aprovada pelo Congresso Nacional (AVISO 162/18, publicado no Diário Oficial do dia 4/5/2018).

O CAOCrim também confeccionou modelo de COTA DE OFERECIMENTO DE DENÚNCIA, na linha do citado aviso do PGJ. Na manifestação introdutória, foi sugerido ao órgão de execução, diante de um caso envolvendo roubo com emprego de arma **imprópria** (branca), requerer ao juiz da causa a declaração da inconstitucionalidade formal da supressão do inc. I, do §2º, do art. 157, do CP.

A declaração pelo judiciário tem efeito repristinatório automático do paragrafo indevidamente suprimido. É que o ato normativo inconstitucional é nulo. Quando é declarada a inconstitucionalidade de um ato normativo, os atos revogados por aquele serão automaticamente restabelecidos, já que não revogados validamente. Esta é a essência do chamado efeito repristinatório, que não se confunde, apesar da similitude semântica, com a repristinação. O efeito repristinatório será aplicado de forma automática na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

26 de abril de 2018

STF declara inconstitucional norma que proibia prorrogação de interceptações telefônicas durante plantão judiciário

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Ministro aplica princípio da insignificância e absolve mulher acusada de furtar par de sapatos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Inquérito sobre dirigentes da CBF é enviado ao Rio de Janeiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

30 de abril de 2018

Ministro absolve condenada por tentativa de furto de duas peças de queijo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2 de maio de 2018

Íntegra do voto do ministro Celso de Mello que rejeitou embargos apresentados pela defesa do ex-presidente Lula na 2ª Turma

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Defesa de Lula aponta desrespeito à decisão sobre envio de termos de colaborações à Justiça Federal de SP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Dez ministros votam pela restrição do alcance do foro para parlamentares federais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3 de maio de 2018

Ministro nega liminar à defesa de Lula sobre suspensão de ação penal e envio de termos de colaboração para SP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Ministro Dias Toffoli reajusta voto sobre alcance do foro por prerrogativa de função

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

STF conclui julgamento e restringe prerrogativa de foro a parlamentares federais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4 de maio de 2018

Ministro determina baixa de processos contra parlamentares federais aplicando novo entendimento do STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Processo contra militar acusado de estelionato será remetido à Justiça Comum

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

27 de abril de 2018

Ação contra advogado português acusado de matar brasileira será transferida para Portugal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Liminar suspende ação penal da Operação Sevandija até decisão sobre competência

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

30 de abril de 2018

Reincidência impede insignificância em tentativa de furto de suplemento alimentar

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

STJ vai definir possibilidade de prisão domiciliar sem prévia observância de parâmetros definidos pelo STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Ministro estabelece competência do STJ para decidir sobre extradição do empresário Raul Schmidt

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2 de maio de 2018

Recebida denúncia contra conselheira de Sergipe acusada de desvio de verbas públicas para campanha eleitoral

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4 de maio de 2018

Artesanato também se enquadra nos casos previstos para remição de pena na Lei de Execução Penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 002

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1 – Tema: Prerrogativa de foro e interpretação restritiva no STJ.

No Boletim passado do CAOCrim (maio – semana #1) foi apresentado estudo envolvendo os reflexos práticos da decisão do STF que limitou a abrangência do foro especial para os Congressistas, aplicado, agora, somente para os crimes funcionais (cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas). Na mesma oportunidade, ficou assentado pela Corte que, encerrada instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais alterada.

Em que pese o STF ter-se negado a discutir a limitação do foro para outras autoridades, diversas dos Congressistas, o STJ, no dia 07/05/18, estendeu a decisão do Supremo para restringir o foro por prerrogativa de governador de Estado, processado perante aquela Corte por delito cometido antes da diplomação no cargo.

O ministro Luis Felipe Salomão fez referência, inicialmente, ao voto do ministro Barroso no STF, segundo o qual não há impedimento a que a Corte faça interpretação restritiva dos dispositivos que contemplam a prerrogativa de foro. E, em razão da orientação adotada a respeito da extensão da prerrogativa, há de ser observado o princípio da simetria, pois, segundo o art. 25, *caput*, da CF, “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. O princípio, segundo ressaltou o ministro Salomão, deve balizar a interpretação de todas as regras que envolvam o pacto federativo, como aquelas que dispõem sobre as prerrogativas dos governadores.

O caso concreto julgado pelo STJ enquadra-se perfeitamente nas premissas adotadas pelo STF, pois a ação penal tramita contra o governador “pela suposta prática de 12 (doze) crimes de responsabilidade de prefeitos (art. 1º, inciso XIII, do DL 201/67), decorrente da nomeação e admissão de servidores contra expressa disposição de lei, ocorridos entre 01.01.2010 e 01.02.2010, quando o denunciado exercia o cargo de Prefeito Municipal de João Pessoa/PB, ou seja, delitos que, em tese, não guardam relação com o exercício, tampouco teriam sido praticados em razão da função pública atualmente exercida pelo denunciado como Governador”.

DIREITO PENAL:

1 – Tema: Roubo e extorsão e a continuidade delitiva

INFORMATIVO 899 STF

PRIMEIRA TURMA

DIREITO PENAL – CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO

Previsto no artigo 71, *caput*, do Código Penal, dá-se o crime continuado genérico (ou comum) quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Ao lado do **elo de continuidade**, apresenta os seguintes **requisitos**:

(A) Pluralidade de condutas: mais de uma ação ou omissão que implique em vários crimes;

(B) Pluralidade de crimes da mesma espécie: aproxima-se do concurso material ao exigir condutas provocando vários crimes. Diferencia-se, no entanto, ao restringir sua aplicação a crimes da mesma espécie.

Atualmente, está pacificado nos Tribunais Superiores que crimes da mesma espécie são aqueles previstos **no mesmo tipo penal**, protegendo igual bem jurídico.

Por não constituírem delitos da mesma espécie, não é possível reconhecer a continuidade delitiva quando o evento envolve a prática dos crimes de roubo (art. 157 do CP) e extorsão (art. 158 do CP).

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma do STF, por maioria, denegou a ordem de “habeas corpus” (HC 114667/SP, rel. org. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 24.4.2018).

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Lei 13.491/17 e a nova competência (ampliada) da Justiça Militar: reflexos práticos ¹

Introdução

Foi sancionada a Lei 13.491/17, alterando o Decreto-Lei 1.001 de 1969 – CP Militar -, mais precisamente seu art. 9º.

Antes de analisar as mudanças, é importante recordar que a competência da Justiça Militar (estadual e da União) tem previsão constitucional.

De acordo com o disposto no art. 124 da CF/88, é da competência da Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Sabendo que os crimes militares, nos termos do art. 9º do Código Penal Militar, podem ser cometidos por civis, a competência da Justiça Castrense Federal não se restringe a processar e julgar os militares das Forças Armadas, alcançando os civis.

Já a competência da Justiça Militar estadual está estampada no art. 125, §4º, anunciando que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados [Policiais e Bombeiros], nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, **ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.**”

Da simples comparação dos dois dispositivos constitucionais, percebe-se que a Justiça Militar estadual tem competência apenas e tão somente para julgar os militares estaduais. Já a Justiça Militar da União, julga os membros das forças armadas e, em alguns casos, os civis nos crimes praticados contra as instituições militares.

Crimes militares em tempo de paz:

Reza o art. 9º do CP Militar:

“Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

¹ Estudo elaborado com base no artigo do colega Ronaldo Batista Pinto, “**Lei 13.491/17 – A ampliação da competência da Justiça Militar e demais consequências.** Site www.migalhas.com.br, de 5 de dezembro de 2017”.

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1o Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

§ 2o Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) *Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)*

c) *Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)*

d) *Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)*

Percebam que o cerne da alteração é o artigo 9º da lei penal castrense, o qual sofreu alteração no seu inciso II, sendo acrescentados os parágrafos §§ 1º e 2º, este último contando com três incisos e alíneas.

Crimes militares próprios e impróprios:

Antes da nova Lei, a redação do inciso II do artigo 9º considerava crimes militares, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados na forma das alíneas “a” a “e” do mencionado inciso. Agora, de acordo com a Lei 13.491/17, são considerados crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados” na forma das alíneas referidas, as quais não foram objeto de modificação.

Inevitável, portanto, uma releitura dos conceitos de crimes militares próprio e impróprio. Vejamos.

Até a edição da Lei 13.491/17, o crime militar se dividia em próprio, definido apenas no Código Penal Militar, ou impróprio, definido no CPM, mas também no restante da legislação penal. O delito de deserção era próprio, pois previsto somente no CPM. Já o furto, impróprio, pois previsto no CPM e CP.

Atualmente, no entanto, a definição deve ser diversa, especialmente no que concerne ao crime militar impróprio.

Crime militar passa a ser o delito praticado por militar. Pode ser próprio, porque definido apenas no Código Penal Militar (como a deserção), ou impróprio, porque definido também no restante da legislação penal (como o furto) ou somente nela, legislação não militar (como a tortura, lavagem de capitais, organização criminosa etc).

Competência da Justiça Militar da União para crimes dolosos contra a vida:

A Lei nº. 13.491/2017 promoveu relevante alteração no art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar, ao dispor que os delitos “dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União”. Esse dispositivo não abrange todo e qualquer delito contra a vida perpetrado por componentes das Forças Armadas, mas somente aqueles praticados no seguinte contexto: “I – do cumprimento de atribuições que

lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; “II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou “III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal ...”. Interessante observar que a lei incide não apenas quando o militar estiver em situação de confronto, tão comuns, ultimamente, nas comunidades cariocas, mas também em “operação de paz”. Apenas para exemplificar, ao tempo em que o Exército brasileiro, em missão de paz da ONU, atuava no Haiti (intervenção que se findou em outubro de 2017), um crime ali praticado seria da competência da Justiça Militar, ainda que a missão não tivesse nenhum caráter beligerante.

Competência da Justiça Militar dos Estados para crimes dolosos contra a vida:

Alertamos, de plano, que estão abrangidos pela alteração levada pela lei em comento os crimes dolosos contra a vida cometidos por integrantes das Forças Armadas, assim considerados, na dicção do art. 142 da Constituição, os membros da Marinha, Exército e Aeronáutica. **Queremos dizer, com isso, que os crimes contra a vida de civil perpetrados por policiais militares estaduais, continuam sendo de competência da Justiça Comum, julgados pelo Júri Popular, nos termos do § 4º, do art. 125 da Carta, *in verbis*: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil ...”.** Insistimos: cometido um crime contra a vida por um miliciano estadual, competente para o julgamento será a Justiça Militar estadual, a menos que a vítima seja civil, quando, então, a competência será da justiça comum, por meio do Júri, na dicção da norma constitucional.

Outros crimes:

Não apenas os crimes dolosos contra a vida, praticados nas condições acima apontadas, passam a ser da competência da Justiça Militar. Com efeito, a nova redação do inc. II, do art. 9º, do Código Penal Militar estendeu tal competência para os crimes previstos no Código Penal e em legislação penal extravagante, quando praticados nas condições elencadas nas alíneas “a” *usque* “e”, do mencionado dispositivo (basicamente os crimes praticados por militares quando em serviço). De sorte que, antes da alteração, eram considerados “crimes militares” apenas aqueles previstos no Código Penal Militar. Com a ampliação, por exemplo, um crime de “fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança” (previsto no Código Penal – art. 351), ou de abuso de autoridade (previsto em legislação extravagante - Lei n. 4898/65), passam a ser de competência da Justiça Militar Estadual.

Súmulas superadas:

A partir de tal conclusão, posicionamentos cristalizados em súmulas de tribunais superiores restarão superados. Assim, a Súmula 172 do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor: “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”. Claro: se o inc. II, do art. 9º do Código Penal Militar, com sua nova redação, faz referência à legislação penal lato sensu, decerto que abrange o crime de abuso de autoridade, cuja competência para julgamento, nos termos do enunciado da súmula, não mais será da Justiça Comum, mas da Justiça Militar Estadual. Também a Súmula n. 75, ainda do Tribunal da Cidadania, que tem o seguinte enunciado: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”. Com a legislação novel, a competência passa para a Justiça Militar Estadual. O mesmo raciocínio vale para a Súmula n. 6, do STJ, in verbis: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem Policiais Militares em situação de atividade”.

Crimes anteriores à Lei 13.491/17:

Crimes cometidos antes da nova Lei, ainda na fase de investigação, devem ser remetidos para a Justiça Militar.

E os processos instaurados envolvendo crime cometido por militar, iniciado antes da vigência da lei em exame, deve ele prosseguir perante o juiz de origem, da Justiça comum ou, ao revés, cumpre sua imediata remessa à Justiça castrense?

Inclinamo-nos neste último sentido. Não se ignora, é verdade, a regra que impõe a chamada *perpetuatio jurisdictionis*, pela qual a competência se firma, definitivamente, quando do registro ou distribuição da ação, não mais podendo ser modificada, segundo o art. 43 do Código de Processo Civil (com aplicação ao processo penal nos termos do art. 3º do CPP). Sucede que deste mesmo dispositivo consta uma ressalva, a admitir exceção do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que ocorre quando as mudanças “alterarem a competência absoluta”. Ora, na hipótese vertente, a competência é absoluta, por se cuidar da matéria (*ratione materiae*), e, como tal, se enquadra na exceção prevista no art. 43 do CPC.

A propósito, quando o legislador pretendeu manter a competência inicial ele o declarou expressamente. É o que ocorreu com a Lei n. 9.099/1995, que criou os chamados Juizados Especiais Criminais, que, em seu art. 90, ressaltou com todas as letras que “as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

Ressalte-se, por derradeiro, que por se cuidar de incompetência absoluta, na qual prevalece o interesse público, dispensa-se, para seu reconhecimento, a provocação do interessado,

como ensina José Frederico Marques, a se conferir: “Conclui-se, portanto, que a incompetência relativa deve ser arguida através de exceção, e não pode ser declarada de ofício; e que a incompetência absoluta pode ser aduzida em petitio simplex, em qualquer fase do processo, sendo que o juiz deve declará-la de ofício. [...] Claro que só o réu pode argüir a incompetência relativa. Mas, a absoluta, qualquer das partes pode levantar” (*Manual de Direito Processo Civil*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 76).

Em suma, entendemos que, a partir da vigência da lei em comento, as investigações e processos em curso (em 1º ou 2º grau), devem ser remetidos à Justiça Militar (de 1º ou 2º grau), preservados, por óbvio, os atos decisórios e instrutórios praticados anteriormente, ao tempo em que a competência era da Justiça comum.

Lei 9.099/95 e os crimes militares:

É sabido que o art. 90-A, da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, veda a aplicação de suas medidas despenalizadoras à Justiça Militar. No mesmo teor é o enunciado da Súmula n. 09, do Superior Tribunal Militar, a se conferir: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, **não se aplica à Justiça Militar da União**”.

Já decidiu a Procuradoria-Geral de Justiça de SP, **no Protocolado 18.806/18 – Conflito Negativo de Atribuição**, que, por conta dessa restrição, infrações penais de menor e médio potencial ofensivo **cometidas antes da nova Lei**, devem permanecer na Justiça Comum, evitando-se a retroatividade maléfica da norma. Outros casos nos quais houver conflito de atribuições, certamente a decisão será no mesmo sentido.

2 - Modelo de manifestação de remessa do feito para a Justiça Militar:

FEITO N.

MM. JUIZ;-

Cuida-se de procedimento criminal versando sobre **crime XXXXX**, em tese, cometido pelo policial militar **XXXX**, fato este ocorrido no dia **XXXX**, por volta das **XXXX**, nesta cidade e comarca, figurando como vítima **XXXX**

Apurou-se que, por ocasião do ocorrido, **XXXX**

É a síntese do necessário.

A persecução penal deve ser transferida para a Justiça Castrense. Explica-se.

No dia 16 de outubro de 2017, foi publicada, **com vigência imediata**, a Lei 13.491, modificando o Código Penal Militar de forma a ampliar a competência da Justiça Militar (estadual e da União).

À Justiça Militar compete julgar os crimes militares definidos em lei (artigos 124 e 125, § 4º, ambos da Constituição Federal).

Os crimes militares encontram definição no art. 9º do Código Penal Militar.

A Justiça Militar da União analisa somente a natureza do crime cometido para definir a sua competência, seja o acusado civil ou militar. Portanto, tem-se que a competência da Justiça Militar da União, por decorrer somente da matéria (crime militar), é *ratione materiae*.

A Justiça Militar estadual analisa a natureza do crime e a condição pessoal do acusado, na medida em que julga somente os militares (art. 125, § 4º, da CF). Portanto, a competência da Justiça Militar estadual é definida em razão da matéria e em razão da pessoa (*ratione materiae* e *ratione personae*).

Antes da alteração, o art. 9, II, CP Militar, definia como crime militar (portanto, da competência da justiça castrense) os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados nas situações especiais do referido artigo.

Após a Lei 13.491/17, houve uma ampliação dos crimes de natureza militar. Agora, **qualquer crime existente no ordenamento jurídico brasileiro poderá se tornar crime militar (julgado pela Justiça Militar), desde que presente uma das condições previstas no inciso II do art. 9º do CPM.**

Em resumo – e seguindo a lição de Rodrigo Foureaux² - antes, o inciso II era claro ao dizer que somente os crimes previstos “neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum” eram militares. Com a alteração legislativa, a previsão é de que “os crimes previstos neste Código” (Código Penal Militar) e os “previstos na legislação penal” (todas as leis penais do país) também são crimes militares, quando preenchida uma das hipóteses do inciso II do Código Penal Militar.

As hipóteses previstas no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar são, em síntese, os crimes cometidos entre militares; envolvendo militar em lugar sujeito à administração militar contra civil; militar em serviço ou atuando em razão da função, hipótese de maior incidência dos crimes militares; militar em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra civil; militar durante o período de manobras ou exercício contra civil; militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

Os crimes dolosos contra a vida de civil continuam sendo de competência do tribunal do júri, consoante art. 125, § 4º, da Constituição Federal. Isto é, os crimes de homicídio doloso, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e de aborto são de competência do tribunal do júri, quando a vítima for civil.

Todos os outros crimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quando cometidos em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, são de competência da Justiça Militar.

É o caso dos autos, que versa sobre delito de **XXXX.**

Tratando-se de norma que altera a competência, parece claro ser de natureza processual, com aplicação imediata, na forma do art. 5º do Código de Processo Penal Militar e art. 2º do Código de Processo Penal.

Em que pese a alteração ter ocorrido no Código Penal Militar (lei material), tem conteúdo essencialmente processual, fenômeno conhecido como norma heterotópica.

² <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/19/lei-13-49117-e-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar/>

Cuida-se de conteúdo processual por tratar da competência da justiça militar, não havendo maiores repercussões quanto à norma penal no tempo, análise de retroatividade para beneficiar o réu ou outras repercussões para o acusado, a não ser o deslocamento da competência para a Justiça Militar.

Em se tratando de competência, quando há alteração da competência absoluta, como é o caso, por se tratar da matéria (crime militar), **os autos devem ser remetidos imediatamente ao juízo competente (art. 43 do CPC c/c art. 3º, “a”, do CPPM), salvo se já houver sentença.**

Assim, todos os processos que estejam tramitando na Justiça Comum, quando tiverem sido cometidos por militares em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º, do Código Penal Militar devem ser remetidos, imediatamente, à Justiça Militar.

Aliás, não sem razão, Rodrigo Foureaux³ alerta que várias súmulas do STJ, por conta da nova Lei, estão superadas.

A Súmula 90 do STJ, que prevê que “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”, perdeu a validade, uma vez que não haverá mais crime comum simultâneo ao crime militar, tendo em vista que quando o militar estadual cometer crime previsto na legislação penal comum, em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º, do Código Penal Militar, o que ocorre geralmente, quando o militar está em serviço ou atuando em razão da função, o crime será militar.

A Súmula 172 do STJ, que dispõe que “Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço”, igualmente, perdeu a validade, uma vez que os crimes de abuso de autoridade passam a ser julgados pela Justiça Militar.

A Súmula 75 do STJ, que diz que “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal”, está superada pela nova Lei, uma vez que o militar ao promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal comum estará em serviço ou atuando em razão da função, o que, obrigatoriamente, remete a competência para a Justiça Militar.

A Súmula 06 do STJ, que assevera que “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de Polícia Militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade”, deve ser lida com cautela,

³ <http://meusitejuridico.com.br/2017/10/19/lei-13-49117-e-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar/>

na medida em que mesmo que o crime cometido seja previsto no Código de Trânsito Brasileiro, se cometido por militar em serviço, deverá ser julgado pela Justiça Militar.

Por fim, a alteração legislativa não abrangeu as contravenções penais, uma vez que o art. 9º, II, do Código Penal Militar considera militar somente os crimes previstos no Código Penal Militar e os previstos na legislação penal, quando praticados em uma das hipóteses previstas no inciso II.

Posto isso, feita essa breve análise da nova Lei, alternativa não resta ao Ministério Público do Estado de São Paulo senão requerer a remessa dos presentes autos à Justiça Militar estadual competente, determinando-se as anotações e comunicações estilares.

Local, data **XXXXX**

XXXXX

Promotor de Justiça

3- Art. 28 da Lei de Drogas e a agravante da reincidência

Com o advento da Lei 11.343/06, a natureza jurídica da infração porte de drogas para consumo pessoal gerou indisfarçável controvérsia. Houve descriminalização? Ou somente despenalização?

O STF logo se posicionou decidindo: “o art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII) [...] Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º) [...] Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade” (STF – RE n. 430105-RJ, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 12/02.2077, DJe 27/04/2007, p. 69; RT 863/516).

Mesmo diante desse quadro, temos decisões não reconhecendo o efeito da reincidência nos casos do art. 28 da Lei de Drogas. Essa corrente não encontra amparo nos Tribunais Superiores. Assim vem se posicionando copiosamente o STJ: **“a condenação por porte de drogas para consumo próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006), transitada em julgado, gera reincidência. Isso porque a referida conduta foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada (‘abolitio criminis’)**”. Precedentes citados: HC 292.292-SP, Sexta Turma, DJe 25/6/2014; HC 266.827-SP, Sexta Turma, DJe 11/4/2014; e HC 194.921-SP, Quinta Turma, DJe 23/8/2013. HC 275.126-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 18/9/2014.

Notícias de interesse institucional

Notícias MP/SP

1-No **AVISO 162/18**, o PGJ/SP, sem caráter normativo, recomendou aos promotores de Justiça provocarem o judiciário no sentido de declarar, no controle difuso incidental, a inconstitucionalidade formal da supressão do inciso I, do §2º., do art. 157, do CP, por afronta ao devido processo legislativo.

O AVISO foi seguido por vários MPs dos estados, destacando-se: MP/PE, MP/GO, MP/MS e MP/PA.

Em julgamento realizado nesta terça-feira (8/5), na 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, o desembargador Edison Brandão, na [Apelação Criminal nº 0022570-34.2017.8.26.0050](#), acolheu tese da Procuradoria-Geral de Justiça e reconheceu a inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei 13.654/18 (que abolia a majorante do emprego de arma no crime de roubo), suspendendo o julgamento do mérito do recurso e determinando a instauração de incidente de inconstitucionalidade com remessa ao Órgão Especial para apreciação, nos termos do art. 193 e ss. do Regimento Interno da corte.

Notícias STF

7 de maio de 2018

1-Relator autoriza prorrogação de prazo em inquérito que investiga presidente da República

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2-Ministro determina baixa dos autos de ação penal contra senador Cidinho Santos (PR-MT)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3-Inquérito contra senador Fernando Bezerra Coelho (MDB-PE) é remetido para 13ª Vara Federal de Curitiba

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8 de maio de 2018

4-Relator encaminha para primeira instância inquérito do deputado federal Tiririca

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-Ministro determina envio de processos de parlamentares federais para primeira instância

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6-2ª Turma recebe denúncia contra deputado federal Eduardo da Fonte (PP-PE)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7-Ministro Toffoli remete à primeira instância mais dois processos envolvendo deputados federais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8-2ª Turma recebe denúncia contra Geddel e Lúcio Vieira Lima por lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9-Ministro Marco Aurélio remete à 1ª instância 17 inquéritos e 4 ações penais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10-Suspenso julgamento de inquérito contra senador José Agripino Maia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9 de maio de 2018

11-Rejeitado trâmite de HC de condenado por participação no desvio de verbas da Prefeitura de Santo André (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10 de maio de 2018

12-Mantida prisão preventiva de ex-gerente da Petrobras preso na operação Lava-Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13-Ministro rejeita trâmite de novo pedido de Lula contra execução provisória da pena

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

7 de maio de 2018

14-Posse de munição de uso restrito sem arma de fogo, por si só, não caracteriza crime

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15-Decisão do STF sobre restrição de foro leva ministro a determinar remessa de ação penal à primeira instância da Paraíba

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8 de maio de 2018

16-Ministério Público deve ter acesso a dados bancários não sigilosos de pessoas investigadas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

17-Negado porte de arma a guardas municipais fora de serviço em municípios com menos de 500 mil habitantes

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18-Quinta Turma anula audiências de instrução realizadas sem gravação audiovisual

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19-Corte recebe denúncia contra conselheiro do TCE-MT por crime ambiental

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9 de maio de 2018

20-Crime de evasão de divisas pode ser configurado em operações financeiras em contas CC-5

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

21-Sexta Turma nega deslocamento de preso para longe da família a pretexto de facilitar instrução

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de Maio de 2018

22-Confirmada condenação por sequestro de assaltante que colocou motorista no porta-malas para usar carro em roubo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 003

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Deserção no processo penal e na Lei 9.099/95.

Nos termos do art. 806 do CPP, nas ações intentadas mediante queixa, nenhum ato ou diligência se realizará, sem que seja depositada em cartório a importância das custas.

Observa-se, desde logo, que a exigência das custas para a realização de alguma diligência refere-se, apenas, às ações penais de iniciativa privada (exclusivamente privada ou personalíssimas). Nas ações penais públicas – condicionadas ou incondicionadas –, não se exige o prévio recolhimento de custas para que alguma diligência seja realizada (art. 804 CPP). Tampouco há de se reclamar esse pagamento quando se tratar de uma ação penal privada subsidiária da pública, na qual o particular, face à inércia do Ministério Público, assume a titularidade do pedido, substituindo o *parquet*, exercendo verdadeira atividade estatal.

O §1º. do art. 806 importa em exceção à regra do *caput*, ao autorizar a realização o ato, sem o recolhimento das custas, desde que pobre o réu. A forma de demonstração da pobreza é aquela prevista no art. 32, § 2º, do código, isto é, por meio de atestado lavrado pela autoridade policial. A prova da pobreza pode ser realizada por outras formas, como, por exemplo, pela juntada de um holerite. Ou mesmo por singela declaração do postulante, conforme previsto no art. 4º da Lei nº 1.060/1950.

A despeito dessa observação, a jurisprudência consolidada no STJ é no sentido de que, embora pobre, deve ser imposta ao réu a condenação ao pagamento das custas processuais, suspendendo-se, porém, a obrigação pelo prazo de cinco anos, enquanto perdurar a pobreza, no aguardo da prescrição (STJ – AgRg no AREsp n. 254330- MG – Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 19.03.2013, DJe 25.03.2013). E o momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório (STJ – AgRg no AREsp n. 394701-MG – Rel. Rogério Schietti Cruz, j. 21.08.2014, DJe 04.09.2014).

Nos termos do §2º. do art. 806, a falta do pagamento das custas, nos prazos fixados em lei, ou marcados pelo juiz, importará renúncia à diligência requerida ou deserção do recurso interposto.

Estamos com parte da doutrina que identifica essa necessidade apenas em relação ao querelante, não se estendendo ao querelado. Redundaria mesmo em franca violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório impor-se ao querelado tal exigência. Mesmo a deserção decorrente da falta de preparo do recurso, tratando-se de recurso do querelado, não deve ser declarada, por afrontar o princípio que assegura o duplo grau de jurisdição. É

que, no fundo, o querelado nada mais é do que o réu, só recebendo este nome por se tratar de uma ação penal privada. E, como tal, deve ter preservado todos os direitos inerentes a todo e qualquer acusado, sem qualquer espécie de restrição. Não é, porém, o que pareceu ao STJ (STJ – HC n° 82856-SP, Rel. Laurita Vaz, j. 17.02.2009, DJe 16.03.2009).

O promotor de Justiça Florindo Camilo Campanella, 3º Promotor de Justiça do JECRIM da Capital, em sede de parecer na Apelação n. 1001252-75.2017.8.26.0050 – Colégio Recursal, defendeu – e explicou – a deserção nos Juizados Especiais, valendo transcrever sua valiosa manifestação:

“Efetivamente, no Juizado Especial Cível não se exige o recolhimento das custas iniciais, tanto nos processos de conhecimento, como nas execuções de título extrajudicial, por força do disposto no art. 54 da Lei nº 9.099/95. Porém, o parágrafo único do mesmo artigo define que o preparo do recurso será completo, incluindo aquelas custas dispensadas inicialmente.

Assim, a ideia da gratuidade do processo perante o Juizado é tão somente para o 1º Grau, buscando a satisfação da obrigação de forma simples e rápida, sem maiores ônus às partes.

Quando, porém, uma delas não aceita a conciliação ou a decisão do Juiz singular, provocando o recurso, deverá necessariamente arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, se ficar vencido. E nessa condição, indispensável o regular e tempestivo preparo, sob pena de deserção.

Efetivamente, a Lei Estadual nº 11.608/2003 estabeleceu que o recolhimento das custas será feito em três momentos. Na distribuição da ação será recolhido 1% sobre o valor da causa. Para o recurso é exigido o recolhimento de 2% sobre o valor da causa ou da condenação. Por fim, satisfeita a execução, será recolhido 1%, do valor executado.

Determina, no entanto, o § 1º, do art. 4º, da Lei Estadual, que: “Os valores mínimo e máximo a recolher-se, em cada uma das hipóteses previstas nos incisos anteriores, equivalerão a 5 (cinco) e a 3000 (três mil) UFESP, respectivamente...”

É clara a letra da lei ao dispor que o valor mínimo do recolhimento será considerado em cada uma das hipóteses previstas. Logo, ao fazer o preparo o recorrente deverá recolher novamente o valor mínimo definido, ainda que já tenha feito esse recolhimento na propositura da ação em razão do pequeno valor da causa.

E, como é sabido, no processo do Juizado Especial o parágrafo único do art. 54, da Lei nº 9.099/95, ordena que o preparo “compreenderá todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição”, ou seja, o Recurso só poderá ser admitido quando o Recorrente fizer o pagamento das custas que deveriam ter sido recolhidas

e não foram, porque em primeiro grau de jurisdição não se exige o seu pagamento (art. 54, caput), somadas àquelas de “incidência em segundo grau de jurisdição”.

Nota-se, assim, que a interpretação não pode ser outra, “data venia”, quando determina a lei que o preparo deve compreender todas as despesas processuais.

Ora, no caso dos autos não houve o devido preparo, razão pela qual o Recurso deve ser julgado “deserto”.

Por último, vale lembrar que a Colenda Primeira Turma Criminal do I Colégio Recursal da Capital decidiu, por maioria de votos, em v. acórdão em que foi Relator o Eminente e Culto Magistrado SILMAR FERNANDES, na Ap. n. 989.10.007410-3, j. em 25.10.2010, pela “deserção” do Apelo da Querelante.

A corroborar, o Supremo Tribunal Federal em recente julgado oriundo de São Paulo, onde o disposto na Lei Estadual n. 11.608/2003 foi devidamente analisado, decidiu pela necessidade de recolhimento do valor da taxa judiciária quando da interposição de recurso nos casos do Juizado Especial Criminal, “in verbis”:

“A Turma Recursal considerou a apelação deserta, pois o recolhimento da taxa judiciária ocorreu em desconformidade com o disposto na Lei Estadual 11.608/2003. (...) Não vislumbro, na hipótese, a possibilidade de concessão de medida liminar, dada a ausência dos requisitos inerentes à tutela pretendida. O acórdão recorrido julgou deserto o recurso, pois interposto em 05 de julho de 2004, a taxa judiciária somente foi recolhida em 04 de maio de 2005, em descumprimento do disposto no art. 4º, §9º, “b”, da Lei Estadual 11.608/2003. Verifica-se, porém, que, segundo o citado dispositivo legal, a isenção do pagamento da taxa judiciária somente se aplica às ações penais de competência do Juizado Especial Criminal em primeiro grau de jurisdição. Fora tal hipótese, em primeira análise, a taxa judiciária deve ser recolhida no momento da interposição do recurso. Independentemente de intimação. O questionamento da exigência da taxa judiciária com base nos princípios do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa e do contraditório é incompatível com o caráter excepcional da medida liminar, somente justificável nos casos de flagrante coação ilegal. Isso posto, ausentes os seus requisitos viabilizadores, indefiro o pedido de medida liminar. Publique-se. Brasília, 24 de agosto de 2.006. [g.n.] (Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI – HC 86264 MC/SP – São Paulo – DJU 31.8.2006).

Aliás, os Colégios Recursais da Penha de França, na Capital e de Sorocaba vem declarando “desertos” Apelos onde não foram recolhidos os valores da taxa judiciária e do porte de envio e retorno, conforme as seguintes ementas:

Ap. nº 0035770-25.2012.8.26.0005, da Comarca de São Paulo, “DESERÇÃO - PREPARO – QUEIXA-CRIME - Valor não recolhido – Descumprimento dos artigos 4º, parágrafo 9º, alínea “b”, da Lei Estadual nº 11.608/03 e do artigo 806, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal – Deserção configurada – Recurso não conhecido” (Rel. MM. Juiz Carlos Alexandre Böttcher, j. 13.02.2014);

Ap. nº 0030000-40.2011.8.26.0602, da Comarca de Sorocaba, “Queixa-crime – Exigência de recolhimento do valor do preparo, nos termos do artigo 806, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, c.c. o artigo 92 da Lei nº 9.099/95 – Consonância do artigo 4º, parágrafo 9º, da Lei Estadual nº 11.608/2003 – Deserção caracterizada – Não conhecimento do recurso” (Rel. MM. Juíza Adriana Tayano Fanton Furukawa, j. 17.3.2014).

No mesmo sentido, vem decidindo, reiteradamente e por unanimidade, a Colenda 2ª Turma Criminal do Colégio Recursal Central desta Capital.

E a Colenda Segunda Câmara Criminal Extraordinária do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado decidiu, por unanimidade, na Ap. n. 0347656-65.2009.8.26.0000, de São Paulo, em v.ac. de 26.7.2013, em que foi Rel. o Eminentíssimo Des. AGUINALDO DE FREITAS FILHO, por não conhecer recurso do Querelante, para lá remetido por esta Turma Recursal, extinguindo o feito sem julgamento de mérito, de vez que não houve o devido preparo, conforme comprova a ementa então editada, “in verbis”:

“CALÚNIA, INJÚRIA e DIFAMAÇÃO. Apelação interposta em face da decisão de rejeição da queixa-crime. Ausência de preparo. Apelação deserta - Falta do pressuposto processual do preparo. Apelação não conhecida”.

Ante o exposto, embora tempestivo, é de ser declarado “deserto”, “data venia”, o presente Recurso, impedindo, assim, o exame do mérito do inconformismo do Apelante.

2 – Audiência de custódia. Art. 8º. da Res. 213 CNJ. Não proibição de as mídias da apresentação acompanharem o processo

Provocado pelos promotores de Justiça da Capital – Barra Funda -, o CAOCRIM firmou entendimento de que o material de gravação da audiência de custódia deve integrar o bojo dos autos, ficando à disposição das partes (acusação e defesa).

Não se ignora que audiência de custódia foi criada, precipuamente, para tratar da legalidade e da necessidade da prisão, sem qualquer incursão no mérito do caso penal (art. 8º., incs. V e VIII, e §1º., da Res. 213 CNJ).

Porém, a solenidade de apresentação não deixa de ser importante ato judicial, submetido, inclusive, ao sistema bilateral, que deve integrar o devido processo legal, revelando às partes seu conteúdo. Nesse sentido, aliás, se posiciona Caio Paiva, Defensor Público federal: *“não vejo motivo e considero até mesmo impertinente se proibir a juntada dos autos da audiência de custódia em apenso aos autos do processo principal, e isso porque o devido processo legal e a garantia da publicidade dos atos processuais não devem conviver com pronunciamentos ocultos”*¹.

Com a mesma sinceridade que se reconhece inadequado discutir o mérito da imputação na audiência de custódia, mais inadequado parece vedar o acesso das partes (acusação e defesa) ao seu conteúdo. Nesse tanto, merece ser lembrado que o contraditório é constituído dos **direitos de informação, reação, participação, influência e não surpresa**.

Nem a Resolução 213 CNJ, nem os mandados internacionais que serviram para a criação da audiência de custódia no nosso direito interno, repudiam, direta ou indiretamente, a conclusão aqui exposta.

Primeiramente, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, no seu art. 7º., anuncia:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. **5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.** 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este

¹ https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoria-depoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal#_ftn4 - acessado em 17/5/2018. No mesmo artigo, o autor recorda que, embora tratando de outro tema, o STF já se manifestou contrário aos **pronunciamentos ocultos** quando decidiu que, reconhecido o excesso de linguagem da pronúncia, o correto a ser feito é anular aquela decisão, e não apenas desentranhá-la e “envelopá-la”, subtraindo o direito dos jurados de conhecerem o seu teor (RHC 127.522, rel. min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 18/08/2015).

princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

De modo bastante similar tem-se o art. 9º. do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos:

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos. 2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela. **3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.** 4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal. 5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.

Por fim, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, no art. 5º., garante:

Artigo 5.º

(Direito à liberdade e à segurança)

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente; b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei; **c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;** d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente; e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo; f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição. 2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela. **3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.** 4. Qualquer pessoa privada da sua liberdade por prisão ou detenção

tem direito a recorrer a um tribunal, a fim de que este se pronuncie, em curto prazo de tempo, sobre a legalidade da sua detenção e ordene a sua libertação, se a detenção for ilegal.⁵ Qualquer pessoa vítima de prisão ou detenção em condições contrárias às disposições deste artigo tem direito a indemnização.

No direito comparado não é diferente, preocupando-se todos os ordenamentos alienígenas com a finalidade maior da audiência: **prazos de apresentação do preso para análise da autoridade judiciária, sem vedar sua publicidade no processo**. Assim, na Alemanha, as pessoas detidas por iniciativa da polícia devem ser levadas à presença do juiz no máximo um dia após o encarceramento. Na Inglaterra, o prazo é de 24 horas. Na França, o prazo de 24 horas pode ser prorrogado por até 96 horas. Nesses ordenamentos, repise-se, não se exclui dos autos o valioso conteúdo da apresentação, apreciado democraticamente pelas partes (acusação e defesa)².

Em suma, os elementos colhidos na audiência de custódia não são mais importantes ou menos importantes do que aqueles colhidos após o ajuizamento da ação penal. O juiz e as partes (acusação e defesa) devem considerar, para fins de formação do seu convencimento diante de uma eventual divergência, os autos da audiência de apresentação, tendo como norte o princípio da verdade real. As declarações apresentadas pelo preso na audiência de apresentação **não são imprestáveis**. Colhidas com a participação dos personagens processuais (Juiz, Ministério Público e Defesa), as declarações do custodiado **não podem ter menos valor (ou nenhum valor) quando comparadas com aquelas obtidas em sede policial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante**.

Não sem motivo, em quase todas as circunscrições judiciárias deste estado, o acesso às mídias da audiência de apresentação é garantido às partes. Também na Justiça Federal a solenidade fica inserida no próprio feito digital, acessível a todos.

Destaque-se, ainda, a necessidade de ter a imagem do autuado em flagrante para instruir Cartas Precatórias, na eventualidade da vítima ou testemunhar ter que proceder ao reconhecimento do agente criminoso. Nesse contexto, a imagem do réu, na oportunidade da audiência de custódia, afigura-se como imprescindível para a instrução processual e, sobretudo, busca da verdade real.

Vale ressaltar, por fim, que a E. Corregedoria Geral da Justiça, no COMUNICADO 1290/2016, ANUNCIA aos Senhores Magistrados, Dirigentes e demais Servidores das Unidades Judiciais que o encaminhamento de autos digitais para o Ministério Público deverá conter as cópias das respectivas mídias porventura existentes, a fim de se evitar prejuízos na apresentação de

² DELMAS – MARTY, Mireille (org). **Processos Penais na Europa**, trad. Fauzi Hassan Choukr e Ana Claudia Ferigaro Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

eventuais manifestações e na interposição de recursos. COMUNICA que as cópias das mídias deverão ser acondicionadas em envelope no qual deverão constar a Unidade a que pertence, o número do processo e o nome das partes. COMUNICA que nas Comarcas onde houver instalações do Ministério Público, o encaminhamento das cópias das mídias (tanto a carga, quanto a baixa), deverá ser registrado em livro físico próprio (autos e papéis), podendo ser utilizado livro de folhas soltas (artigo 66 e parágrafo único, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça). COMUNICA, finalmente, que nas Comarcas sem instalações do Ministério Público ou nas hipóteses de encaminhamento para local diverso do prédio do Fórum a remessa deverá ser realizada pelo sistema Malas e Malotes, onde disponível ou pelo serviço de malote.

Diante desse quadro – e considerando o pleito dos promotores de Justiça criminais da Barra Funda -, o CAOCRIM peticionará junto ao DIPO requerimento para que o material de gravação da audiência de custódia integre efetivamente o bojo dos autos, ficando à disposição das partes (acusação e defesa).

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Lei 10.446/02. Atribuições da Polícia Federal e a competência estadual

Consoante nossa Constituição Federal (art. 144), a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, e dentre os seus órgãos inclui-se a Polícia Federal.

Ainda de acordo com o texto constitucional, a Polícia Federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: a) apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei (art.144, §1º, I, CF); b) prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; c) exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; d) exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

O objetivo da Lei nº 10.446/02 é cumprir o mandamento constitucional, regulamentando o art. 144, §1º, I, da Carta Magna. Com isto, a Lei dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

É fundamental recordar que esta Lei trata das atribuições da Polícia Federal, não influenciando em nada na competência para o processo e julgamento do crime por ela investigado. Os crimes federais, isto é, os crimes de competência da Justiça Federal, são aqueles cuja identificação se depreende da atenta leitura do art. 109, CF. O fato de o crime demandar repressão uniforme, nos termos da Lei em apreço, atrai a atribuição da Polícia Federal, mas não a competência da Justiça Federal (permanecendo estadual).

Em resumo, podemos concluir que os crimes de competência da Justiça Federal serão investigados pela Polícia Federal (a quem cabe exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União), mas nem todo crime investigado pela Polícia Federal será julgado na Justiça Federal.

A atribuição da Polícia Federal, alargada pela Lei 10/336/02, ocorrerá quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme. O objetivo do

legislador é evitar o tumulto oriundo de informações desencontradas entre as Polícias Cíveis ou Militares de distintas unidades da Federação.

A despeito desta constatação, vale recordar que, nos termos do art. 1º. da Lei, a atuação da Polícia Federal se dará sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados.

Sobre o tema – e no mesmo sentido – o STJ publicou PESQUISA PRONTA:

[Vinculação, ou não, das atribuições da Polícia Federal ao âmbito de competência da Justiça Federal](#)

2- Tema: Nomeação do Núcleo de Prática Jurídica em juízo. Desnecessidade da juntada de procuração. Inaplicabilidade da Súmula 115/STJ.

INFORMATIVO 624 STJ

TERCEIRA SEÇÃO

PROCESSO: EAREsp 798.496-DF, Rel. Min. Nefi Cordeiro, por unanimidade, julgado em 11/04/2018, DJe 16/04/2018

DESTAQUE: A nomeação judicial de Núcleo de Prática Jurídica para patrocinar a defesa de réu dispensa a juntada de procuração.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento que encontrava dissonância no âmbito das Turmas que a compõe. A Quinta Turma se posicionava no sentido de que "o advogado integrante do Núcleo de Prática Jurídica não está dispensado de apresentar a procuração ou ato de nomeação judicial, por ausência de previsão legal, visto que somente é equiparado à Defensoria Pública no tocante à intimação pessoal dos atos processuais". Em sentido oposto, a Sexta Turma. A Terceira Seção seguiu a tese da Quinta Turma. A nomeação judicial do Núcleo de Prática Jurídica para patrocinar a defesa do réu dispensa a juntada de procuração, por não haver atuação provocada pelo assistido, mas sim exercício do munus público por determinação judicial, sendo, portanto, afastada a incidência da Súmula 115/STJ. Além disso, asseverou que não se mostra admissível a exigência de procuração, porquanto não raras as vezes sequer há contato do advogado dativo com o acusado, sendo certo que manter a exigência de mandato acarretaria gravosos prejuízos à defesa da população necessitada, inviabilizando o acesso à Justiça.

3 – Pena restritiva de direitos e execução penal provisória

STF, nas ADCs 43 e 44, decisão que a prisão após a apreciação de recurso pela segunda instância não desobedece a postulados constitucionais – nem mesmo ao da presunção de inocência – porque, a essa altura, o agente teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação (situação que gera inclusive a suspensão dos direitos políticos em virtude das disposições da LC nº 135/2010), exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte. Não é possível, após o pronunciamento do órgão colegiado, que o princípio da presunção de inocência seja utilizado como instrumento para obstar indefinidamente a execução penal.

A decisão proferida abordou expressamente a execução da pena privativa de liberdade, sem menção específica à possibilidade de execução de penas restritivas de direitos.

Em razão disso, o próprio STF já concedeu liminar em habeas corpus para determinar a suspensão da execução provisória da pena de um ex-prefeito condenado pela prática do crime de falsidade ideológica. Referindo-se às disposições do art. 147 da LEP, o ministro Lewandowski afirmou que a decisão do STF permitindo a execução provisória da pena diz respeito somente às reprimendas privativas de liberdade, não às restritivas de direitos, condicionadas ao trânsito em julgado por expressa disposição legal (HC 144.908/RS, j. 23/06/2017).

Na mesma esteira, o STJ tem decidido reiteradamente que o art. 147 da Lei de Execução Penal não foi objeto de julgamento pelo STF e impede a execução provisória. Esta orientação foi inclusive consolidada por meio da Terceira Seção do tribunal:

“Nos termos do artigo 147 da Lei de Execução Penal, a execução da reprimenda restritiva de direitos é condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme entendimento consolidado no âmbito da Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça” (AgRg na PetExe nos EAREsp 828.271/SC, j. 11/10/2017).

O STF, todavia, negou recentemente seguimento a um habeas corpus (HC 156.661/SP) no qual se pretendia obstar a execução da pena restritiva de direitos após o esgotamento da segunda instância. Embora o não conhecimento do habeas corpus tenha ocorrido pelo não cumprimento dos requisitos para a impetração, o ministro Roberto Barroso abordou a questão de fundo aduzindo à jurisprudência firmada a respeito da execução provisória da pena e lembrou que o tribunal não restringiu essa possibilidade às penas privativas de liberdade. A restrição de direitos é sanção penal que, se descumprida, pode converter-se em segregação, razão pela qual não há razão para conferir-lhe tratamento diferente.

De fato, ainda que o texto da Lei de Execução Penal mencione o trânsito em julgado, não há dúvida de que não há o menor sentido lógico em admitir que o condenado seja encarcerado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória, mas não possa ser submetido a medida muito menos restritiva como, por exemplo, a prestação de serviços a uma entidade pública.

O art. 283 do CPP – objeto de declaração de constitucionalidade nas ADC 43 e 44 – também menciona o trânsito em julgado, e o tribunal conferiu interpretação conforme à Constituição para excluir a possibilidade de que o texto legal fosse interpretado para obstar a execução provisória. Dá-se, como fundamento, exatamente o mesmo sobre o art. 147 da LEP. A decisão tomada no habeas corpus 156.661/SP se adéqua à intenção do STF nas decisões anteriores: conferir efetividade às sentenças judiciais no âmbito criminal e evitar que recursos de índole extraordinária sejam utilizados como instrumentos de protelação do cumprimento da pena.

DIREITO PENAL:

1 – Tema: Princípio da insignificância e pesca no período de defeso

INFORMATIVO 901 STF

PRIMEIRA TURMA

DIREITO PENAL - TIPICIDADE

Princípio da insignificância e pesca no período de defeso

A Lei 9.605/98, no seu art. 34, pune:

“Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente:

Pena - detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem:

(...)

II - pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos”.

A Primeira Turma do STF, para esse crime, negou a aplicação do princípio da insignificância. A Turma afirmou que as circunstâncias da prática delituosa não afastam a configuração do tipo penal. Tais circunstâncias devem repercutir na fixação da pena. Ademais, a natureza do bem protegido — o meio ambiente — afasta a construção jurisprudencial do crime de bagatela (HC 122560/SC, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 8.5.2018).

De fato, percebe-se crescer movimento na doutrina e jurisprudência buscando restringir a aplicação do princípio da insignificância nos crimes que tutelam bens difusos, como acontece com os delitos ambientais. Para tanto, usam a teoria do delito de acumulação. Essa teoria não evita a incidência do citado princípio, mas diminui seu campo de atuação. Ao criar determinados tipos penais, o legislador busca proteger interesses supraindividuais (de caráter coletivo). Nesses casos, é possível que não se compreenda como pode uma conduta isolada causar relevante dano ou perigo de dano ao bem jurídico. De fato, alguém que corta uma árvore em área de preservação permanente, despeja pequena quantidade de detritos em um

rio cujas águas servem uma cidade ou captura alguns peixes em período de defeso não comete um ato de lesão grave ao meio ambiente.

No entanto, a lesão – ou o perigo de que ocorra – passa a ser compreendida quando se leva em conta não apenas a conduta de um agente, mas o acúmulo de condutas e resultados semelhantes caso não haja punições individuais. Uma pessoa que pesca sem autorização legal um determinado peixe não viola de forma expressiva o bem jurídico (meio ambiente), mas se considerarmos a soma de várias condutas análogas, percebe-se o dano que ocorreria. Sustenta-se, portanto, a punição da conduta isolada, mesmo sem lesividade aparente (mas projetada). Percebe-se que a lesão relevante ao bem jurídico somente é considerada com a soma de várias condutas hipotéticas.

O que legitima a punição, portanto, é a soma de pequenas lesões ao bem jurídico coletivo. Nas palavras de Ana Carolina Carlos de Oliveira,

“Trata-se, em síntese, de uma soma de microlesões e de uma técnica de tipificação baseada em um grande número de atos. Nesse sentido, e conforme sustentam Wohlers e von Hirsch, a acumulação é mais do que uma técnica legislativa, é também um fundamento para a justificação ou legitimação de condutas perigosas contra bens jurídicos coletivos”. E, de acordo com a mesma autora, “as condições para que se verifique uma conduta merecedora de punição com base na acumulação são: (i) prognóstico realista de realização de condutas; (ii) existência de resultado efetivo, ainda que reduzido; (iii) consideração de condutas pouco significantes”(http://www.ibccrim.org.br/docs/integra_interativa.pdf).

2 - Tema: Crime do art. 54 da Lei n. 9.605/1998. Natureza formal do delito. Realização de perícia. Desnecessidade. Potencialidade de dano à saúde.

INFORMATIVO 624 STJ

A Lei 9.605/98, no seu art. 54, pune:

“Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

(...)”.

O art. 54, *caput*, prevê um crime de dano quando se refere à poluição que resulta em danos à saúde humana ou que provoca a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. A consumação, nesse caso, ocorre quando sobrevém um desses resultados. Tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa (*conatus*). **Por outro lado, o art. 54, *caput*, prevê crime de perigo abstrato ou crime de perigo formal quando se refere à poluição que pode resultar em danos à saúde humana. Nesse caso, basta a prática da conduta, independentemente da superveniência de qualquer resultado naturalístico. Assim se posicionou a Terceira Seção do STJ, pacificando indisfarçável controvérsia entre as Turmas.**

Os tipos previstos no art. 54, § 2º, I a IV, exigem a ocorrência do resultado material neles previstos para fins da sua consumação. Já o tipo previsto no art. 54, § 2º, V, se consuma quando a conduta nele descrita é praticada, independentemente de qualquer resultado naturalístico, sendo, por isso, classificado como crime formal.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

16 de maio de 2018

1-Negado habeas corpus a ex-juiz Rocha Mattos em condenação por destruição de provas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2-1ª Turma considera cabível recurso interposto por e-mail no TJ-MG com base em regulamento local

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3-Ministro substitui prisão preventiva do empresário Milton Lyra por medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4-1ª Turma: MP não tem direito a prazo recursal em dobro em matéria criminal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-2ª Turma inicia julgamento de ação penal contra o deputado Nelson Meurer

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Negado trâmite a HC de ex-deputado que pedia para suspender execução provisória de pena restritiva de direitos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

17 de maio de 2018

7- Ministro julga inviável HC de condenado por matar a namorada em Salvador

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Negado pedido de liberdade a ex-delegada acusada de integrar organização criminosa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19 de maio de 2018

9- Suspensa execução provisória da pena por condenação contrária à jurisprudência do STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Ministro concede extensão de liminar em HC para ex-chefe da Dersa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

16 de Maio de 2018

11- Direito ao esquecimento relativiza avaliação de antecedentes baseada em condenação de 25 anos atrás

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Pedido de vista suspende julgamento sobre limitação de foro por prerrogativa de função no STJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18 de maio de 2018

13- STJ restabelece condenação por estupro de homem que molestou criança de quatro anos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14- Concedido habeas corpus a mulher denunciada pelo furto de uísque e queijo em supermercado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- Negada liminar a Eduardo Cunha em processo sobre propina para campanha de Eduardo Alves no RN

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 004

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Paulo José de Palma

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Art. 478 do CPP e a leitura da decisão de pronúncia em plenário.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

O objetivo da inovação trazida com a reforma de 2008, neste dispositivo, consiste em vedar às partes, durante os debates em plenário, qualquer menção ao silêncio do acusado no interrogatório, à utilização das algemas, à sentença de pronúncia ou acórdão que a confirmou.

Procura, dessa maneira, disciplinar a postura das partes, indicando tópicos que não podem ser objeto de comentários. **Para muitos, o legislador, indevidamente, impôs verdadeira e inaceitável censura. É claro que a disciplina deve sempre imperar. Parece, todavia, mais fácil deixar essa tarefa ao juiz presidente, na análise do caso concreto, do que se estabelecer, de antemão, assuntos proibidos.**

Temos, inclusive, doutrina vislumbrando nesse dispositivo nítida afronta a princípios constitucionais. Nesse sentido o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci ao destacar que “a vedação imposta pelo art. 478 é inconstitucional. Cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos. Somente as ilícitas é que estão vedadas pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). Por isso, a contrário senso, são admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios lícitos.” (Código de Processo Penal Comentado 8ª ed., pág. 802/803).

De qualquer sorte, a justificativa alegada é no sentido de garantir um julgamento mais afeito à prova dos autos, no qual os jurados atentariam ao que de fato interessa e não a aspectos incidentais.

Contudo, o que se quer evitar é o emprego excessivo e inadequado da mera decisão de pronúncia, enaltecendo o fato de ter sido proferida por um juiz togado, pretendendo, desse modo, transformá-la em verdadeira sentença de mérito – o que não é.

Nesse tanto, o Superior Tribunal de Justiça, no n. 75, de sua Jurisprudência de Teses, fixou o seguinte entendimento: “A simples leitura da pronúncia no Plenário do Júri não leva à

nulidade do julgamento, que somente ocorre se a referência for utilizada como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado.” (tese n. 8).

Em síntese, o legislador quer impedir a menção à pronúncia, às decisões posteriores que admitiram a acusação e ao uso de algemas (e, incluiríamos, também ao silêncio do réu), quando tal discurso é empregado como “argumento de autoridade”. Como tal deve-se entender o argumento que pretende se passar por irrefutável, que tenha sido praticamente o único a ser utilizado para fundamentar a tese sustentada pela acusação ou pela defesa. Por isso mesmo a jurisprudência vem mitigando o alcance da proibição, ao entender que a mera alusão a esses aspectos não é suficiente para decretar a nulidade do julgamento. Mais que isso, é preciso se demonstrar – o que, na prática, nem sempre será tarefa fácil – que tais menções foram decisivas para a formação da convicção do jurado. Assim, por exemplo, deverá constar da ata de julgamento um protesto da defesa, dando conta de que o discurso da acusação restringiu-se, quase que exclusivamente, ao teor da decisão de pronúncia. Caso se demonstre, ao contrário, que a menção foi meramente incidental (ou mesmo que a pronúncia, porque proferida em tons sóbrios, em nada poderia influir no julgamento), a jurisprudência, inclusive do STJ, não tem reconhecido a nulidade.

Vejamos alguns julgados importantes sobre o tema:

Admissibilidade desde que não alterem a situação do réu

“A vedação constante do artigo 478, inciso I, do Código de Processo Penal, de não se poder fazer referência à pronúncia ou outras decisões que julgaram admissível a acusação durante os debates no Júri, tem por objetivo preservar a imparcialidade dos jurados. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, todavia, firmou entendimento no sentido de que a leitura da decisão de pronúncia não acarreta, necessariamente, a nulidade do julgamento, devendo o réu demonstrar o prejuízo sofrido. Na espécie, a observação feita pela acusação, de constar da pronúncia a existência de qualificadora, não teve o condão de influenciar ou comprometer a imparcialidade dos jurados e em prejuízo do réu, inexistindo a alegada nulidade” (STJ – AgRg no REsp. n. 1346253-SP, Rel. Jorge Mussi, j. 19.11.2015, DJe 25.11.2015).

“As referências ou a leitura da decisão de pronúncia não acarretam, necessariamente, a nulidade do julgamento, que somente ocorre se as referências forem feitas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado, o que não ocorreu no caso, em que mencionou o Parquet o fato de que um testemunho favorável à defesa não teria impedido que o caso fosse apreciado pelo Júri” (STJ – AgRg no REsp n° 1235899-MG, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.11.2013, DJe 18.11.2013).

“A interpretação conjunta e sistemática dos dispositivos do Código de Processo Penal que disciplinam os debates em Plenário do Tribunal do Júri leva à conclusão de que a simples leitura da pronúncia ou demais decisões que julgaram admissível a acusação não conduz, por si só, à nulidade do julgamento, o que só ocorre quando a menção a tais peças processuais é feita como argumento de autoridade, de modo a prejudicar o acusado. Doutrina. Precedente” (STJ – HC n° 248617-MT, Rel. Jorge Mussi, j. 05.09.2013, DJe 17.09.2013).

Admissibilidade da leitura do acórdão que anulou o julgamento anterior

PROCESSO PENAL. JÚRI – “Alegada nulidade por violação ao disposto no artigo 478, inciso I, do código de processo penal. Leitura em plenário, pelo Ministério Público, da ementa do acórdão que anulou julgamento anterior. Hipótese não prevista no art. 478, inciso I, do código de processo penal. Ausência de demonstração de prejuízo pela defesa. Nulidade incorrente. Preliminar afastada” (TJSC – Apelação n° 2009.043370-1, Rel. José Antônio Torres Marques; DJ 02.12.2009, p. 388)

2 - Tribunal do júri: transcrição das gravações para uso em plenário.

Tendo como objetivo propiciar maior celeridade na colheita da prova, o legislador contemplou a possibilidade de registrar as audiências em geral por meio audiovisual, ou seja, tudo quanto ocorrido seria gravado por câmeras e cópias das gravações entregues às partes.

Saliente-se que, de forma literal, o legislador dispensou a necessidade de degravação dos depoimentos, em dispositivo que tem merecido constante reprovação das partes no dia a dia forense. No procedimento especial do júri, por exemplo, como utilizar as mídias perante o Conselho de Sentença? Deve interferir no tempo da fala da acusação? Certamente não. O CAO-CRIM vem orientando os colegas da seguinte maneira: solicitar ao magistrado, na fase do art. 422 do CPP, a exibir o material gravado na mesma oportunidade da leitura de peças, não prejudicando o tempo de exposição das partes. No mesmo pedido, e de forma subsidiária, solicitar a transcrição do material. Sendo ambos indeferidos, sugerimos a impetração de mandado de segurança, conforme modelo abaixo:

MODELO DE MANDADO DE SEGURANÇA:

Excelentíssimo Senhor Doutor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio do seu órgão de execução que esta subscreve, com fundamento no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, no artigo 1º e seguintes da Lei nº 12.016/09 e no artigo 32, inciso I, da Lei Federal nº 8.625/93, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, impetrar Mandado de Segurança, com pedido liminar, contra ato do Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da Vara do Júri da Comarca de , que indeferiu a transcrição de depoimentos armazenados em meio digital.

I – Dos Fatos

Tramita pela ____ Vara do Júri da comarca de _____ o processo-crime autuado sob nº 2222/12, visando à apuração de crime de homicídio perpetrado por “A”.

Superada a instrução criminal, sobreveio a r. sentença de pronúncia de fls..., que determinou a submissão do réu a julgamento pelo Tribunal do Júri, eis que reconhecidos a prova da materialidade delitiva e os indícios de autoria.

Em cumprimento ao disposto no artigo 422 do Código de Processo Penal, os autos foram encaminhados ao Ministério Público, que arrolou testemunhas a ser ouvidas em plenário e requereu a vinda de folha de antecedentes atualizada e das certidões de praxe. Na mesma oportunidade, o promotor de Justiça oficiante postulou a transcrição dos depoimentos colhidos por meio digital.

Esse requerimento foi deferido pelo MM juiz substituto da Vara do Júri da comarca de _____ (fls...). Contudo, o douto magistrado titular da mesma Vara reconsiderou tal decisão e indeferiu o pedido, conforme fls..., sob o argumento de haver expressa previsão legal acerca da colheita de provas por meio digital.

Precisamente contra esse indeferimento é que se interpõe o presente mandado de segurança.

II – Do Direito

Vislumbra o Ministério Público do Estado De São Paulo ter havido violação de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, por ilegalidade e abuso de poder praticado pela autoridade coatora, e de cuja decisão não cabe nenhum outro recurso previsto na legislação processual penal.

Direito líquido e certo porque se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração porquanto a lei não contempla poderes ao magistrado para impedir a transcrição dos depoimentos colhidos por meio digital a fim de que possam estar à disposição das partes, do juiz presidente e, principalmente, dos senhores jurados em meio impresso e de rápida e fácil consulta durante o julgamento, com as limitações temporais inerentes ao procedimento legal que regulamenta os debates em plenário.

III – Dos Fundamentos

O titular da ação penal de natureza pública incondicionada é o Ministério Público, sob fiscalização social e popular, uma vez cabível a eventual ação penal privada subsidiária da ação

pública em caso de desídia, em consonância com o preceituado no artigo 29 do Código de Processo Penal.

O mandado de segurança tem sido admitido em matéria criminal contra atos inconstitucionais ou ilegais de autoridade, que violem direito líquido e certo, e nos casos em que não há efeito suspensivo para o recurso cabível.

O Ministério Público de primeira instância já havia sido reconhecido como parte legítima para impetrar o “mandamus”- (Ada Pellegrini Grinover em parecer emitido no Mandado de Segurança nº. 10368-3 da 3ª. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo e Hely Lopes Meirelles, Mandado de Segurança, editora RT, 7ª. edição, pg. 25) quando o advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público inseriu expressamente a legitimidade em texto de lei.

Assim é que o inciso I do artigo 32 da Lei nº 8.625/93 dispõe ser atribuição do promotor de Justiça, órgão de execução em primeiro grau de jurisdição, “impetrar habeas corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante aos Tribunais locais competentes”. A matéria também foi regulada pela Lei Estadual nº 734/93, em seu artigo 121, inciso I, que estabelece ser atribuição do promotor de Justiça, no exercício de sua função em primeira instância, “impetrar ‘habeas corpus’ e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais Estaduais competentes”.

No presente caso, verifica-se claramente que a r. decisão ora combatida constitui inegável cerceamento à atividade do Ministério Público, ao qual incumbe provar os fatos alegados na denúncia.

Não se ignora que o artigo 405 do CPP admite o registro das audiências por recursos de gravação magnética, sem necessidade de transcrição. Contudo, não se pode olvidar que tal dispositivo se refere à instrução criminal do procedimento comum. O procedimento relativo aos processos de competência do Tribunal do Júri é específico e apresenta peculiaridades cuja inobservância acarretaria grave prejuízo ao esclarecimento da verdade real, fim precípua da justiça criminal. De fato, a ausência da transcrição dos depoimentos implica em grave cerceamento da atividade das partes em plenário, sobretudo da acusação, a quem incumbe o ônus da prova dos fatos articulados na denúncia.

Diversas são as razões, dentre elas:

1) A péssima qualidade do áudio da gravação, inaudível em diversos trechos, o que traria enormes dificuldades, sobretudo aos senhores jurados na formação de seu convencimento sobre a causa. Não se pode olvidar que é no dia do julgamento que os senhores juízes de fato tomarão seu primeiro contato com a causa, havendo necessidade de serem esclarecidos sobre todos os detalhes da causa.

2) O tempo de duração da gravação. Ora, o Ministério Público dispõe de 1 hora e 30 minutos para a exposição de sua tese ao Conselho de Sentença (art. 477, do CPP), sendo certo que a fase de leitura de peças foi abolida com o advento da Lei nº 11.689/2008. Claro está que a exibição do CD em plenário reduzirá o tempo para o exercício da acusação, constituindo relevante cerceamento da atividade do Ministério Público. Com os depoimentos à disposição em meio impresso, como sempre ocorreu desde os primórdios da história judiciária, não há necessidade de exibição de todo o depoimento para o desenvolvimento da argumentação. Basta, no mais das vezes, a menção a um trecho específico a subsidiar a tese sustentada pelo orador naquele momento. Haveria enorme perda de tempo nesse sentido com graves prejuízos para o desenvolvimento da acusação.

3) É direito das partes e dos senhores jurados pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada (art. 480 do CPP). Evidente que tal direito será inevitavelmente negado se as gravações não forem transcritas. Nem se argumente que a parte adversa ou o jurado poderão pedir a exibição do CD no curso dos debates a exemplo do que fariam em relação ao documento escrito. Os inconvenientes desse procedimento para o desenvolvimento do julgamento seriam manifestos. A exposição seria interrompida a fim de que o CD fosse exibido. Seria impossível selecionar o trecho relativo ao debate, razão pela qual todo o depoimento teria de ser exibido. A exposição seria irremediavelmente prejudicada, bem como grande quantidade de tempo seria despendida para a solução de uma simples e corriqueira controvérsia que ocorre com frequência nos julgamentos do Tribunal do Júri.

4) A lei é expressa ao determinar que, em relação ao procedimento do júri, a transcrição do registro, após feita a degravação, constará dos autos (art. 475, parágrafo único do CPP). A norma é cogente e de observância obrigatória.

Assim, havendo grave comprometimento no desenvolvimento do trabalho do Ministério Público em plenário, em frontal oposição a texto expresso de lei (artigo 475, parágrafo único, do Código de Processo Penal), outro remédio não resta além da presente impetração. Fartamente preenchidos, portanto, os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Em resumo, o disposto no artigo 405, § 1º, do CPP, aplica-se ao procedimento comum. Tal dispositivo, nos crimes de competência do Tribunal Popular, não pode ser interpretado isoladamente, eis que o legislador, ao tratar dos procedimentos, deixa bem claro que “Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o procedimento observará as disposições estabelecidas nos arts. 406 a 497 deste Código” (art. 394, § 3º, do CPP). Assim, a norma processual penal que permite o registro audiovisual da instrução criminal deverá observar a sistemática própria do Júri. Com efeito, a prova produzida durante o denominado sumário da

culpa não se destina tão somente ao juízo de admissibilidade de acusação, mas também e principalmente aos jurados, os quais poderão formar livremente a sua convicção pela prova colhida durante todo o processado. As próprias peculiaridades do julgamento pelo Júri fizeram com que o legislador, mesmo ao prever a possibilidade do registro audiovisual da instrução, determinasse, com ressalva explícita e peremptória, que: “A transcrição do registro, após feita a gravação, constará dos autos” (art. 475, § único, do CPP); trata-se de norma cogente, de observância obrigatória. Ora, se tal providência (transcrição) é determinada no *judicium causae*, quando a prova é imediatamente produzida perante o jurado, e já ocorre na coleta de depoimentos e interrogatórios pelo sistema de estenotipia, com maior fundamento deverá ser levada a efeito sobre a prova coligida durante o sumário da culpa.

Face ao quadro exposto, e considerando as especificidades do procedimento do júri em plenário, é que se requer seja determinada a transcrição dos depoimentos colhidos por meio eletrônico.

V – Do Pedido

Requer-se, pois, em derradeiro, seja julgado procedente o presente mandado de segurança, para o fim de conceder a ordem para correção do ato da autoridade judicial.

Requer-se, mais, a concessão da medida liminar de que trata o art. 7º, inc. III da Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, para que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, uma vez relevantes os fundamentos apresentados e porque do ato impugnado pode resultar a ineficácia da medida, eis que o júri já se encontra designado (fls...).

Termos em que,

Pede e espera o recebimento do presente mandado de segurança, com a concessão da medida liminar requerida e a solicitação das informações à autoridade coatora para que, conhecida e no mérito concedida a segurança, seja corrigido o ato ilegal praticado com abuso de poder.

Causa de valor inestimável.

Local, data

Promotor de Justiça

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Ministério Público e a prerrogativa de prazo recursal em dobro em matéria criminal

INFORMATIVO 902 STF

A Primeira Turma concedeu a ordem de “habeas corpus” para declarar a intempestividade de agravo regimental interposto pelo Ministério Público no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e reestabelecer as penas impostas pelo juízo de segundo grau, que foram aumentadas a partir do acolhimento do recurso.

A Turma afirmou que o prazo para interposição de agravo pelo Estado-acusador em processo criminal é de cinco dias (RE 94.013/DF). O Ministério Público não possui, em matéria criminal, ao contrário da Defensoria Pública, a prerrogativa de prazo recursal em dobro (HC 120275/PR, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15.5.2018).

Comentários do CAO-CRIM

A nosso ver, a orientação adotada pela Turma é equivocada.

Há mais de vinte anos, ao julgar o habeas corpus 70.514/RS, o STF analisou a compatibilidade da prerrogativa do prazo em dobro com a Constituição Federal. Na ocasião, o tribunal considerou válida a norma que atribui o benefício à Defensoria Pública e fez referência à denominada norma em trânsito para a inconstitucionalidade, aquela que, no momento da análise, ainda é constitucional, mas, devido a modificações circunstanciais que ocorrem ao longo do tempo, tornam-se inconstitucionais. No caso específico do prazo em dobro, o STF se ateve ao fato de que, naquele momento (em 1994), as defensorias não dispunham da mesma estrutura administrativa do Ministério Público, razão pela qual o prazo maior se justificava para conferir aos órgãos de defesa pública melhores condições de atuação, compensando-se assim eventuais falhas estruturais.

Desde então, é notório que as defensorias têm se estruturado de forma muito mais ampla e organizada, tanto que sua atuação tem se estendido inclusive para áreas tradicionalmente não abrangidas, como a dos direitos transindividuais. Mas isso não quer dizer que o incremento da estrutura administrativa levou as defensorias à plenitude de atuação. Não é preciso uma análise aprofundada para constatar que tais órgãos ainda não conseguem atuar plenamente em favor dos hipossuficientes. Não é por acaso, aliás, que ainda se mantêm convênios entre as defensorias e a Ordem dos Advogados do Brasil para que se garanta assistência judiciária gratuita suplementar.

Diante disso, parece-nos plenamente válido que se garantam às defensorias prazos maiores do que os regulares para que sua atuação possa ter o máximo de eficiência. Mas não é razoável que o mesmo não se garanta ao Ministério Público.

É fato que o Ministério Público desfruta de estrutura mais extensa do que as defensorias, mas não é menos verdade que essa estrutura – especialmente no que tange aos quadros funcionais – muitas vezes não é compatível com a extensão de suas atribuições. É preciso ter em mente que, nos feitos criminais, o Ministério Público atua sempre, em qualquer situação. Na maioria das vezes, na qualidade de acusador; em algumas outras, na de custos legis. Mas a atuação ministerial é sempre imprescindível, desde o momento em que se inicia a apuração da infração penal. Somem-se a isso diversas outras atribuições que se acumulam em promotorias não especializadas e temos situação semelhante – quando não pior – àquela das defensorias públicas.

É nessa linha o raciocínio do promotor de Justiça gaúcho Mauro Fonseca Andrade:

“(…) Dito isto, entendemos que o argumento utilizado para a concessão de prazo em dobro para a Defensoria Pública é justificável e fundado, conforme exige a doutrina, em motivação objetiva (excesso de serviço) e razoável (possibilitar aos desfavorecidos economicamente uma defesa técnica de qualidade), mas a ela somente não se aplicam. Junto ao Ministério Público também ele encontra guarida, e até com muito mais força. Já se disse acima que o Parquet atua em todo e qualquer feito criminal, o que ocorre desde a fase pré- processual, como é o caso do inquérito policial. De sua consciência, não cremos que alguém duvide que, entre as partes existentes na esfera criminal, alguém atue mais do que o órgão ministerial, que, inclusive, pode fazer sua própria investigação criminal.

Não estamos aqui, ao contrário do que possa parecer, incidindo em contradição, ao afirmar a constitucionalidade do prazo em dobro pelo excesso de trabalho dos Defensores Públicos, sendo que este volume de tarefas não se equipara ao enfrentado pelo Ministério Público. Para nós, a carga de serviço destinada à Defensoria Pública, motivadora da prerrogativa do prazo em dobro, deve ser vista em seu conjunto, ou seja, englobando a atuação no processo civil e penal, realidade que toca à imensa maioria dos Defensores Públicos do país, pois a especialização na atuação somente ocorre nas capitais dos Estados, exceção que vem a confirmar a regra.

Portanto, em havendo identidade de argumentos aplicáveis também ao Ministério Público – ou seja, o excesso de serviço e o fato de possibilitar à sociedade uma atuação técnica de qualidade –, nos deparamos com um tratamento diferenciado dado às partes (Ministério Público e Defensoria Pública), situação provocada pelo próprio legislador ao não conferir ao

Parquet igual prerrogativa, fato que não encontra amparo, seja na doutrina nacional, seja na doutrina estrangeira.

Em sendo assim, merece correção tal inversão de valores e discriminação ocorrentes no processo penal. E, segundo entendemos, passa dita correção pela concessão do prazo em dobro também ao Ministério Público” (<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/6x89z5.pdf>)

Não é demais lembrar, finalmente, que um dos corolários do princípio do contraditório é a paridade de armas, isto é, a garantia de que os litigantes tenham à sua disposição os instrumentos processuais adequados para a defesa dos interesses postos em litígio. O tratamento diferenciado conferido apenas às defensorias provoca um desequilíbrio processual injustificável, pois desconsidera que o Ministério Público se insere em circunstâncias estruturais semelhantes e o impede de atuar com a mesma acuidade possível à parte contrária, que tem à sua disposição prazo muito mais extenso.

Com efeito, nestas circunstâncias, o defensor público terá sempre mais oportunidade de fazer prevalecer os interesses do acusado, especialmente em momentos cruciais como a apresentação de memoriais e de interposição de recursos. Se é de suma relevância a função desempenhada pelas defensorias públicas, que atuam para garantir direitos e garantias individuais elementares, é também de inegável importância a função do Ministério Público, que opera na seara criminal – na qualidade de titular privativo da ação penal pública – para defender os interesses da sociedade diante da violação da lei penal. A promoção da efetiva justiça só é possível se todos os que tomam parte no sistema processual penal tiverem garantidas, tanto quanto possível, plenas condições de atuação.

2- Tema: Execução Penal - Remição ficta e omissão do Estado

INFORMATIVO 902 STF

A Primeira Turma iniciou julgamento de “habeas corpus” no qual se discute a possibilidade de remição ficta da pena, na hipótese em que o Estado não proporciona atividade laboral ou educacional aos internos do sistema penitenciário a fim de obterem a remição da pena.

O ministro Marco Aurélio (relator) deferiu a ordem de “habeas corpus” para reconhecer o direito à remição a título de indenização. Afirmou que o paciente não pode sofrer prejuízo diante da postura omissiva do Estado.

Em divergência, o ministro Roberto Barroso denegou a ordem. Enfatizou que, embora o Estado tenha o dever de prover trabalho aos internos que desejem laborar, reconhecer esse

direito faria com que todas as pessoas do sistema prisional obtivessem remição, fato que causaria substancial mudança na política pública do sistema carcerário, além de invadir a esfera do Poder Executivo.

A ministra Rosa Weber acompanhou o voto do relator.

Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos (HC 124520/RO, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 15.5.2018).

Comentários do CAO-CRIM

É importante lembrar que, essa tese, no sentido de ser possível, na hipótese tratada pelo HC, de remição ficta, direito do preso e sanção para o Estado que não cumpre sua obrigação, nunca prevaleceu nos Tribunais Superiores. Renato Marcão, sobre o tema, nos explica: “o pedido de remição da pena embasado no fato de se encontrar recolhido o sentenciado em estabelecimento penal inadequado, onde teve cerceado seu direito de trabalhar e assim remir parte de sua pena, posto inexistir no local condições para o exercício de atividade laborterápica, não encontra amparo legal vez que inexistente previsão do trabalho como direito do condenado e obrigação do Estado em nenhum dispositivo legal seja no CP seja na Lei de Execução Penal (art. 126). Diversamente, neles o trabalho surge sempre como imposição da lei e obrigação do sentenciado, consequência da execução da pena privativa e liberdade” (ob. cit. pp. 222-3).

Agora, certamente influenciada pela política de descarcerização, a Corte rediscute a matéria, já existindo dois votos pela admissão da remição ficta, com uma agravante: ela servirá também na impossibilidade de estudos.

DIREITO PENAL:

1 – Necessidade (ou não) da apreensão e perícia da arma de fogo para a incidência da majorante do art. 157, §2, I, CP.

Comentários do CAO-CRIM

Nos recursos especiais 1.708.301/MG e 1.711.986/MG, a Terceira Seção do STJ havia determinado a suspensão, em todo o Brasil, da tramitação dos processos criminais cujo objeto fosse a necessidade de apreensão e perícia de arma de fogo para a incidência de aumento de pena nos delitos de roubo. Afetaram-se os dois recursos especiais para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos. O ministro Sebastião Reis Junior – relator – citou manifestação do ministro presidente da Comissão Gestora de Precedentes, que observou:

“[...] Assim, a definição desta matéria sob o rito dos recursos repetitivos, precedente qualificado de estrita observância pelos juízes e tribunais nos termos do art. 121-A do RISTJ e do art. 927 do CPC, orientará todas as instâncias ordinárias, com importantes reflexos na análise de admissibilidade de recursos. Ademais, poderá evitar decisões divergentes nos juízos de origem e o envio desnecessário de recursos ao Superior Tribunal de Justiça, bem como a interposição de habeas corpus perante esta Corte. [...]”.

No último dia 22 de maio, no entanto, o mesmo ministro tornou sem efeito a afetação antes promovida devido às recentes modificações promovidas pela Lei 13.654/18 no art. 157 do Código Penal.

A Lei 13.654/18 alterou, dentre outros dispositivos, os parágrafos do art. 157 do CP, revogando o inciso I do § 2º (que tratava do emprego de arma) para criar, no inciso I do novo § 2º-A, a majorante do emprego de arma de fogo. O que antes era uma menção genérica a armas tornou-se, portanto, específico quanto a armas de fogo.

Diante da alteração legal, o ministro Sebastião Reis Junior houve por bem suspender a afetação dos recursos especiais porque alterou-se o objeto do recurso repetitivo (art. 157, § 2º, inc. I, do CP), o que por sua vez impediria que o caso utilizado como parâmetro fosse idêntico aos casos futuros, cujos julgamentos estariam vinculados à decisão tomada.

A controvérsia, portanto, permanece até que, utilizando como paradigma a nova disposição legal, o tribunal volte a adotar o procedimento da afetação para que a Terceira Seção decida definitivamente sob o rito dos recursos repetitivos. Ao menos até lá, a orientação que vinha

sendo seguida sugere que o tribunal dispensará a apreensão da arma de fogo para que a pena do roubo sofra o aumento:

“Consoante entendimento firmado pela Terceira Seção deste Tribunal Superior, para o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão do objeto e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EResp 961.863/RS)” (AgRg no Ag no REsp 1.561.836/SP, j. 19/04/2018).

2 – STJ: Consumação do estupro de vulnerável dispensa efetiva relação sexual

Comentários do CAO-CRIM

Pune-se no *caput* do art. 217 do Código Penal o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima menor de 14 anos de idade. A conduta de praticar atos libidinosos abrange tanto o ato sexual no qual tem a vítima um comportamento passivo (permitindo que com ela se pratiquem os atos) como aquele em que tem um comportamento ativo (praticando ela mesma os atos de libidinagem no agente). Interpretação diversa, com efeito, implicaria deficiente proteção do Estado e ofenderia o postulado da proibição da proteção deficiente.

Ensina a doutrina, no geral, que o delito se consuma com a prática do ato de libidinagem, sendo perfeitamente possível a tentativa quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Considerando, no entanto, algumas decisões tomadas ultimamente pelo STJ, tornam-se cada vez mais restritas as possibilidades de que se caracterize o conatus.

O STJ já decidiu, por exemplo, que o crime pode se caracterizar inclusive em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima (RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/8/2016).

Seguindo a tendência, recentemente o tribunal decidiu que o contato do órgão sexual do agente com o corpo da vítima consuma o crime mesmo que não tenha havido efetiva relação sexual.

No caso julgado, um homem foi surpreendido enquanto passava seu órgão genital nas costas e nas nádegas de uma criança de apenas quatro anos de idade. Em primeira instância foi

condenado a nove anos de reclusão, mas, na apelação, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformou a sentença para reconhecer a tentativa em virtude da ausência de penetração.

O STJ, no entanto, restabeleceu a sentença de primeira instância sob o argumento de que o acórdão contrariava a orientação consolidada pela Terceira Seção do tribunal sob o rito dos recursos repetitivos: para que se caracterize o crime do art. 217-A do CP, basta que o agente pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com o vulnerável. Dessa forma, a conduta praticada pelo agente justifica que se considere consumado o delito.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

21 de maio de 2018

1- Inviável HC de condenado de matar promotor de eventos em Brasília

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Relator nega trâmite a HC de ex-juiz condenado por falsidade ideológica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

23 de maio de 2018

3- 1ª Turma condena deputado Paulo Maluf por crime de falsidade ideológica para fins eleitorais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 1ª Turma inicia julgamento sobre arresto de bens de Aécio e Andrea Neves

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Relator e revisor votam para condenar Nelson Meurer por corrupção passiva e lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Negada liminar em HC de ex-assessor do deputado estadual Jorge Picciani (MDB-RJ)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Relator substitui prisão preventiva de delegado investigado na Operação Pão Nosso por medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8-Ministro concede HC e aplica medidas alternativas do CPP para ex-secretário de Obras do RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Relator suspende lei do RJ que limitava em 180 dias prazo para prisão preventiva

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

24 de maio de 2018

10- Negado pedido de reconsideração de decisão que manteve preso deputado estadual Edson Albertassi (MDB-RJ)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Ministro julga inviável HC contra execução imediata da pena de Delúbio Soares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

23 de maio de 2018

12-Quinta Turma mantém condenação por corrupção, mas reduz pena de Carlinhos Cachoeira

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13-Negado pedido para impedir prisão de Eduardo Azeredo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14-Negado habeas corpus contra pedido de extradição do empresário Raul Schmidt

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

25 de maio de 2018

15-Quinta Turma reconhece inépcia da denúncia e tranca ação penal em caso de homicídio culposo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 005

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Fabricação ilegal de cigarro nacional, sem indícios de sua exportação. Competência da Justiça Estadual.

Atendendo pedido do CAO-CRIM, o PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 19, inciso I, alínea “d”, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, publicou no DO de 30 de maio, a seguinte RECOMENDAÇÃO:

CONSIDERANDO:

I – que o delito de contrabando, previsto no art. 334-A do CP, da competência da Justiça Federal, pressupõe transnacionalidade do comportamento (importação ou exportação de mercadorias cuja entrada no país, ou saída dele, é absoluta ou relativamente proibida);

II – que a conduta consistente na fabricação ilegal de cigarro nacional, sem indícios de sua exportação, não configura o crime do art. 334-A do CP, devendo ser processada e julgada na Justiça Estadual;

RECOMENDA, sem caráter normativo, aos órgãos do Ministério Público para o desempenho de suas atribuições:

a) que os inquéritos policiais envolvendo fabricação ilegal de cigarros nacionais, sem indícios de transnacionalidade, sejam examinados especialmente à luz do disposto nos arts. 274 (empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, anti-séptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária) e 278 (fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal), ambos do Código Penal;

b) que atentem para requisição de perícia, pois, apesar de os referidos crimes se consumarem com a prática de qualquer dos verbos nucleares, sendo, inclusive, dispensável o efetivo uso da coisa ou substância ou qualquer dano ulterior, a comprovação da materialidade depende da constatação da utilização das substâncias mencionadas no tipo do art. 274 na fabricação dos cigarros, ou de que o objeto material é potencialmente nocivo à saúde pública, nos termos do art. 278, por não ter se sujeitado aos mecanismos de vigilância sanitária.

2 - Lesão corporal culposa na direção de veículo automotor e a embriaguez ao volante.

A Lei 13.546/17, vigente desde o dia 19 de abril, inseriu no art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro circunstância qualificadora relativa à lesão corporal culposa cometida por motorista embriagado.

A partir de então, o motorista que estiver conduzindo veículo automotor sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, e, nessa condição, ferir alguém involuntariamente, será apenado com reclusão de dois a cinco anos, desde que a lesão seja de natureza grave ou gravíssima.

E se a lesão corporal for de natureza leve? Neste caso, não se aplica a qualificadora e a solução deve ser buscada considerando a possibilidade (ou não) de concurso de delitos.

Sempre se debateu a respeito da melhor solução para a tipificação da conduta do motorista que, embriagado, cometesse lesão corporal culposa (ou homicídio). Havia, basicamente, duas orientações: a relativa ao concurso de delitos e a que advogava a incidência do princípio da consunção (a controvérsia existente levou inclusive a alterações que, ora com o propósito de evitar o concurso de crimes, ora com o propósito de viabilizá-lo, introduziram e retiraram, nos artigos 302 e 303, causa de aumento de pena relativa à embriaguez).

Para a primeira corrente, como o crime de embriaguez tutela bem jurídico distinto e se consuma no momento mesmo em que o motorista embriagado se põe a conduzir o veículo pela via pública, a lesão corporal ocorrida em seguida, por meio de conduta – imprudente – autônoma, deve ser imputada na forma do concurso material.

A segunda corrente afasta a possibilidade de concurso, em primeiro lugar, porque a imprudência se funda exatamente no fato de que o motorista conduz o veículo sem condições físicas em virtude da embriaguez. Em segundo lugar, porque, crime de dano, a lesão corporal deve absorver a embriaguez, caracterizada por ser um crime de perigo.

No julgamento do recurso especial 1.629.107/DF (DJe 26/03/2018), o STJ adotou uma vez mais a orientação de que não pode haver relação de consunção entre a embriaguez e a lesão corporal culposa:

“(...) o delito de embriaguez ao volante não se constitui em meio necessário para o cometimento da lesão corporal culposa, sequer como fase de preparação, tampouco sob o viés da execução de crime na direção de veículo automotor”.

Desse modo, a orientação firmada pelo tribunal, não obstante relativa a fato ocorrido antes da modificação promovida pela Lei 13.546/17, continuará válida, após a entrada em vigor da

lei, para as situações em que o motorista embriagado praticar a lesão corporal culposa de natureza leve.

Curioso é que, embora a soma das penas mínimas dos artigos 303, *caput*, e 306 resulte na metade da pena mínima cominada no art. 303, § 2º (dois anos), a soma das máximas resulta em pena idêntica à da qualificadora (cinco anos).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAO-CRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Encerramento da instrução e permanência da prerrogativa de foro do parlamentar.

INFORMATIVO 903 STF – PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma do STF condenou deputado federal à pena de 2 anos e 9 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, convertido em prisão domiciliar (AP 863), pela prática do crime de falsidade ideológica para fins eleitorais, previsto no art. 350, do Código Eleitoral, e multa, no montante de 20 dias-multa, ao valor de 1 salário mínimo cada.

No caso, o parlamentar omitiu, na prestação de contas apresentada à Justiça Eleitoral, recursos utilizados em sua campanha para deputado federal no ano de 2010. Os valores são relacionados a despesas que foram pagas por pessoa jurídica, da qual é sócio, à empresa de comunicação visual para a confecção de material de sua campanha.

Comentários do CAO-CRIM

Na Questão de Ordem na AP 937, trabalhada pelo CAO-CRIM em boletins anteriores, ficou decidido que a prerrogativa de foro abrangeria somente crimes funcionais, leia-se, cometidos durante e em razão do cargo.

Na mesma oportunidade, a Corte assentou a tese de que a jurisdição do foro deve se perpetuar caso tenha havido o encerramento da instrução processual. Uma vez publicado o despacho para que as partes apresentem suas manifestações finais, a competência do Tribunal deve ser prorrogada para que sejam preservadas a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional.

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

2-Tema: Competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior que tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição.

INFORMATIVO 625 STJ – TERCEIRA SEÇÃO

Comentários do CAO-CRIM

A competência para processar e julgar nacionais por crimes praticados no estrangeiro gerava indisfarçável divergência na Corte, havendo corrente nos dois sentidos. No Conflito de Competência 154.656-MG a Corte voltou a discutir o tema num caso em que se apurava a participação de brasileiros em suposto esquema de falsificação de documentos públicos portugueses no território lusitano, a fim de posterior uso para ingressar no Canadá e nos EUA.

Por se tratar de crime praticado por brasileiro, não é possível a extradição, em conformidade com o art. 5º, LI, da CF/88. Aplicável, no caso, o Decreto n. 1.325/1994, que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o Tratado de Extradição entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, no qual estabelece, na impossibilidade de extradição por ser nacional da parte requerida, a obrigação de "submeter o infrator a julgamento pelo Tribunal competente e, em conformidade com a sua lei, pelos fatos que fundamentaram, ou poderiam ter fundamentado, o pedido de extradição" (art. IV, 1, do Tratado de Extradição).

Com fundamento na negativa de extradição e o dever de cumprir o Tratado, a Corte firmou entendimento de que, no caso, a competência para o processo e julgamento é da Justiça Federal.

Destacou-se incumbir à União, segundo dispõem os arts. 21, I, e 84, VII e VIII, da CF/88, manter relações com estados estrangeiros e cumprir os tratados firmados, fixando-se a sua responsabilidade na *persecutio criminis* nas hipóteses de crimes praticados por brasileiros no exterior, na qual haja incidência da norma interna, no caso, o Direito Penal interno e não seja possível a extradição. No plano interno, em decorrência da repercussão das relações da União com estados estrangeiros e o cumprimento dos tratados internacionais firmados, a cooperação passiva, a teor dos arts. 105 e 109, X, da CF/88, impõe a execução de rogatórias pela Justiça Federal após a chancela por esta Corte Superior. Assim, compete à Justiça Federal o processamento e o julgamento da ação penal que versa sobre crime praticado no exterior, o qual tenha sido transferida para a jurisdição brasileira, por negativa de extradição, aplicável o art. 109, IV, da CF/88.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Condenação de parlamentar e perda do mandato.

INFORMATIVO 903 STF – PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma do STF condenou deputado federal à pena de reclusão, no regime inicial semiaberto, convertido em prisão domiciliar. A Turma determinou que a decisão fosse comunicada à Mesa da Câmara dos Deputados para que fosse declarada a perda do mandato eletivo do condenado em razão da impossibilidade de comparecer às sessões.

Comentários do CAO-CRIM

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em face do disposto no seu artigo 15, inciso III, a perda do mandato eletivo já não mais se submete às regras do Código Penal, sendo consequência de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, mesmo que não declarada expressamente na sentença. Independe, ainda, da natureza do crime, da qualidade e *quantum* da pena efetivamente imposta. Nem mesmo o fato de ter sido o agente, eventualmente, beneficiado com a suspensão condicional da pena impede a perda do mandato eletivo.

Apesar de reconhecerem a autoaplicabilidade do art. 15, III, da CF, encontramos decisões restringindo a sua aplicação, entendendo que a suspensão dos direitos políticos do condenado somente se permite quando o cumprimento da reprimenda corporal torne inviável o exercício de tais direitos, ou quando houver limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, não se aplicando, por exemplo, às hipóteses de *sursis*.

Especificamente com relação aos congressistas (deputados federais e senadores) que, no exercício dos mandatos, forem condenados criminalmente, a Constituição é dúbia.

O art. 55, ao elencar as hipóteses de perda do mandato eletivo, estabelece, no inciso IV, que tal ocorre em relação ao parlamentar “que perder ou tiver suspensos os direitos políticos”; em seguida, no inciso VI, impõe idêntica consequência para aquele “que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado”.

Para a hipótese do inciso IV, o § 3º do art. 55 dispõe que “a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”, ao passo que em decorrência da condenação criminal definitiva (inciso VI) o § 2º estabelece que “a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria

absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”.

Ocorre que, conforme já mencionamos anteriormente, o art. 15, inciso III, da Constituição Federal elege a condenação criminal transitada em julgado como causa de suspensão dos direitos políticos (trata-se de suspensão porque a privação dos direitos políticos vigora apenas enquanto incidentes os efeitos da condenação). Diante disso, instala-se a celeuma: a perda do mandato eletivo é consequência natural da condenação criminal definitiva, bastando à Mesa da Casa Legislativa respectiva declará-la, ou deve haver deliberação do Plenário para decretar a perda do mandato?

A controvérsia foi intensamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal em duas ações penais originárias.

Na primeira delas, a ação penal 470, por unanimidade, concluiu aquela Corte pela suspensão dos direitos políticos de todos os condenados, em decorrência do disposto no art. 15, inciso III, da Constituição Federal. Por maioria (5x4), decidiu pela decretação da perda dos mandatos dos parlamentares condenados, cabendo à respectiva Casa Legislativa apenas e tão somente declará-la, sem qualquer votação sobre o mérito da cassação. Assim foi sintetizada a decisão do tribunal:

“Assinalou-se que as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos seriam taxativas (CF, art. 15) e que o Poder Legislativo poderia decretar a perda de mandato de deputado federal ou senador, com fundamento em perda ou suspensão de direitos políticos, bem assim em condenação criminal transitada em julgado (CF, art. 55, IV e VI). Ressaltou-se que esta previsão constitucional estaria vinculada aos casos em que a sentença condenatória não tivesse decretado perda de mandato, haja vista não estarem presentes os requisitos legais (CP, art. 92), ou por ter sido proferida anteriormente à expedição do diploma, com o trânsito em julgado ocorrente em momento posterior. Afastou-se, na espécie, a incidência de juízo político, nos moldes do procedimento previsto no art. 55 da CF, uma vez que a perda de mandato eletivo seria efeito irreversível da sentença condenatória. Consignou-se, ademais, a possibilidade de suspensão do processo, com o advento da EC 35/2001, para evitar que o parlamentar fosse submetido à perseguição política. Entretanto, não ocorrida a suspensão, o feito seguiria trâmite regular. Frisou-se que esses réus teriam cometido crimes contra a Administração Pública quando no exercício do cargo, a revelar conduta incompatível com o exercício de mandato eletivo” - Informativo 693.

Em sua intervenção, o Min. Celso de Mello asseverou que a regra impositiva da votação sobre a perda do mandato “aplicar-se-ia a condenações criminais que não envolvessem delitos apenados com sanções superiores a 4 anos ou que, embora inferiores a este patamar, não

dissessem respeito a infrações cujo tipo penal contivesse como elementar ato de improbidade administrativa. Destacou competir à Casa a que pertencesse o congressista meramente declarar o fato extintivo já reconhecido e integrado ao próprio título condenatório” - Informativo 693.

Em outra oportunidade, passados poucos meses, o Supremo Tribunal Federal voltou a se debruçar sobre a perda do mandato de parlamentares condenados, agora na ação penal 565. Ocorre que, nesta ocasião, o tribunal estava com sua composição modificada, pois dois novos ministros haviam sido empossados. Desta feita, a anterior minoria transmudou-se em maioria (6x4), pois se decidiu competir à Casa Legislativa deliberar a respeito da perda do mandato do parlamentar condenado. Aqueles ministros que haviam votado, na ação penal 470, pela deliberação do Parlamento a respeito da cassação, reiteraram seus argumentos, lastreados, basicamente, na separação dos Poderes da República. Para tais julgadores, a decretação da perda do mandato pelo próprio tribunal constituiria ingerência do Judiciário em seara exclusiva do Legislativo. Os dois novos ministros que não haviam votado na ação penal anterior assentaram que:

a) “que a condenação criminal transitada em julgado conteria como efeito secundário, natural e necessário, a suspensão dos direitos políticos, que independeria de declaração. De outro passo, ela não geraria, necessária e naturalmente, a perda de cargo público. Avaliou que, no caso específico dos parlamentares, essa consequência não se estabeleceria. No entanto, isso não dispensaria o congressista de cumprir a pena (Teori Zavascki);”

b) “a literalidade do art. 55, § 2º, da Constituição Federal não se coaduna com a orientação anteriormente adotada pela Corte (Luís Roberto Barroso) - Informativo 714.”

Em julgado posterior, a 1ª Turma do STF decidiu ser da competência do Parlamento a decisão sobre a perda do mandato (art. 55, VI e § 2º, da CF), mas a regra pode ser excepcionada quando a condenação tornar impossível o comparecimento do parlamentar a ao menos um terço das sessões ordinárias da Casa Legislativa a que pertença, hipótese em que a perda do mandato decorre da ausência (art. 55, III, da CF):

“Perda do mandato parlamentar: É da competência das Casas Legislativas decidir sobre a perda do mandato do Congressista condenado criminalmente (artigo 55, VI e § 2º, da CF). Regra excepcionada – adoção, no ponto, da tese proposta pelo eminente revisor, Ministro Luís Roberto Barroso -, quando a condenação impõe o cumprimento de pena em regime fechado, e não viável o trabalho externo diante da impossibilidade de cumprimento da fração mínima de 1/6 da pena para a obtenção do benefício durante o mandato e antes de consumada a ausência do Congressista a 1/3 das sessões ordinárias da Casa Legislativa da qual faça parte.

Hipótese de perda automática do mandato, cumprindo à Mesa da Câmara dos Deputados declará-la, em conformidade com o artigo 55, III, § 3º, da CF”¹.

Este posicionamento foi reiterado no caso em análise.

2-Tema: Não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras de motivo torpe e de feminicídio no crime de homicídio praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar.

INFORMATIVO 624 STJ – SEXTA TURMA

Comentários do CAO-CRIM

A Lei 13.104/15 inseriu o inciso VI para incluir no § 2º do art. 121 do Código Penal o feminicídio, entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, violência de gênero quanto ao sexo). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. E, de acordo com o § 2º-A, a morte da mulher deve ser considerada em razão da condição do sexo feminino nos casos de: I – violência doméstica e familiar (art. 5º da Lei nº 11.340/06); II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher (neste caso tipo se torna aberto, pois compete ao julgador estabelecer, diante do caso concreto, se o homicídio teve como móvel a diminuição da condição feminina).

Em que pese divergência na doutrina sobre a natureza da qualificadora, o STJ tem decidido ser objetiva (HC 430.222/MG, j. em 15/03/2018). Recentemente, o tribunal voltou a decidir, em habeas corpus (HC 433.898/RS, j. 24/04/2018), que a qualificadora do feminicídio é objetiva e não caracteriza *bis in idem* se imputada juntamente com o motivo torpe.

No caso julgado, a vítima era companheira da autora, de quem estava se separando, o que teria motivado o homicídio. Para o STJ, a imputação conjunta do motivo torpe (morte em virtude da separação) e do feminicídio não significa, ao contrário do que alegado no remédio heroico, que o mesmo fato foi considerado duas vezes para recrudescer a imputação:

“Observe-se, inicialmente, que, conforme determina o art. 121, § 2º-A, I, do CP, a qualificadora do feminicídio deve ser reconhecida nos casos em que o delito é cometido em face de mulher em violência doméstica e familiar. Assim, ‘considerando as circunstâncias subjetivas e

¹. AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 31/08/2017.

objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise' (Ministro Felix Fischer, REsp 1.707.113-MG, publicado em 07/12/2017)".

Percebam que nesse caso foi decidido, ainda que implicitamente, que a violência de gênero contra a mulher pode ser praticada por outra mulher.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

28 de maio de 2018

1- Negado seguimento a habeas corpus de Enivaldo Quadrado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

29 de maio de 2018

2- Rejeitada denúncia por crime eleitoral contra Eduardo Paes e deputado Pedro Paulo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Mantida prisão preventiva de deputado estadual do Rio de Janeiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Negado HC a motorista embriagado condenado por homicídio doloso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 2ª Turma condena deputado federal Nelson Meurer por corrupção passiva e lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

28 de maio de 2018

6- Negado trancamento de ação contra policiais denunciados por envolvimento na Chacina do Curió (CE)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

30 de maio de 2018

7- Penas devem ser unificadas se cumprimento da restritiva de direito não é compatível com prisão em curso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 006

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Nota técnica do CAOCrim ao SUBSTITUTIVO dos PLs 602/15 e 1.143/15.

I - Relatório:

Cuida-se de Substitutivo aos Projetos de Lei n. 602, de 2015, e n. 1.143, de 2015, que altera o art. 11 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, para caracterizar como ato de improbidade administrativa a conduta popularmente conhecida como “carteirada”; altera o texto do art. 4o. da Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, para tipificar como abuso de autoridade a mesma conduta (“carteirada”); e revoga o crime de desacato (art. 331 do Código Penal).

A presente nota técnica se limitará aos aspectos criminais do substitutivo.

II - Análise:

a) Nova modalidade de conduta criminosa na Lei de Abuso de Autoridade

A Constituição Federal busca garantir que o exercício da função pública ocorra dentro de limites ditados, coibindo os excessos e arbitrariedades.

Os eventuais abusos praticados pelos agentes do Estado acabam por violar direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Dentro de um contexto protetivo, nasceu a Lei 4.898/1965, concebida para incriminar os chamados abusos genéricos de poder. Por meio dessa Lei, pretende-se prevenir e reprimir abusos por partes das autoridades, responsabilizando seu agente na seara administrativa, civil e penal pelo mau uso ou uso excessivo da sua atribuição/competência.

No substitutivo em análise, o legislador pretende dar ao comportamento popularmente conhecido como “carteirada” dupla tipificação. Utilizar-se de seu cargo ou função para ter acesso, sem pagamento de ingresso, a locais de diversão pública ou a eventos culturais ou esportivos, sem estar efetivamente em serviço e especificadamente designado para executar diligencias no local do evento configurará ato ímprobo (art. 11 da Lei 8.429/92) e crime (art. 4o, “j”, da Lei 4.898/65):

“Art. 4o.....

j) utilizar-se de seu cargo ou função para ter acesso, sem pagamento de ingresso, a locais de diversão pública ou a eventos culturais ou esportivos, sem estar efetivamente em serviço e especificadamente designado para executar diligencias no local do evento”.

De fato, a conduta tipificada no projeto é imoral, ferindo não somente o regular exercício de uma função pública, mas igualmente a moralidade administrativa.

Contudo, com espeque nos princípios norteadores do Direito Penal, em especial, o da intervenção mínima, não parece necessária sua intervenção.

O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle.

O comportamento, repise-se, é indesejado e antissocial, mas outros ramos do Direito, com as suas respectivas sanções, se mostram suficientes na tarefa de inibir/reprimir a prática da conduta abusiva.

Como alertado, o projeto altera também a lei de improbidade, prevendo sanções rigorosas para a “carteirada”, como a perda do cargo. A punição extrapenal, portanto, parece eficiente.

Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem satisfatórias medidas civis e/ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.

Helena Fragoso, seguindo essa linha de raciocínio, já enfatizava:

“Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se legitima para assegurar a ordem externa. A incriminação só se justifica quando está em causa um bem ou valor social importante. Não é mais possível admitir incriminações que resultem de certa concepção moral da vida, de validade geral duvidosa, sustentada pelos que têm o poder de fazer a lei. Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, fruto de larga experiência negativa”¹.

b) Revogação do crime de desacato

Reza o art. 331 do CP

“Art. 331 – Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

Percebe-se da proposta de alteração legislativa em exame, que o legislador acabou por seguir a linha de raciocínio de parcela da doutrina e da jurisprudência, onde se sustenta, em apertada

¹. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense 2003, p. 05.

síntese, que a punição da conduta de desacato é incompatível (1) com a ordem constitucional (2) e com a legislação internacional de que o Brasil faz parte.

Essa postura legislativa parte de premissas equivocadas, data maxima venia.

1 - (In)compatibilidade do crime de desacato com a ordem constitucional:

Quanto à ofensa à ordem constitucional, argumenta-se que se trata de tipificação de caráter autoritário, que visa afinal a impedir – ou ao menos a desencorajar – manifestações contrárias às práticas de agentes estatais. Sustenta-se que, apesar da objetividade jurídica do crime – a manutenção do prestígio da Administração –, os agentes públicos devem estar sujeitos a maior fiscalização e censura e que, por isso, não se pode tolher o direito de crítica, ainda que exacerbada. Criminalizar a conduta fere o princípio da proporcionalidade e ignora postulados próprios do Direito Penal como a intervenção mínima e a lesividade. Não bastasse, em grande parte das situações o agente estatal acaba por fazer ele mesmo uma espécie de “juízo preliminar” da caracterização do crime e toma por ofensa uma manifestação que no geral seria interpretada como crítica, provocando constrangimento contra quem se manifestou.

2 - (In)compatibilidade do crime de desacato com a ordem normativa internacional:

No que concerne à legislação internacional, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto nº 678/92 – garante, no artigo 13, a liberdade de pensamento e expressão, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a legislação de desacato vigente no continente americano contraria os termos da Convenção:

“A ameaça de sofrer punições penais por expressões, sobretudo nos casos em que elas consistissem de opiniões críticas de funcionários ou pessoas públicas, gera um efeito paralisante em quem quer expressar-se, que pode traduzir-se em situações de auto-censura incompatíveis com um sistema democrático. A esta conclusão se chegou pela análise que efetuou a CIDH acerca da compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em um relatório realizado em 1995. A CIDH concluiu que tais leis não eram compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar idéias e opiniões impopulares, reprimindo desse modo o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas. Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se relaciona com a função pública. Ademais, as leis de desacato dissuadem as críticas pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções monetárias. Por estas e outras razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, e instou aos Estados a que as derogassem” (Relatório do relator especial para a liberdade de expressão, Eduardo A Bertoni,

solicitado pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos em cumprimento da Resolução Ag-Res. 1894 (XXXII-O/02). Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3m.htm>).

No julgamento do REsp 1.640.084/SP (DJe 01/02/2017), o STJ chegou a considerar o crime de desacato incompatível com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos:

“Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Quinta Turma, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal. Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”.

É importante alertar que esta tese, veiculada por uma das Turmas do tribunal, foi logo superada, pois a Terceira Seção, no julgamento do HC 379.269/MS (DJe 30/06/2017), concluiu que o desacato continua sendo crime.

Recentemente, o STF também encampou a tese de que a tipificação do desacato permanece hígida, pois o tratamento conferido à liberdade de expressão pela norma de direito internacional não difere daquele disposto na Constituição Federal. O direito não é absoluto, tanto que o ordenamento constitucional tutela a honra e a intimidade, em face das quais a liberdade de manifestação do pensamento sofre limitações e pode ser objeto de punição no caso de abuso:

“O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar sua liberdade de expressão para ofender a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da dignidade de quem a exerce. Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do “status” de funcionário público (civil ou militar). A investidura em função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade. Nesse aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o direito penal pode punir condutas excessivas no exercício da liberdade de expressão” (HC 141.949/DF, j. 13/03/2018).

Em resumo, podemos concluir que a tipificação penal da ofensa contra o funcionário público no exercício de suas funções é uma proteção adicional que não impede a liberdade de

expressão, desde que exercida sem exageros. E afastar a figura criminosa do desacato não traria mudança significativa nos limites do direito de expressão, pois o exagero poderia de qualquer forma ser punido como injúria majorada. Logo, o esforço para discernir a censura do insulto permaneceria. O importante não é afastar a priori a possibilidade de punição do desacato, mas, mantendo a proteção ao exercício da função pública, exercer o controle sobre eventuais abusos desse exercício.

Noutras palavras, compete ao poder público garantir tanto a punição do exagero do direito de crítica à atividade desempenhada pelo funcionário público quanto a punição do abuso na reação do funcionário diante de uma crítica justa proferida pelo cidadão.

III - Conclusão:

Posto isso, a presente NOTA TÉCNICA expressa posicionamento contrário do Ministério Público do Estado de São Paulo em relação aos aspectos penais do Substitutivo aos Projetos de Lei n. 602, de 2015, e n. 1.143, de 2015.

O Direito Penal não deve intervir na prevenção e repressão da “carteirada” (utilizar-se de seu cargo ou função para ter acesso, sem pagamento de ingresso, a locais de diversão pública ou a eventos culturais ou esportivos, sem estar efetivamente em serviço e especificadamente designado para executar diligências no local do evento), mas deve continuar punindo o desacato, tipificado no art. 331 do CP.

2- Não realização da audiência de custódia: mera irregularidade

A audiência de custódia se apresenta como cautela que atende, basicamente, à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7. 5), a impor a apresentação do preso a um juiz ou a autoridade que exerça função assemelhada, legalmente constituída. No mesmo sentido, o art. 9, 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de Nova York.

A matéria ainda não recebeu tratamento legal, conquanto esteja em trâmite, no Congresso, projeto de lei que a regulamenta. Por ora, vem prevista na Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça e em normas internas de tribunais. Assegura-se prévia entrevista entre o preso com seu advogado ou, à falta deste, com um defensor público. Após formular perguntas de cunho pessoal, referentes à “qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão”, sem adentrar o mérito dos fatos em si, é concedida a palavra ao Ministério Público e à defesa.

A audiência de custódia (ou de apresentação), como se nota, tem dupla finalidade: de proteção, a fim de tutelar a integridade física do preso, e de constatação, aquilatando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de ser mantida a prisão do autuado. Nos termos da Resolução 213/2015 do CNJ, o dever de apresentação de toda pessoa presa abrange o flagrante (art. 1º) e outras prisões, como temporária, preventiva ou definitiva (art. 13). Pensamos, porém, que a audiência no caso de cumprimento de mandado de prisão temporária, preventiva ou definitiva somente se justifica para assegurar a integridade do preso, não havendo espaço para o magistrado aquilatar o mérito da clausura, ou seja, se devida ou não a prisão.

Os textos internacionais acima referidos não estabelecem um prazo determinado para a realização da audiência de custódia. Utilizando expressões abertas, indicam, contudo, imediatidade. No Brasil, a Resolução 213 do CNJ estabelece um prazo de 24h da comunicação do flagrante (art. 1o.) ou das outras modalidades de prisão (art. 13). No que diz respeito ao flagrante, a mesma Resolução, no §1o. do art. 1o., anuncia que a sua comunicação à autoridade judicial se dará por meio do encaminhamento do respectivo auto de prisão. Com isso concluímos que, primeiro, a autoridade policial finaliza a autuação em flagrante do conduzido (que deverá ocorrer, segundo nossa legislação, em até 24h), e, depois, em até 24h, apresentar o preso ao juiz competente.

A não realização da audiência vem sendo encarada pelos Tribunais como mera irregularidade, não invalidando o flagrante. Nesse sentido:

STJ:

I - Quanto à não realização da audiência de custódia, convém esclarecer que, com o decreto da prisão preventiva, a alegação de nulidade fica superada. Isso porque a posterior conversão do flagrante em prisão preventiva constitui novo título a justificar a privação da liberdade, restando superada a alegação de nulidade decorrente da ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem (**HC 363.278/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016**).

II - É pacífico nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que a pretensão de se reconhecer a nulidade do flagrante, por ausência da audiência de custódia, resta superada quando superveniente novo título a embasar a custódia processual do detido, qual seja, o decreto preventivo (**HC 417.133/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 28/05/2018**).

III - Presentes os requisitos da prisão preventiva e observadas as garantias individuais, a não realização da audiência de custódia não importa, por si só, em relaxamento da segregação. In casu, a Defesa não apontou qualquer violação concreta às garantias processuais e constitucionais, limitando-se a impugnar a não apresentação do preso ao juiz no prazo previsto. Habeas corpus denegado (**HC 427.879/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 15/05/2018**).

TJ-SP:

HABEAS CORPUS – não realização de audiência de custódia – irregularidade procedimental – tráfico – Presença de pressupostos legais que autorizam a manutenção do paciente no cárcere – Despacho suficientemente fundamentado – Ordem denegada (**HC 21952239520168260000 SP 2195223-95.2016.8.26.0000 -TJ-SP**).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Crimes ambientais. A assinatura do termo de ajustamento de conduta com órgão ambiental não impede a instauração de ação penal.

INFORMATIVO 623 STJ – CORTE ESPECIAL

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Sabido que o cometimento de determinados crimes ambientais pode dar ensejo à instauração de procedimentos simultâneos nas searas criminal e administrativa. Com efeito, o responsável por provocar, por exemplo, poluição mediante lançamento de produtos químicos que contaminem uma nascente será investigado pela prática do crime tipificado no art. 54 da Lei 9.605/98 e, na seara administrativa, responderá a procedimento destinado a fazer cessar o ato de poluição e a reparar os danos causados, sendo que o procedimento administrativo pode tramitar tanto em órgãos públicos estruturados especificamente para lidar com questões ambientais quanto no Ministério Público, em promotorias com atribuições relativas ao meio ambiente.

O princípio que vigora nessas situações é o da independência de instâncias, ou seja, a adoção de providências em determinado âmbito de atuação em regra não tem efeitos impeditivos sobre outros procedimentos. É o mesmo que ocorre nas situações em que um funcionário público comete crime contra a Administração, o que atrai punições criminais, civis e administrativas independentes.

No caso de danos ao meio ambiente, o procedimento criminal se atém, evidentemente, a constatar a ocorrência de uma conduta criminosa e a puni-la adequadamente. Embora possam haver, também nesta seara, medidas despenalizadoras que envolvam a reparação do dano, a natureza essencialmente punitiva da ação penal não se confunde com a do procedimento administrativo, que, a par da punição (por meio de multas), visa sobretudo à cessação e à reparação de danos.

Isto normalmente ocorre – tanto na esfera dos órgãos ambientais quanto na das promotorias de meio ambiente – por meio da assinatura de termo de ajustamento de conduta, que nada mais é do que uma composição na qual o órgão público propõe medidas eficazes para cessar a conduta danosa e para restituir o meio ambiente à situação anterior, e o responsável pelo dano se compromete a promover a reparação e, dali em diante, adequar sua conduta para que não ocorram novos danos.

Nota-se, portanto, que a natureza do termo de ajustamento de conduta impede a produção de efeitos obstativos sobre a ação penal, por meio da qual o órgão acusador persegue a imposição de pena com finalidades de retribuição, de ressocialização e de prevenção geral e especial. Não decorrem, outrossim, da assinatura do termo de ajustamento efeitos supressivos da tipicidade penal.

Com base nisso, o STJ recebeu denúncia na ação penal 888/DF argumentando que a independência de instâncias não admite a interferência do termo de ajustamento de conduta na ação penal, a não ser, no caso de cumprimento do acordo, na dosimetria da pena:

“As Turmas especializadas em matéria penal desta Corte adotam a orientação de que, em razão da independência das instâncias penal e administrativa, a celebração de termo de ajustamento de conduta é incapaz de impedir a persecução penal, repercutindo apenas, em hipótese de condenação, na dosimetria da pena. Nesse sentido, AgRg no AREsp 984.920/BA, Sexta Turma, DJe 31/08/2017; e HC 160.525/RJ, Quinta Turma, DJe 14/03/2013.

Assim, ‘mostra-se irrelevante o fato de o recorrente haver celebrado termo de ajustamento de conduta, [...] razão pela qual o Parquet, dispondo de elementos mínimos para oferecer a denúncia, pode fazê-lo, ainda que as condutas tenham sido objeto de acordo extrajudicial’ (RHC 41.003/PI, Quinta Turma, DJe 03/02/2014).

Desse modo, a assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado entre o denunciado e o Estado do Mato Grosso, representado pela Secretaria de Estado do Meio Ambiente, informada na resposta à acusação, também não impede a instauração da ação penal, pois não elide a tipicidade formal das condutas imputadas ao acusado”.

2-Tema: A condução do interrogatório do réu de forma firme durante o júri não importa, necessariamente, em quebra da imparcialidade do juiz e em influência negativa nos jurados.

INFORMATIVO 625 STJ – SEXTA TURMA

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Na linha da legislação mais moderna, que vislumbra no interrogatório um meio de defesa, o rito do júri estabelece a realização deste ato por último, após a produção das demais provas (testemunhal, oitiva da vítima, se o caso, etc.).

Vale atentar que, no caso do julgamento em plenário do júri, o interrogatório, embora presidido pelo juiz togado, tem como destinatários os jurados, ou seja, enquanto nos procedimentos comuns o interrogatório é importante meio de prova para formação da

convicção do próprio juiz togado (embora seja, também, meio de defesa, o que lhe confere um caráter misto), no júri o ato influencia muito mais os jurados, que, por exemplo, se impressionarão com a confissão do réu feita de viva voz em plenário. Não que essa confissão seja irrelevante para o juiz togado, que a leva em conta quando da dosagem da pena, mas gera seus efeitos de forma mais contundente sobre os juízes leigos.

Principalmente em razão da maior suscetibilidade dos jurados, o interrogatório deve ser conduzido com serenidade, de forma que o juiz não perca, jamais, sua condição de imparcialidade. Deve ser um ato de boa-fé, um instrumento da verdade. Correta a observação de Hélio Tornaghi, para quem “o juiz não é um inquisidor preocupado em sondar as profundezas d’alma do interrogado. Também não é um psicanalista que remexe nos escaninhos do inconsciente. Ele deve se portar, no interrogatório, como o bom professor no exame do aluno: as perguntas hão de ser claras, em seu conteúdo; precisas, em seus contornos; unívocas, isto é, sem ambiguidade. Não deve agir como vilão, armando ciladas para o réu; nem como Javert, perseguindo-o, encurralando-o” (Curso de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 7ª. Ed., 1990, pp. 363-4).

Nem todo ato, no entanto, que saia da plena normalidade é capaz de provocar a nulidade do interrogatório por quebra da imparcialidade do juiz. Com efeito, decidiu o STJ (HC 410.161/PR, j. 17/04/2018) que o fato de o juiz conduzir o interrogatório com firmeza e até com certa rudeza não necessariamente ofende a imparcialidade. Para que se decrete a nulidade, devem se fazer presentes firmes elementos de que a forma da inquirição influenciou negativamente os jurados, dificultando o exercício do contraditório:

“Ora, agir com firmeza e até um tanto de forma rude, não é motivo para imputar à magistrada a pecha da falta de imparcialidade. O juiz não é mero espectador do julgamento e tem, não só o direito, mas o dever (art. 497 do Código de Processo Penal) de conduzi-lo e, ao interrogar a ré, na espécie vertente, não há notícia de que tenha tratado de alguma prova ou emitido qualquer opinião sobre elementos colhidos na instrução ou na própria sessão do Júri, isto, sim, causa plausível de quebra da parcialidade, de modo a influenciar o ânimo dos jurados, tanto que, sequer, houve, por parte da defesa, recurso acerca do mérito da condenação.

Penso que a quebra da imparcialidade tem de estar atrelada a alguma conduta do magistrado que possa desequilibrar a balança do contraditório, ou seja, favorecer, para qualquer dos lados, a atuação das partes”.

3-Tema: Execução penal. É possível a remição do tempo de trabalho realizado antes do início da execução da pena, desde que em data posterior à prática do delito.

INFORMATIVO 625 STJ – SEXTA TURMA

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O exercício do trabalho e do estudo durante o cumprimento da pena é uma das medidas de ressocialização adotadas pela Lei de Execução Penal, incentivada pela possibilidade de remição, que, no caso do trabalho, se dá na proporção de um dia de pena para cada três dias trabalhados e, no caso do estudo, de um dia de pena para cada doze horas de frequência escolar.

Normalmente, a remição é aplicada por trabalho desempenhado durante a própria execução da pena em que se dá o reconhecimento. O STJ não permite, por exemplo, que o condenado se beneficie da remição por trabalho realizado — durante outra prisão — anteriormente à prática do delito referente à pena a ser remida:

“No presente caso, verifica-se que o período trabalhado pelo paciente, e sobre o qual se pretende a remição da pena (28/6/2012 a 8/5/2013), é anterior à data do cometimento do crime de tráfico (9/7/2013), cuja pena está sendo executada, razão pela qual não é possível a remição pretendida, tal qual ocorre com a detração, sob pena de criação de um crédito em favor do paciente contra a Justiça Criminal”.

Segue-se, com isso, a mesma lógica imposta sobre a detração: embora seja admissível o cômputo do tempo de prisão provisória ocorrida em outro processo, o crime no qual se aplica a detração deve ter sido cometido antes daquele que a enseja, evitando-se com isso que se crie uma espécie de conta-corrente em que o agente dispõe de desconto da pena para o cometimento de crimes no futuro, o que, em última análise, incentiva a delinquência (STJ: HC 422.310/DF, j. 19/04/2018).

Por outro lado, se a mesma lógica é seguida para a remição, o STJ admite que o condenado tenha a pena remida por trabalho realizado durante prisão anterior à execução penal na qual se dá o desconto, desde tenha sido desempenhado em momento posterior à prática do crime que tem execução em curso, pois, caso o trabalho tenha sido exercido antes deste crime, tem-se a mesma situação de incentivo à criminalidade: o agente já terá dias remidos caso cometa um crime no futuro:

“No caso denota-se que o trabalho em questão foi realizado em momento posterior à prática de um dos delitos cuja condenação se executa, de modo que, nesta hipótese, ainda que anterior ao início da execução, é possível a remição da pena pelo trabalho relativamente ao

delito praticado anteriormente. Embora haja a possibilidade de o condenado remir o tempo de cumprimento da reprimenda pelo exercício do trabalho, como forma de implementar o objetivo ressocializador da pena, integrando-o, gradativamente, ao convívio social, a concessão de benefícios não pode favorecer o estímulo à prática de novas infrações penais. Por isso, entende-se não ser possível a detração ou a remição em processo distinto, dos dias trabalhados durante a execução de pena já extinta. O que se pretende evitar é o estímulo à prática de novos delitos, ou seja, que, em razão de eventual “crédito” já constante em seu favor, o apenado cometa uma nova infração, sobre a qual pretenderia eventual abatimento em razão do trabalho já realizado, o que, com efeito, não pode ser admitido. Todavia, observa-se que, não se trata de fato praticado após o trabalho realizado pelo apenado, mas de delito anterior ao labor, de modo que não há falar em estímulo ou em “crédito”, pois a infração já havia sido praticada. Por essa razão, não se verifica similitude entre as hipóteses de vedação de incidência do instituto da remição, devendo, nesse contexto, ser dado o mesmo tratamento utilizado para a detração” (HC 420.257/RS, j. 19/04/2018).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

4 de junho de 2018

1- Ministro decide em HCs de presos em operação que investiga remessa de recursos ao exterior

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Rejeitado HC impetrado em favor de bolivianos condenados por tráfico de drogas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Mantida execução provisória da pena imposta a ex-prefeito de município alagoano

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Ministro autoriza envio de celular apreendido de Eduardo Cunha ao juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 2ª Turma nega recurso contra condenação do ex-médico Roger Abdelmassih

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- 2ª Turma: empate suspende julgamento de inquérito contra senador José Agripino Maia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5 de junho de 2018

7 - 2ª Turma: empate suspende julgamento de inquérito contra senador José Agripino Maia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8 - 2ª Turma nega recurso contra condenação do ex-médico Roger Abdelmassih

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6 de junho de 2018

9 - Programa Via Legal mostra condenação de médico que cobrava por cirurgia bariátrica de pacientes do SUS

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

5 de junho de 2018

Comissão presidida pelo ministro Campbell convoca audiência pública para debater reforma da Lei de Improbidade

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6 de junho de 2018

Instrução de ações penais vai prosseguir até que tribunal decida sobre restrição do foro privilegiado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7 de junho de 2018

Provedor é obrigado a identificar autor de ato ilícito mesmo antes do Marco Civil da Internet

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8 de junho de 2018

Jurisprudência em Teses aborda provas no processo penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Negado pedido de liberdade de prefeito e vice acusados de desviar R\$ 17 milhões

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 007

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Nota técnica do CAOCrim ao SUBSTITUTIVO dos PL 1258/15.

I - Relatório:

Cuida-se de Substitutivo ao Projeto de Lei n. 1258, de 2015, que acresce parágrafo único ao art. 123 do Código Penal, bem como acrescenta o art. 123-A a este diploma legal.

II - Análise:

O art. 123 do Código Penal, no citado projeto, passa a vigorar acrescido do parágrafo único, coexistindo, ainda, com novel art. 123-A, conforme tabela abaixo:

Código Penal	Substitutivo ao PL 1258/15
Infanticídio Art. 123 – Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos.	Infanticídio Art. 123 – Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena – detenção, de dois a seis anos.
	Parágrafo único. O terceiro que pratica atos de execução do crime previsto no caput responderá pelas penas do crime descrito no art. 121 deste Código.
	Induzimento, instigação ou auxílio ao infanticídio Art. 123-A –Induzir ou instigar a mãe a matar o próprio filho ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena – reclusão, de dois a seis anos, se o infanticídio se consuma; ou de reclusão de um a três anos, se da tentativa de infanticídio resulta lesão corporal de natureza grave.

A iniciativa parlamentar, certamente, busca eliminar discussão presente na doutrina e jurisprudência pátrias, envolvendo concurso de pessoas no delito de infanticídio, bem como a questão da (in)comunicabilidade da elementar “sob influência do estado puerperal”.

Vejamos.

O crime de art. 123 do Código Penal – *infanticídio* – exige qualidade/condição especial do agente. Somente a mãe (parturiente), sob influência do estado puerperal, pode ser sujeito ativo.

Mesmo diante desse quadro peculiar, a maioria da doutrina reconhece possível o concurso de agentes, nas modalidades *coautoria e participação*, fundada no art. 30 do CP. Coexecutores e partícipes respondem, na medida de sua culpabilidade, nas penas do art. 123 do Código Penal (reclusão, de 2 a 6 anos).

Outra corrente, contudo, discorda, argumentando que o estado puerperal é, na verdade, condição personalíssima, não abrangida pela descrição do referido artigo. Para os adeptos desta corrente, quem colabora com a morte do nascente ou neonato pratica homicídio (art. 121 do Código Penal). NÉLSON HUNGRIA, um dos precursores dessa tese, numa das últimas edições da sua obra, **abandonou tal ensinamento, reconhecendo a comunicabilidade da elementar, tal como redigida pelo Código Penal, art. 30.**

Adotando a primeira corrente, MAGALHÃES NORONHA era enfático:

“Não há dúvida de que o estado puerperal é *circunstância* (isto é, estado, condição, particularidade etc.) *peçoal* e que, sendo elementar do delito, comunica-se, *ex vi* do art. 30, aos copartícipes. Só mediante texto expreso tal regra poderia ser derogada.”¹.

Eis a finalidade do PL em estudo. O legislador quer impedir a comunicabilidade da elementar psicológica do infanticídio. Coautores e partícipes passam, de acordo com a nova proposta, a responder por outro crime.

O coautor terá sua conduta ajustada ao crime do art. 121, exceção pluralista à teoria monista do art. 29 do Código.

¹. *Direito penal*, v. 2, p. 49.

Já para o partícipe, cria-se exceção dualista, subsumindo sua conduta acessória ao disposto no art. 123-A do Código Penal, punida com reclusão, de dois a seis anos, se o infanticídio se consuma, ou de reclusão de um a três anos, se da tentativa de infanticídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Quando consumado o crime, o tratamento para o partícipe segue as mesmas consequências da ordem atual. **Contudo, quando tentado, surgem incongruências sérias.** A executora, no crime que não se consuma por circunstâncias alheias à sua vontade, será punida com 2 a 6 anos de reclusão, pena reduzida de 1/3 a 2/3, como determinado no art. 14, parágrafo único, do Código Penal. O partícipe, por sua vez – e de acordo com o projeto - sofrerá a pena de 1 a 3 anos, se a lesão for grave.

Ora, não existe motivo justo e razoável para o tratamento desigual. Aliás, alertamos que, no caso de lesão leve na vítima (nascente ou neonato), o partícipe, nos termos da proposta legislativa, sequer será punido, mas somente a gestante. Mais um tratamento desigual sem razoabilidade.

III - Conclusão:

Posto isso, a presente **NOTA TÉCNICA** expressa posicionamento contrário do Ministério Público do Estado de São Paulo em relação ao novo tipo do art. 123-A, por violar princípios constitucionais, notadamente, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Remição ficta e omissão do Estado

INFORMATIVO 904 STF – PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem de “habeas corpus” em que se discutia a possibilidade de remição ficta da pena, na hipótese em que o Estado não proporciona atividade laboral ou educacional aos internos do sistema penitenciário a fim de obterem a remição da pena (Informativo [902](#)).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Dentre as finalidades da pena, talvez a de maior relevância atualmente seja a ressocialização, em nome da qual são adotadas, durante a execução, medidas para que o condenado se reinsira gradativamente no meio social e não volte a cometer delitos. Tanto que o art. 1º da Lei nº 7.210/84 dispõe que um dos objetivos da execução, para além de efetivar as disposições da sentença, é o de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

As principais medidas que podem viabilizar a ressocialização são o trabalho e o estudo desenvolvidos no período de cárcere. O trabalho, aliás, constitui dever do condenado (art. 39, V), e sua recusa em desempenhá-lo pode acarretar punição por falta grave (art. 50, VI). O estudo, por outro lado, está inserido na disciplina da assistência educacional (arts. 17 a 21-A).

Sabemos, no entanto, que o sistema carcerário é precariamente estruturado. Grande parte dos estabelecimentos prisionais não são dotados de meios que proporcionem aos presos o cumprimento do dever e o exercício do direito de trabalhar, o que conseqüentemente os impede de obter na pena o desconto de que trata o art. 126 da Lei de Execução Penal.

Essa situação tem levado condenados a buscar nos tribunais o reconhecimento da remição independentemente da efetiva realização do trabalho (é a denominada remição ficta). Argumenta-se que a omissão estatal não pode servir como óbice para o exercício de um direito nem para obtenção de um benefício legalmente garantido.

Os tribunais superiores, contudo, não têm acatado pretensões dessa natureza.

O STJ tem decisões nas quais destaca que embora o trabalho possa acarretar a remição da pena, seu exercício tem sobretudo a finalidade de ressocializar o detento. Logo, reconhecer o benefício sem o respectivo exercício da atividade laborativa acaba por desvirtuar o instituto:

“A despeito da relevância dos fundamentos esposados pelo Juízo da Execução, não há como se admitir o deferimento de remição ficta a apenados tão somente em razão das condições precárias verificadas nos respectivos presídios, porquanto referido benefício é de ser concedido, consoante se denota do art. 126 da Lei de Execução Penal, aos reeducandos os quais demonstrarem efetiva dedicação a trabalho ou estudo, o que tem sido inclusive flexibilizado por esta Corte, a fim de se assegurar o objetivo ressocializador da pena.

(...)

Nos autos do HC n. 415.068/MG, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma, ao apreciar caso análogo ao presente, entendeu que o deferimento da remição pressupõe a necessidade de efetiva participação do reeducando em processo de ressocialização.

Assinalou o voto condutor do acórdão naquela ocasião que a suposta omissão estatal em propiciar ao apenado padrões mínimos previstos no ordenamento jurídico não pode ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador, bem como que a indenização de presos em situação degradante não deve ser feita por meio de um instituto criado para servir de contrapartida ao efetivo trabalho ou estudo do reeducando, em um contexto de ressocialização de disciplina e de merecimento” (HC 425.155/MG, j. 06/03/2018).

Note-se que o STJ já decidiu até mesmo que a culpa do Estado na falha fiscalização do cumprimento da carga horária de trabalho não afasta a necessidade de demonstrar que os requisitos para a remição foram cumpridos (AgRg no HC 351.918/SC, j. 09/08/2016). Tem mais razão, portanto, o afastamento da remição por trabalho assumidamente não realizado.

Na decisão do HC 124.520/RO (j. em 29/05/2018), o STF encampou, por maioria, a tese de que a remição ficta é inadmissível.

O min. Marco Aurélio (acompanhado pela min. Rosa Weber) votou pela concessão da ordem argumentando que a remição ficta serviria como uma espécie de indenização decorrente da omissão estatal em proporcionar aos presos a oportunidade de trabalho.

O min. Luís Roberto Barroso divergiu – e foi acompanhado pelos demais membros da Turma – afirmando que não obstante a gravidade da omissão estatal, reconhecer o direito de remição simplesmente em razão da impossibilidade de exercício do trabalho faria com que virtualmente todos os presos tivessem a oportunidade de descontar da pena a cumprir dias nos quais não desempenharam nenhuma atividade. Isto traria imensos impactos na política carcerária e substituiria o próprio Executivo no planejamento e no estabelecimento das diretrizes do setor.

O min. Alexandre de Moraes complementou afirmando que, de fato, a remição pelo trabalho exige o desempenho de alguma atividade, que, naquele caso concreto, por certo período de nenhuma forma poderia ter sido desempenhada porque o preso havia permanecido em regime disciplinar diferenciado, sanção decorrente do cometimento de falta grave que impedia o exercício da atividade laboral.

2-Tema: Condução coercitiva para interrogatório e recepção pela Constituição Federal de 1988

INFORMATIVO 905 STF – SEGUNDA TURMA

O Plenário julgou as ADPFs 345 e 444 nas quais se discute a legitimidade de decisões judiciais que determinam a condução coercitiva de investigados ou réus para serem interrogados em procedimentos criminais, na forma do art. 260⁽¹⁾ do Código de Processo Penal (CPP).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No processo penal, uma das medidas de que se pode fazer uso é a condução coercitiva, que ocorre quando o investigado, o acusado, a testemunha ou mesmo a vítima são compulsoriamente levados à presença da autoridade policial ou judicial para que tomem parte em determinado ato que deve se desenvolver no inquérito policial ou na ação penal.

Do rol dos que podem ser conduzidos sob vara, certamente os que despertam maior controvérsia são os investigados e os acusados. Isto porque ao contrário, por exemplo, de uma testemunha, que é obrigada a depor – e a dizer a verdade –, ao agente investigado ou acusado por um crime se aplica a máxima de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), do que decorre o direito ao silêncio. Dessa forma, a não ser em casos nos quais a presença do agente seja realmente imprescindível – como no reconhecimento pessoal, por exemplo –, argumenta-se que a condução coercitiva para interrogatório ofende a mencionada garantia. O não atendimento de intimação para interrogatório acha-se inserido no direito de não se autoincriminar.

E, com efeito, se o agente pode negar-se a responder a qualquer pergunta quando interrogado, sendo que esse silêncio “não importará em confissão” e “não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (art. 186, parágrafo único do CPP); se se reconhece mesmo o direito de mentir, desde que não se configurem os crimes de denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime ou de contravenção; enfim, se pode o réu preferir não ser interrogado, que sentido faz sua condução sob vara para que compareça... para ser interrogado?

O debate se intensifica diante de conduções coercitivas ultimamente determinadas em operações investigatórias de grande dimensão, nas quais os juízes, interpretando extensivamente o disposto no art. 260 do CPP, e com base no poder geral de cautela, expedem mandados para que investigados sejam conduzidos de forma compulsória independentemente de prévia intimação. A justificativa para essas medidas de condução coercitiva reside na viabilidade da investigação, pois na medida em que diversos investigados sejam conduzidos ao mesmo tempo, evitam-se a combinação de versões a respeito dos fatos apurados e a destruição de provas.

Nessa esteira, ajuizaram-se no STF duas arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs 395 e 444) para que se declarasse a não recepção, pela Constituição Federal, do art. 260 do CPP. Na ADPF 395, a condução coercitiva para interrogatório era atacada tanto na investigação quanto na instrução criminal e se pleiteava a declaração da inconstitucionalidade da medida como cautelar autônoma concedida para a inquirição de suspeitos, indiciados ou acusados. Já a ADPF 444 buscava a declaração de inconstitucionalidade apenas da condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação policial. E, subsidiariamente, pedia-se que se declarasse inconstitucional a interpretação extensiva para a aplicação da condução coercitiva em situações que extrapolam os estritos termos do art. 260 do CPP.

O ministro Gilmar Mendes, relator das ações, deferiu em 18/12/2017 medida liminar (com fundamento no art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99 – caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave) “para vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Segundo o ministro, justificava-se a medida liminar diante do grande número de conduções coercitivas determinadas no curso de investigações policiais e da relevante restrição a direito individual que o procedimento representa.

Em seu voto sobre o mérito das arguições, o ministro reiterou a fundamentação da medida liminar e decidiu que a condução coercitiva para interrogatório é incompatível com a Constituição Federal. Em síntese, afirmou que a forma como têm se dado as conduções constitui indevida restrição da liberdade de locomoção – pois força o investigado a comparecer em um ato ao qual não está obrigado – e violação da presunção de não culpabilidade, tendo em vista que o investigado surpreendido por uma ordem de condução sem nenhuma intimação prévia é claramente tratado como culpado. Fez também referência à violação do princípio da não autoincriminação, do direito de defesa – pois a condução-surpresa pode restringir o acesso à assistência de advogado – e do princípio da dignidade da pessoa humana. E, ainda que fosse considerada viável a condução para interrogatório, seria

imprescindível a estrita observância do art. 260 do CPP, que pressupõe o descumprimento de prévia intimação.

O relator foi seguido pela ministra Rosa Weber, que excluiu expressamente do âmbito da decisão as conduções coercitivas relativas à qualificação e ao reconhecimento de investigados.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, não julgou o dispositivo legal incompatível com a Constituição Federal, mas impôs critérios para que as conduções coercitivas sejam determinadas: a prévia intimação descumprida e as garantias ao silêncio e à assistência de advogado.

O ministro Fachin votou no sentido de que condução coercitiva não é incompatível com a ordem constitucional, mas só pode ser determinada se cumpridos os termos do art. 260 do CPP – intimação prévia e seu descumprimento – ou para evitar a imposição de medidas como as prisões cautelares – neste caso, a condução pode se dar independentemente de prévia intimação. Também votou desta forma o ministro Luís Roberto Barroso.

Para o ministro Luiz Fux, a condução coercitiva é constitucional, tanto na forma do art. 260 do CPP quanto na decorrente do poder geral de cautela. Fazendo referência a diversas decisões emanadas de cortes dos Estados Unidos – onde o direito ao silêncio é garantido pela 5ª emenda há mais de dois séculos –, o ministro afirmou que o direito de o investigado não produzir provas contra si não abarca a possibilidade de destruição de provas. O Estado tem o direito fundamental de fazer valer o sistema penal evitando que investigados criem estratégias para se furtar à aplicação da lei. Na sua visão, assegurados os direitos ao silêncio, à presença de advogado e à integridade física e psíquica, a condução coercitiva pode ser decretada com fundamento semelhante àqueles estabelecidos no art. 319 do CPP para medidas cautelares diversas da prisão. Afinal, se pode o juiz proibir ou acesso ou a frequência a determinados lugares, ou mesmo a manutenção de contato do agente com pessoa determinada porque essas restrições podem evitar embaraços para a investigação e para a ação penal, não há razão para considerar indevida uma medida até menos drástica – pois momentânea – que serve ao mesmo propósito.

O ministro Dias Toffoli, por outro lado, acompanhou o relator pela procedência das arguições afirmando que o juiz criminal está estritamente vinculado às hipóteses legais de restrição da liberdade, razão pela qual não pode determinar medida cautelar restritiva do direito de ir e vir que não esteja expressa na lei instrumental. Para o ministro, portanto, o art. 260 do CPP não pode ser interpretado extensivamente para que se determine, com base no poder geral de cautela, a condução forçada do investigado à presença da autoridade, ainda que sob o

pretexto de preservar provas ou até mesmo de não decretar medidas mais graves como a prisão cautelar.

Na mesma linha seguiu o ministro Ricardo Lewandowski, para quem, no processo penal, não há medidas cautelares inominadas nem tem o juiz poder geral de cautela, inclusive porque o processo é instrumento limitador do poder estatal – não o contrário –, que deve ser pautado pela estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade dos atos. Afirmou ainda que, mesmo no caso de prévia intimação não atendida, não parece razoável conduzir coercitivamente o investigado, que tem direito ao silêncio e cuja ausência deve ser interpretada como exercício desse direito.

Também não destoou destas conclusões o ministro Marco Aurélio, que iniciou o voto afirmando que a interpretação é um ato de vontade, mas sempre vinculado à lei. Não é possível, só por se tratar de um ato de vontade, estabelecer critérios interpretativos de oportunidade, por melhores que sejam os objetivos, pois, em Direito, o meio justifica os fins, não o contrário.

A partir do raciocínio de que a condução coercitiva é uma forma de prisão – pois caracteriza cerceamento da liberdade de ir e vir, ainda que momentaneamente –, o ministro a considerou incompatível com a Constituição Federal. Para ele, a medida é ineficaz para os fins declarados – já que o investigado tem o direito de não se pronunciar –, confrontando-se com outras medidas restritivas de liberdade, como as prisões temporária e preventiva, que exigem situações concretas, escancaradas para fundamentar a restrição da liberdade e que têm requisitos específicos que justificam o ato gravoso a direitos fundamentais. Por estas razões, considerou que a condução forçada para interrogatório não foi recepcionada pela Constituição Federal.

O ministro Celso de Mello afirmou que o processo penal é uma garantia instrumental do cidadão – que deve ter assegurados os meios e recursos de defesa –, e por isso mesmo não pode converter-se em instrumento de arbítrio estatal. A condução coercitiva não se esgota em si, objetiva fins estabelecidos pela legislação, e, no caso de investigados ou acusados, é feita para viabilizar o interrogatório. Ocorre que tais agentes não são simples objetos de investigação ou processo, são sujeitos de direitos que podem se manter em silêncio; não podem ser tratados como culpados; e podem se recusar a participar – ativa ou passivamente – de procedimentos que eventualmente lhes acarretem prejuízo. Não são obrigados, enfim, a cooperar com a apuração de fatos criminosos.

Se é assim, não se justifica a imposição de medida que compele o indivíduo a comparecer em um ato no qual não está obrigado a tomar parte. Assim como Marco Aurélio, observou que a condução coercitiva é uma espécie de restrição de liberdade – com natureza jurídica de

cautelar de coação pessoal – e lembrou lição de Hélio Tornaghi no sentido de que o sujeito submetido ao procedimento fica em estado de apreensão, sob vigilância da autoridade, até que o ato para o qual foi conduzido seja declarado finalizado.

Concluiu o ministro, dessa forma, que a condução coercitiva para interrogatório (excluída, portanto, aquela promovida para reconhecimento ou para qualificação criminal) é incompatível com a Constituição, pois fere o direito à não autoincriminação (da qual o direito ao silêncio é apenas uma das projeções) e a presunção de inocência.

Por fim, a ministra Cármen Lúcia considerou o art. 260 do CPP compatível com a Constituição Federal. Abusos eventualmente cometidos por descumprimento dos termos da lei instrumental devem ser resolvidos de acordo com a legislação, mas não podem impedir a vigência do procedimento da condução coercitiva. O Estado deve ter a seu dispor as medidas adequadas para lidar com fatos criminosos, com a óbvia condição de que a implementação observe os postulados constitucionais que asseguram liberdades individuais como o direito ao silêncio.

A ministra acompanhou, no mais, o voto de Edson Fachin para estabelecer a necessidade de intimação prévia desatendida e também para admitir a determinação de condução coercitiva para evitar a imposição de medidas mais graves.

Tem-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, procedentes as arguições de descumprimento de preceito fundamental para pronunciar a não recepção, pela ordem constitucional, da condução coercitiva para interrogatório, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal da autoridade e da invalidação das provas obtidas por meio do ato ilegal, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Consignou-se que a decisão não atinge interrogatórios realizados sob condução coercitiva até a data do julgamento, ou seja, não devem ser decretadas nulidades de atos praticados antes do pronunciamento do tribunal.

DIREITO PENAL:

1 - Tema: Homicídio na direção de veículo automotor e competência do tribunal do júri

INFORMATIVO 904 STF – PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, por maioria, denegou a ordem de “habeas corpus” em que se pleiteava a reforma da decisão que reconheceu a ocorrência de dolo eventual em relação a homicídio cometido por motorista embriagado na direção de veículo automotor, firmada a competência do tribunal do júri.

O impetrante apontava equívoco no enquadramento legal realizado na origem. Pleiteava a desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 302⁽¹⁾ do Código de Trânsito Brasileiro.

O Colegiado considerou legítima a tipificação da conduta como crime doloso, de competência do tribunal do júri, ante o reconhecimento da evolução jurisprudencial na análise do que vem a ser dolo eventual e culpa consciente.

No caso, verifica-se a existência de dolo eventual no ato de dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, além de fazê-lo na contramão. Esse é, portanto, um caso específico que evidencia a diferença entre a culpa consciente e o dolo eventual. O condutor assumiu o risco ou, no mínimo, não se preocupou com o risco de, eventualmente, causar lesões ou mesmo a morte de outrem.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

De fato, a embriaguez ao volante com morte pode caracterizar dolo eventual (art. 121 do CP) ou culpa consciente (art. 302 do CTB), a depender das circunstâncias do caso concreto. Assim já vinha decidindo o STF:

(...)A imputação de homicídio doloso na direção de veículo automotor supõe a presença de evidências da assunção do resultado danoso por parte do agente. A especial dificuldade na tipificação desses delitos se deve aos estreitos limites conceituais que interligam os institutos do dolo eventual e da culpa consciente. 2. No caso, tanto a inicial acusatória quanto o recebimento da denúncia demonstram que a imputação criminosa atribuída ao paciente não resultou de aplicação indiscriminada do dolo eventual, conferindo-lhe inadequada elasticidade, mas decorreu das circunstâncias especiais do caso, notadamente a aparente indiferença para com o resultado lesivo (STF - HC 127.774/MS, j. 01/12/2015, 2ª Turma)

Nesses casos, como lidar com a não rara divergência entre o exame clínico e o exame de teor alcoólico, isto é, aquele (exame clínico) indica embriaguez, mas este (alcoólico) não atinge o valor mínimo para configurar o crime do art. 306 do CTB?

No caso do homicídio em que se imputa o dolo eventual por embriaguez, essas questões específicas da prova relativa à ingestão de álcool do art. 306 não têm a mesma relevância. Não é preciso demonstrar a embriaguez conforme os aspectos técnicos inerentes ao crime de trânsito. No caso do homicídio, o exame clínico e as testemunhas podem ter mais relevância do que o teste de teor alcoólico. Se, por exemplo, um exame de sangue acusa 2 decigramas de álcool/l sangue – o que afastaria o crime do 306 – mas o exame clínico relata sinais evidentes de embriaguez – afinal, o álcool tem efeitos diversos dependendo do organismo de cada pessoa –, e isso é corroborado por outras provas, não há problema em sustentar a embriaguez como um dos fatores do dolo eventual. Nesse caso, a presença da alteração psicomotora pode prevalecer sobre o exame de teor alcoólico, servindo de argumento para o MP.

2-Tema: Legitimidade ativa do Ministério Público e crime de estupro em lesão corporal

INFORMATIVO 905 STF – SEGUNDA TURMA

Trata-se de recurso ordinário em “habeas corpus”, interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, em que se discute a nulidade do processo por ilegitimidade do Ministério Público (MP) para propor ação penal nos casos de crime de estupro sem lesão corporal [art. 213⁽¹⁾, Código Penal].

A defesa alegou que, de acordo com o Enunciado 608⁽²⁾ da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a violência real praticada no crime de estupro estaria vinculada à existência de lesão corporal, a qual não ficou comprovada no exame de corpo de delito. O MP não teria, assim, legitimidade para ajuizar a ação penal, pois, nos crimes contra a liberdade sexual sem violência real, a ação penal pública está condicionada à representação. O processo seria, portanto, nulo desde o início.

Com base nas especificidades do caso, a Segunda Turma negou provimento ao recurso.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Antes da Lei 12.015/2009, a ação penal nos crimes sexuais era em regra de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o caput do art. 225 do CP. Havia, no entanto, exceções:

a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador; se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte; se o crime de estupro (ou de atentado violento ao pudor) fosse praticado mediante o emprego de violência real (súmula 608 do STF).

A entrada em vigor da Lei 12.015/09 modificou o cenário ao estabelecer que a ação penal passaria a ser em regra pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima fosse menor de dezoito anos ou pessoa vulnerável.

Diante da modificação da natureza da ação penal – que passou de privada para pública –, alguns questionavam a aplicabilidade da súmula neste novo cenário. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, as disposições da súmula, que apenas reforçam o disposto no art. 101 do CP a respeito da ação penal nos crimes complexos, continuam aplicáveis exatamente por esse motivo:

“No crime de estupro qualificado pelo resultado morte da vítima ou lesão grave, a ação penal é, inegavelmente, pública incondicionada, segundo a norma especial contida no art. 101 do Código Penal. Esse dispositivo legal, ao contrário do que se tem entendido, não consagra uma norma geral, pois sua razão de ser são exatamente as exceções quanto à natureza da ação penal pública incondicionada (regra geral), as quais se encontram na Parte Especial do Código Penal. Aliás, quanto à hipótese de estupro com resultado morte da vítima ou lesão grave, convém que se destaque, não houve alteração alguma, continua como sempre foi, ou seja, crime de ação pública incondicionada.

(...)

A previsão legal relativa ao crime complexo (art. 101), como estamos sustentando, não só é especial como também específica, uma vez que se destina a todos os crimes complexos distribuídos pelo Código Penal, independentemente do capítulo em que se encontrem. Na realidade, as previsões sobre a ação penal constantes do art. 225 e seu parágrafo único fazem parte, como uma subespécie (complementar), daquela regra geral, segundo a qual a natureza da ação penal, quando não for incondicionada, deve vir expressa em lei; nesse sentido, a previsão casuística sobre a iniciativa da ação penal (v.g., arts. 145, 225 etc.) constitui norma geral complementar para esses crimes sexuais. Não teria sentido o afastamento do conteúdo do art. 101 por previsões sobre a natureza da ação penal, as quais, em razão do princípio da excepcionalidade, devem ser sempre expressas. Em outros termos, interpretação em sentido

contrário esvaziaria a finalidade da previsão do art. 101, que poderia, inclusive, ser suprimido do Código Penal por absoluta inutilidade.

Com efeito, se não houvesse tais previsões, seria desnecessária a definição contida no referido artigo, pois, na ausência de menção expressa, a ação penal seria sempre pública incondicionada (art. 100). Em outras palavras, o conteúdo do art. 101 do Código Penal destinava-se especificamente àquelas infrações penais cuja persecutio criminis depende da iniciativa do ofendido, na medida em que as outras dele não necessitam: são de ação pública incondicionada”.

Na decisão proferida no julgamento do HC 125.360/RJ (j. 27/02/2018), o STF confirmou a plena eficácia da súmula: “No caso, a denúncia do paciente foi realizada em 2012, quando já estava em vigor a Lei 12.015/2009, que alterou o disposto no art. 225 do Código Penal (2), e mais de cinco anos após a ocorrência do delito. A Turma asseverou que as instâncias ordinárias concluíram que o crime foi praticado mediante violência real. Incide, portanto, o Enunciado 608 da Súmula do STF (3), mesmo após o advento da Lei 12.015/2009. Com efeito, rejeitou a alegação de decadência ao fundamento de que a ação penal é pública incondicionada, na linha do que decidido no HC 102.683/RS (DJe de 7.2.2011)”.

3-Tema: Roubo com emprego de arma branca: abolição da majorante de pena

INFORMATIVO 626 STJ – SEXTA TURMA

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei 13.654/18 introduziu diversas modificações nos delitos de furto e de roubo. Neste último, uma das novidades é a revogação do inciso I do § 2º do art. 157.

O dispositivo revogado aumentava de um terço até a metade a pena do roubo se a violência e a ameaça fossem exercidas com emprego de arma. Embora pudesse gerar alguma controvérsia, o substantivo arma era interpretado extensivamente para compreender também os objetos confeccionados sem finalidade bélica, porém capazes de intimidar, ferir o próximo, como facas de cozinha, navalhas, foices, tesouras, pedras, etc.

A mesma lei inseriu no art. 157 o § 2º-A, que, no inciso I, majora a pena se a violência e a ameaça são exercidas com emprego de arma de fogo. Tem-se, portanto, a exclusão da majorante no caso de objetos que, embora possam ser utilizados para intimidar, não foram concebidos com esta finalidade.

A novidade normativa é benéfica, pois afasta a punição mais severa antes imposta, ou seja, deve retroagir para retirar a majorante relativa a todos os roubos cometidos com objetos outros que não armas de fogo. Foi o que decidiu o STJ quando julgava o REsp 1.519.860/RJ (j. 17/05/2018), no qual se buscava, originalmente, o reajuste da pena aplicada em primeira instância, que havia erroneamente desconsiderado a consumação da subtração cometida com emprego de uma faca:

“A atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/2018, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que ‘(...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil’, de acordo com o art. 3º, XIII, do Decreto n. 3.665/2000”.

Alertamos, contudo, que nesse julgado, por falta de provocação das partes, não foi enfrentada a tese da inconstitucionalidade formal da exclusão da majorante do emprego de arma, ainda pendente de manifestação dos Tribunais Superiores.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

14 de junho de 2018

[Condução coercitiva na pauta de julgamentos do STF para esta quinta-feira \(14\)](#)

[Relator afasta devolução de verbas recebidas de boa-fé por servidores do TJDFT](#)

13 de junho de 2018

[Íntegra do voto do decano no julgamento que recebeu denúncia contra o senador José Agripino](#)

12 de junho de 2018

[2ª Turma absolve deputado Wladimir Costa da acusação de desvio de salários de secretários parlamentares](#)

[1ª Turma remete à primeira instância inquérito contra senador Blairo Maggi](#)

[2ª Turma recebe denúncia contra senador Agripino Maia \(DEM-RN\)](#)

[Suspensa julgamento de inquérito aberto para apurar abusos no uso de algemas em Sérgio Cabral](#)

11 de junho de 2018

[Liminar assegura à deputada distrital Sandra Faraj acesso aos autos de inquérito que tramita no TJDFT](#)

[Ministro nega pedido de suspensão do trâmite da ação penal contra Fernando Pimentel no STJ](#)

Notícias STJ

14 de junho de 2018

[Defensoria Pública pode representar vítima e réu na mesma ação penal](#)

13 de junho de 2018

[Ministro Schietti lança manual sobre fundamentação de decisões em direito criminal](#)

[Quinta Turma afasta princípio da insignificância na apreensão de uma dúzia de camarões](#)

12 de junho de 2018

[Negado pedido do ex-presidente Lula para atribuir efeito suspensivo a recurso especial](#)

[Deputado estadual Cabo Júlio tem pedido de liminar negado no STJ](#)

[Mantida decisão que computou jornadas abaixo do mínimo legal para remição de pena](#)

[É cabível apelação da decisão que julga procedente impugnação em cumprimento de sentença](#)

8 de junho de 2018

[Parlamentares e juristas discutem propostas para reforma da Lei de Improbidade](#)

[Jurisprudência em Teses aborda provas no processo penal](#)

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 008

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Lei Estadual 16.648/18 – disciplina a remição pela leitura nas prisões estaduais

Em janeiro de 2018, o governador Geraldo Alckmin sancionou parcialmente um projeto de lei que estabelecia, no âmbito dos estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, a possibilidade de remição da pena pela leitura.

A sanção contemplou apenas os artigos 1º e 2º do projeto que havia sido aprovado pela Assembleia Legislativa de São Paulo. Tais dispositivos estabelecem, respectivamente, que “Fica instituída, no âmbito dos estabelecimentos carcerários das comarcas do Estado, a possibilidade de remição da pena pela leitura” e que “A remição da pena pela leitura consiste em proporcionar aos presos custodiados alfabetizados a possibilidade de remir parte da pena pela leitura mensal de uma obra literária clássica, científica, filosófica ou religiosa, dentre outras, de acordo com as obras disponíveis na unidade prisional”. Os parágrafos únicos dos mencionados dispositivos e os artigos 3º a 13 foram todos vetados pelo governador, basicamente sob o argumento de vício formal de constitucionalidade.

Com efeito, argumentou o chefe do Executivo estadual que a matéria disciplinada no projeto sob sua apreciação era atinente à execução penal, que por sua vez envolve elementos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, disciplinas que, por disposição do art. 22, inc. I, da Constituição Federal, são de competência privativa da União. A Lei de Execução Penal já estabelece que as situações nas quais se admite a remição são o trabalho e o estudo, razão por que não poderia o Legislativo estadual inserir nova modalidade não contemplada na lei federal, sob pena de ofensa ao pacto federativo.

Além disso, o veto fez referência à Recomendação 44/2013 do CNJ – que atribui à autoridade penitenciária a constituição de projeto específico visando à remição pela leitura – para apontar que a iniciativa tomada pela Assembleia Legislativa dizia respeito a matéria atribuída ao Poder Executivo.

Não se ignora que a matéria tratada na lei estadual diz respeito à execução penal e tem reflexos diretos na pena executada, uma vez que disciplina a remição. Não nos parece, no entanto, que a lei crie uma espécie de desconto da pena não contemplada na lei federal, senão que apenas disciplina a forma pela qual o benefício já existente na norma federal deve ser aplicado no âmbito dos estabelecimentos prisionais paulistas.

Isto porque embora a remição pela leitura não esteja literalmente disciplinada na Lei de Execução Penal, sua incidência tem sido amplamente reconhecida com base em analogia in bonam partem que se baseia no desconto da pena por meio do estudo, isto é, a leitura e a resenha de obras literárias seriam apenas formas por meio das quais o preso pode se dedicar ao estudo. O STJ é unânime a esse respeito:

“2. A redação do artigo 126 da LEP deixa clara a preocupação do legislador com a capacitação profissional do interno e com o estímulo a comportamentos que propiciem a readaptação de presos ao convívio social. 3. O sentido e o alcance do artigo 126 da LEP podem ser ampliados pelo aplicador do direito, com o uso da hermenêutica, para abarcar atividades complementares como o estudo ou a simples leitura, com a finalidade de readaptação e ressocialização do preso, além de incentivar o bom comportamento e a disciplina. 4. Não é outro o espírito da Recomendação n. 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre atividades educacionais complementares que deverão ser consideradas pelos Tribunais para fins de remição da pena pelo estudo. 5. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 3º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851)” (5ª Turma, HC 390.721/RS, j. 08/08/2017).

“O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que é compatível com o art. 126 da Lei de Execução Penal – LEP a remissão pela leitura” (6ª Turma, HC 317.679/SP, j. 15/12/2015).

Nesse espírito, o CNJ editou a Recomendação 44/2013, cujo art. 1º, inc. V recomenda aos tribunais que estimulem e promovam “no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional”. Em seguida, considerando que a leitura não se enquadra diretamente na frequência escolar de que trata a LEP, a norma administrativa estabelece diversos critérios para que a pena seja adequadamente descontada.

Pois bem, a Assembleia Legislativa de São Paulo nada mais fez do que tomar o cuidado de promover, por meio de lei em sentido estrito, a disciplina que a norma administrativa já recomendava aos tribunais.

De qualquer forma, o Legislativo estadual derrubou os vetos impostos pelo governador e restaurou na íntegra o projeto aprovado, que, como já adiantamos, impõe diversas regras para que a remição pela leitura seja criteriosa. Vejamos a seguir como, no geral, se estabelecem as novas regras.

Destaca-se inicialmente que o art. 1º, parágrafo único, admite a remição inclusive em benefício de presos cautelares. Repete-se, com isso, a permissão já existente no § 7º do art. 126 da LEP, que estende as regras da remição à prisão não decorrente de condenação.

O parágrafo único do art. 2º disciplina a remição no caso em que o preso escolhe a leitura da Bíblia: “Sendo a Bíblia a obra literária escolhida, esta será dividida em 39 (trinta e nove) livros segundo o Velho Testamento e 27 (vinte e sete) livros integrantes do Novo Testamento, considerando-se assim a leitura de cada um destes livros como uma obra literária concluída”.

Há quem enxergue inconstitucionalidade na inclusão da remição pela leitura da Bíblia, que representaria a eleição, pelo sistema penitenciário estadual, de determinada vertente religiosa em detrimento das demais, o que ofenderia a laicidade estatal.

Parece-nos, todavia, algo um tanto exagerado ver nisso ofensa ao Estado laico, pois de forma nenhuma se impõe a leitura do livro religioso. Aliás, a lei deixa claro que se trata de uma opção ao iniciar com a expressão “Sendo a Bíblia o livro escolhido (...)”. Não há inconstitucionalidade pelo simples fato de a lei mencionar a obra fundamental do Cristianismo e não outros livros de caráter semelhante relativos a outras religiões, que, de resto, não são vetados. Ainda que possa parecer inusitado, é perfeitamente possível concluir que o legislador estadual levou em consideração o fato de que a Bíblia é o livro mais lido do mundo e tem, na prática, muito maior influência do que qualquer outro de natureza semelhante, inclusive em iniciativas religiosas em curso nos estabelecimentos prisionais.

O § 1º do art. 4º deixa expresso o óbvio: que só podem participar do programa de remição os presos capazes de leitura e escrita. A habilidade de escrita é necessária porque, ao final do prazo de trinta dias para a leitura da obra selecionada, o preso terá dez dias para produzir uma resenha (art. 7º). Para que haja critério e a atividade seja válida, devem ser formadas oficinas de leitura durante as quais os presos serão instruídos a observar os seguintes critérios (art. 6º): a) estéticos: o texto deve respeitar parágrafos, margens, letra cursiva e legibilidade e não deve conter rasuras; b) limitação ao tema: o preso deve se ater ao conteúdo da obra lida, evitando estender-se a outros temas; c) fidedignidade: não devem ser admitidas resenhas que caracterizem plágio.

Tendo em vista que a remição pela frequência escolar já está disciplinada na LEP e que a leitura tem sido considerada, como já ressaltamos, uma espécie de analogia in bonam partem para ampliar o acesso à educação e à cultura como incentivo à ressocialização, o § 2º do art. 4º estabelece a preferência na participação de presos que ainda não tenham acesso ou não estejam matriculados em programas de alfabetização e escolarização. A preferência faz sentido, pois se a remição pela leitura é uma forma de expandir a reinserção social contornando a falta de estrutura para o ensino regular, não seria adequado recrutar, para as oficinas de leitura, presos que estejam matriculados em programas de ensino comum ou profissionalizante.

A seleção dos presos e a orientação das atividades competem a uma comissão nomeada e presidida pelo diretor da unidade carcerária (art. 5º). Das oficinas de leitura podem participar o escritor que tenha indicado a obra e o autor do livro objeto de estudo. Também se permite a participação dos funcionários da unidade prisional e de possíveis colaboradores (como voluntários que desejem auxiliar os presos). A lei também admite que o governo estadual firme convênios, termos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, e ainda admite a participação das igrejas que normalmente atuam na recuperação dos detentos (art. 12).

À comissão nomeada compete analisar as resenhas produzidas pelos presos, observando os aspectos já destacados no art. 6º (estética, limitação ao tema e fidedignidade) e aqueles relacionados à compreensão do conteúdo do livro por meio de arguição do preso participante. Note-se que, segundo já decidiu o STJ, não se impede a remição se, embora haja dúvida a respeito da absorção da obra pelo preso, não se comprove má-fé de sua parte:

“Os vícios administrativos identificados pelo Tribunal de origem não têm o condão de obstar o direito do apenado à remição. Uma vez implementado o projeto de remição por leitura na unidade prisional em que cumpre pena o paciente, não comprovada má-fé do apenado e ausente dúvida fundada a respeito da efetiva leitura e absorção da obra literária pelo sentenciado, impõe-se a concessão do direito ao apenado” (HC 349.239/SP, j. 04/10/2016).

A comissão também deve atestar o prazo de trinta dias de leitura (art. 10). O resultado da análise promovida pela comissão será remetido ao juízo da execução instruído com a resenha, a declaração de sua fidedignidade ou de plágio e com os atestados da arguição oral e do tempo de leitura. Ouvido o Ministério Público e a defesa, o juízo decidirá sobre o aproveitamento do participante e a correspondente remição.

Caso a comissão constate que a resenha é produto de plágio, o juiz da execução pode arguir oralmente o preso autor do trabalho. Se efetivamente constatado o plágio, o tempo

de leitura não pode ser aproveitado para os efeitos da remição, ainda que o preso produza outra resenha sobre a mesma obra.

Para que o juízo da execução possa acompanhar o andamento e a efetividade das oficinas de leitura, a direção da unidade prisional deve encaminhar, mensalmente, cópia do registro de todos os participantes, com informação referente ao item de leitura de cada um deles (art. 11).

Por fim, destacamos a contagem do tempo, que deve ser feita à razão de quatro dias de pena para cada ciclo de trinta dias de leitura, sendo que, no período de doze meses, até quarenta e oito dias da pena podem ser atingidos pela remição (art. 8º), que pode inclusive ser concedida de forma cumulativa com o trabalho, se as atividades forem compatíveis (art. 9º). É, aliás, a orientação do STJ, que considera a atividade de leitura complementar, não subsidiária:

“O fato de o estabelecimento penal onde se encontra o paciente assegurar acesso a atividades laborais e à educação formal, não impede que se obtenha também a remição pela leitura, que é atividade complementar, mas não subsidiária, podendo ocorrer concomitantemente, havendo compatibilidade de horários” (HC 353.689/SP, j. 14/06/2016). Lembramos apenas que, com a finalidade de atingir o maior número possível de presos, a lei estadual estabelece preferência de recrutamento, para as oficinas de leitura, entre os que não estejam matriculados no ensino regular.

Vemos, portanto, que a lei estadual disciplina, no âmbito das unidades prisionais paulistas, um benefício já reconhecido como extensão da remição pelo estudo, e o faz para garantir que os presos obtenham o benefício de maneira criteriosa e adequada à realidade das instalações penais estaduais.

2-Tema: Legalidade da prisão flagrante efetuada por Guardas Municipais

Como dispõe o art. 301 do CPP, qualquer do povo pode (não é obrigado) prender em flagrante. Esse direito decorre da compreensão de que todos os que vivem em sociedade têm interesse na repressão de práticas delituosas e, nesta circunstância, estão autorizados a prender. Já a autoridade policial e seus agentes devem fazê-lo (portanto são obrigados). Na primeira situação encontramos o chamado flagrante facultativo, já que, como indica o nome, o particular não é obrigado a prender. Já na segunda há o flagrante obrigatório ou compulsório, pois a autoridade, esta sim, dada a natureza de suas funções, tem a obrigação de prender em flagrante, sob pena de cometer, inclusive, na eventual inércia, crime de prevaricação, além de sujeitar-se a sanção na esfera administrativa.

Em sua grande maioria, os flagrantes são efetivados por agentes policiais que de alguma forma deparam-se com a ocorrência de crimes, seja em virtude de prévia investigação que acaba possibilitando a intervenção policial em crimes que estão sendo executados, seja pela constatação fortuita, normalmente por policiais militares ou guardas municipais.

Não são poucas as insurgências sobre o flagrante efetuado por guardas municipais. Isto porque, segundo o disposto no art. 144, § 8º, da CF/88, as guardas municipais são constituídas para a proteção de bens, serviços e instalações do município, não para a realização de patrulhamento ostensivo. Diante disso, muitos não se conformam com o fato de que guardas municipais atuem fora da estrita linha determinada pelo texto literal da Constituição.

O STJ tem decidido que nada impede os guardas municipais de efetuarem prisões em flagrante, pois, como dispõe o art. 301, qualquer do povo pode e as autoridades devem fazê-lo:

“Nos termos do artigo 301 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode prender quem esteja em flagrante delito, de modo que inexistente óbice à realização do referido procedimento por guardas municipais, não havendo, portanto, que se falar em prova ilícita no caso em tela. Precedentes” (RHC 94.061/SP, j. 19/04/2018).

De fato, se qualquer pessoa que eventualmente se depare com alguma das situações do art. 302 do CPP pode efetuar a prisão do criminoso, não há razão lógica para impedir que o mesmo seja feito por guardas municipais, de resto tratados como agentes de segurança pública pelo ordenamento constitucional.

Parece-nos, no entanto, que as decisões no geral não têm abordado o real fundamento do inconformismo daqueles que sustentam a ilegalidade dessas prisões. Com efeito, o debate não se alicerça na possibilidade da prisão em si – que, como já ressaltamos, pode ser levada a efeito por qualquer pessoa –, mas na possibilidade de que guardas municipais efetuem diligências que eventualmente levem a uma prisão em flagrante sem saber que se trata de situação de flagrância.

Se, por exemplo, um cidadão comum constata que determinado indivíduo leva consigo um pacote de maconha, pode, sem dúvida, prendê-lo em flagrante e acionar as autoridades policiais. Este mesmo cidadão, no entanto, não pode abordar e revistar alguém aleatoriamente no intuito de apurar se esta pessoa traz consigo alguma substância ilícita. Mas e os guardas municipais, podem fazê-lo?

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tem decisões nas quais estabelece a ilegalidade da realização de diligências de busca pessoal por guardas municipais:

“É pacífico que, em situações de flagrante, os integrantes da Guarda Municipal, como qualquer um do povo, podem efetuar a detenção do infrator da lei penal, encaminhando-o na sequência para a autoridade policial competente, que se incumbirá de formalizar a prisão e lavrar o auto respectivo.

A propósito: “Pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP).” (Superior Tribunal de Justiça, HC 365283/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 24/11/2016).

No caso, todavia, os guardas municipais não estavam, propriamente, diante de uma situação de flagrante, quando resolveram abordar o petionário.

Ao serem ouvidos em Juízo, os agentes públicos relataram que estavam realizando uma ronda rotineira, no bairro onde o acusado mora, quando avistaram um automóvel branco saindo da sua residência. Como já haviam recebido denúncias anônimas dando conta de que estaria envolvido com o tráfico de entorpecentes, decidiram abordar o veículo e, na revista que se seguiu, encontraram uma porção de droga em poder do acusado (fls. 107/108).

É notório que, na hipótese retratada nos autos, os guardas municipais não tinham nenhuma razão concreta para agir, na medida em que não presenciaram o réu efetuando a venda ou a entrega de estupefacientes a quem quer que seja, nem o avistaram escondendo ou consumindo substância entorpecente, ou mesmo praticando qualquer conduta que pudesse indicar, naquele exato momento, a prática da traficância.

Evidenciou-se, pois, que a ação dos agentes públicos decorreu de prévia desconfiança que recaía sobre por conta de denúncias anônimas que haviam chegado ao conhecimento dos funcionários da municipalidade, os quais, então, passaram a agir como se policiais fossem, realizando verdadeira abordagem investigativa, para a qual não estavam legitimados” (Revisão Criminal nº 0034551-84.2015.8.26.0000, j. 07/06/2017).

Há, no entanto, quem considere legítima a busca pessoal promovida por guardas municipais em alguém que se ache em condição de suspeição. É que, na qualidade de agentes de autoridade, os componentes das guardas devem ter o poder de submeter terceiro à revista pessoal, preenchidos, por óbvio, os requisitos que autorizem essa diligência, sem os quais poderá restar caracterizado o crime de abuso de autoridade. Essa impressão, argumenta-se, parece se reforçar a partir da edição da Lei nº 13.022/2014, que, em seu art. 5º, estabelece competências específicas que abrem espaço para que as guardas municipais atuem em colaboração com os demais órgãos de segurança. É o que se extrai dos incisos III, IV, V, XIV e XVI:

“Art. 5º São competências específicas das guardas municipais, respeitadas as competências dos órgãos federais e estaduais:

(...)

III – atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais;

IV – colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social;

V – colaborar com a pacificação de conflitos que seus integrantes presenciarem, atentando para o respeito aos direitos fundamentais das pessoas;

(...)

XIV – encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário;

(...)

XVI – desenvolver ações de prevenção primária à violência, isoladamente ou em conjunto com os demais órgãos da própria municipalidade, de outros Municípios ou das esferas estadual e federal”.

Não obstante seja muito comum que guardas municipais efetuem prisões em flagrante decorrentes de diligências de patrulhamento ostensivo, a legitimidade desse procedimento segue controversa. A própria Lei 13.022/14 está sendo questionada no STF por meio de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5156) exatamente sob o fundamento de que estabelece para as guardas municipais funções exclusivas das polícias. Tem-se também notícia de que o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou inconstitucional dispositivo de lei municipal da capital que estabelece como atribuição da guarda o exercício, na cidade de São Paulo, de “policimento preventivo e comunitário, promovendo a mediação de conflitos e o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos” (ADI nº 154.743-0/0-00, j. em 10.12.2008). A decisão foi objeto de recurso extraordinário – ainda pendente de julgamento –, e, na decisão em que reconheceu a repercussão geral, o STF sinalizou que as leis disciplinando as atribuições das guardas municipais podem estar extrapolando os limites do art. 144, § 8º, da CF/88:

“Trata-se de saber o preciso alcance do art. 144, § 8º, da Lei Fundamental, segundo o qual os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

Em uma primeira guinada de visão, a reserva de lei prevista no dispositivo se afigura demasiado abrangente. Todavia, tal elastério hermenêutico em nada se coaduna com o sistema constitucional de repartição de competências, o que impõe ao intérprete a sua delimitação. Noutros termos, é preciso que esta Corte defina parâmetros objetivos e seguros que possam nortear o legislador local quando da edição das competências de suas Guardas Municipais.

Com efeito, não raro o legislador local, ao argumento de disciplinar a forma de proteção de seus bens, serviços e instalações, exorbita de seus limites constitucionais, ex vi do art. 30, I, da Lei Maior, usurpando competência residual do Estado (e.g., segurança pública). No limite, o que se está em jogo é a manutenção da própria higidez do Pacto Federativo”.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1 - Tema: Execução de medida de segurança imposta a militar federal licenciado: competência

INFORMATIVO 626 STJ – TERCEIRA SEÇÃO

Compete à Justiça Estadual a execução de medida de segurança imposta a militar licenciado. Competência. Marinheiro militar licenciado do serviço ativo. Medida de segurança imposta pela Justiça Militar. Execução. Competência da Justiça Estadual.

Comentários do CAO-CRIM

O Conflito de Competência julgado pelo STJ tinha como objeto execução de medida de segurança imposta a marinheiro licenciado do serviço ativo.

O STJ, ao julgar que a competência é da Justiça Estadual comum, usou como fundamento legal o art. 62 do Código Penal Militar, e como precedente, a Súmula 192 da Corte.

Reza o art. 62 do COM: "o civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar".

Constatado que o sentenciado era militar, porém licenciado, o Tribunal não vislumbrou vínculo apto a justificar a competência da Justiça Militar. Nos termos do enunciado da Súmula 192: "compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos a administração estadual".

Diante desse quadro, a execução da sanção imposta foi encaminhada para a Justiça Estadual, ante a inexistência de estabelecimentos penais federais próprios para essa finalidade. **CC 149.442-RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, por unanimidade, julgado em 09/05/2018, DJe 17/05/2018**

Comentários do CAO-CRIM

Na ADI 5.508-DF, a PGR questionou a constitucionalidade de dois dispositivos da Lei 12.850/13 (§§ 2º. e 4º., do art. 4º.), ambos legitimando o Delegado de Polícia a celebrar acordos de colaboração premiada. Desde o início da vigência da Lei, o colega de Ministério Público de São Paulo, Eduardo Araújo da Silva, já defendia essa tese: “a lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia, via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a atividade judicial de busca da imposição penal em processo-crime, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação”.

E prossegue o ilustre autor: “Aliás, se persistir a sistemática legal, corre-se o risco de eventualmente o Ministério Público manifestar-se contrário ao acordo promovido pelo delegado de polícia e o juiz, por sua vez, homologá-lo, vinculando sua decisão final. Teríamos, então, por vias transversas, a hipótese de o delegado de polícia vincular a disponibilidade quanto à aplicação da sanção penal ou ao exercício do jus puniendi estatal, via perdão judicial, à revelia do órgão titular da ação penal, o que implicaria em manifesto cerceamento das funções acusatórias em juízo” (1).

Apesar de ainda não ter sido publicado o acórdão com os contornos da atuação policial, a Procuradoria-Geral de Justiça criou Grupo de Trabalho com o objetivo de analisar o alcance prático dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI. O Grupo de Trabalho será composto por membros do Ministério Público designados pelo Procurador-Geral de Justiça. **O prazo para conclusão dos trabalhos será de 60 (sessenta) dias, a partir da primeira reunião.**

1. Da inconstitucionalidade da proposta de delegado de polícia para fins de acordo de delação premiada – Lei nº 12.850. Disponível no sítio www.apmp.com.br. Elaborado em setembro de 2013 (acessado em 10.11.2013).

DIREITO PENAL:

1 - Tema: STJ afasta consunção entre os delitos desacato e resistência

Comentários do CAO-CRIM

Em recente decisão proferida no habeas corpus 380.029/RS (j. 22/05/2018), o STJ afastou a consunção entre os delitos, embora não tenha negado essa possibilidade a depender das circunstâncias do caso concreto.

No caso, o impetrante havia sido denunciado porque, na ocasião em que conduzia seu veículo de forma perigosa, recebera ordem de parada e fora interceptado por policiais militares. Em seguida, diante da abordagem sofrida, ofendeu os policiais e ofereceu vantagem ilícita para que o deixassem seguir viagem, mas, dada a voz de prisão em flagrante, passou a resistir violentamente à ação policial. Proferida e confirmada a sentença condenatória, a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul impetrou o remédio heroico com a pretensão de que o crime de desacato fosse absorvido.

O tribunal até reconheceu a possibilidade de que o desacato seja absorvido pela resistência quando, na esteira do que ensina Nucci, as ofensas verbais são proferidas no exato contexto do ato de resistência:

“Com efeito, admite-se a incidência do princípio da consunção se o agente, em um mesmo contexto fático, além de resistir ativamente à execução de ato legal, venha a proferir ofensas verbais contra policial na tentativa de evitar a sua prisão”.

Considerou-se, no entanto, que o caso julgado não era compatível com essa circunstância:

“No caso, porém, infere-se que o réu, após abordagem policial, desceu do seu veículo proferindo improperios contra o funcionário público. Na sequência, após ter se recusado a apresentar o documento do automóvel, o ora paciente ofereceu propina para ser liberado. Diante disso, o policial deu-lhe voz de prisão, contra a qual o réu ofereceu resistência, tendo sido necessário o uso de algemas para o cumprimento do decreto prisional”.

Em razão disso, afastou-se a possibilidade de considerar o desacato ínsito à oposição ao ato de prisão e aplicou-se a regra do concurso de delitos.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

22 de Junho de 2018

[STF declara inconstitucionais dispositivos da Lei das Eleições que vedavam sátira a candidatos](#)

21 de Junho de 2018

[Ministra revela que investigação da PF afasta qualquer participação de ministros em fatos mencionados em áudios da J&F](#)

[STF decide que delegados de polícia podem firmar acordos de colaboração premiada](#)

20 de Junho de 2018

[STF determina início do cumprimento de pena do senador Ivo Cassol](#)

[2ª Turma julga improcedente ação penal contra senadora Gleisi Hoffmann](#)

[Mantida execução da pena de irmão do ex-ministro José Dirceu condenado na Lava-Jato](#)

19 de Junho de 2018

[Rejeitado HC contra prisão preventiva de acusada de participação em duplo homicídio no interior do RS](#)

[Ministra rejeita HC de condenado pela morte de criança de 10 anos em acidente de trânsito](#)

Notícias STF

22 de Junho de 2018

[Sexta Turma rejeita alegação de insignificância em atividade clandestina de telecomunicação](#)

21 de Junho de 2018

[Sexta Turma aplica nova lei e afasta aumento da pena por uso de arma branca em roubo](#)

[Quinta Turma mantém extinção de ação penal privada que não incluiu advogados do réu no polo passivo](#)

[Foro para governadores e conselheiros é restrito a fatos relacionados ao cargo](#)

20 de junho de 2018

[Foro para governadores e conselheiros é restrito a fatos relacionados ao cargo](#)

19 de Junho de 2018

[Negado pedido de prisão domiciliar a ex-secretário de segurança de Niterói](#)

[Aumentada para oito anos a suspensão dos direitos políticos do deputado Rôney Nemer](#)

[Quinta Turma afasta consunção entre crimes de desacato e resistência](#)

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 009

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Oferecimento da denúncia: “In dubio pro societate” x “In dubio pro reo”

Nesta semana o STJ publicou tese pronta e ratificou copiosa jurisprudência no sentido de que a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de materialidade e de autoria, de modo que a certeza deverá ser comprovada durante a instrução probatória, prevalecendo o princípio do “in dubio pro societate” na fase de oferecimento da denúncia.

Ao tratar dos requisitos formais da denúncia e da queixa, o art. 41 do CPP estabelece:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

A inicial acusatória importa em uma narrativa do fato, com todas as suas circunstâncias e características, devendo apontar, objetiva e subjetivamente, o fato delituoso em si, bem “como a pessoa que o praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o mal que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira por que o praticou (quo modo), o lugar onde o praticou (quando)”, na lição de Borges da Rosa (Comentários ao Código de Processo Penal, São Paulo: RT, 3ª ed., 1982, p. 128).

Assim deve ser para que o indivíduo a quem se imputa determinado fato criminoso possa se defender adequadamente. Com efeito, a especificação da data e do horário, por exemplo, pode permitir que o agente comprove sua inocência porque se encontrava em local diverso no momento do crime; o detalhamento dos meios pode fazer com que a imputação da qualificadora do meio cruel no homicídio ou do rompimento de obstáculo no furto seja debatida com maior rigor; a exposição da motivação pode fazer com que o agente seja beneficiado pelo privilégio no homicídio, etc.

O fato de a lei exigir que a denúncia veicule o maior detalhamento possível das circunstâncias do crime não significa, de forma nenhuma, que a ação penal deve ser deflagrada com fundamento em provas cabais a respeito do fato e de sua autoria. O procedimento investigatório não existe para angariar provas incontestes de que o crime tenha ocorrido de tal ou qual forma, nem de que alguém tenha sido seu autor. Existe para reunir elementos informativos que indiquem a materialidade delitiva e indícios de autoria. É suficiente, para a denúncia, que o inquérito policial revele indícios das circunstâncias nas quais ocorreu o fato criminoso e quem possivelmente o praticou.

Impõe-se aqui, para bem esclarecer este ponto, a diferenciação entre “in dubio pro reo” e “in dubio pro societate”. O primeiro incide no momento da sentença, no qual o juiz analisa as provas produzidas e conclui se são suficientes para demonstrar com segurança que o crime ocorreu em determinadas circunstâncias e que o acusado é seu autor. Se houver dúvida, esta beneficia o acusado, que deve ser absolvido. Já o “in dubio pro societate” pressupõe que a dúvida seja administrada em favor da sociedade, como ocorre no recebimento da denúncia e na sentença de pronúncia. Se o juiz se depara com uma denúncia baseada em inquérito cujos elementos informativos sejam ambíguos a respeito da forma como ocorreu o crime e de quem é seu autor, deve receber a peça para que a dúvida se esclareça na instrução processual. O mesmo se dá se a primeira fase do procedimento do júri deixar alguma dúvida a respeito da ocorrência de legítima defesa, por exemplo. O juiz deve pronunciar o acusado para que os jurados decidam se a conduta foi justificada.

Por essas razões, o STJ firmou a tese de que a denúncia que cumpre os requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo adequadamente o fato criminoso, deve ser recebida se houver indícios mínimos de autoria e de materialidade, cabendo à instrução processual demonstrar a certeza necessária para a condenação:

“I – A denúncia que contém a “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas” (art. 41 do CPP) é apta a iniciar a persecução criminal, como se verifica no presente caso. II – O trancamento da ação penal constitui medida excepcional, justificada apenas quando comprovadas, de plano, sem necessidade de análise aprofundada de fatos e provas, a atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção de punibilidade ou a ausência de prova da materialidade ou de indícios mínimos de autoria, o que não ocorre na espécie. III – Segundo firme jurisprudência desta Corte Superior, a propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos e suficientes de autoria. A certeza será comprovada ou afastada durante a instrução probatória, prevalecendo, na fase de oferecimento da denúncia o princípio do in dubio pro societate” (HC 433.299/TO, j. 19/04/2018).

2 – As provas produzidas na esfera inquisitorial, seu reexame na instrução criminal e o art. 155 do CPP

As provas inicialmente produzidas na esfera inquisitorial e reexaminadas na instrução criminal, com observância do contraditório e da ampla defesa, não violam o art. 155 do Código de Processo Penal – CPP visto que eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal dele decorrente.

A apreciação da prova é regida pelo chamado sistema da livre convicção ou da persuasão racional (ou da verdade real), adotado pelo legislador do CPP, conforme se depreende de sua Exposição de Motivos, da lavra do Ministro Francisco Campos: “todas as provas são relativas: nenhuma terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não ficará subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material” (item VII). Vê-se aqui, com efeito, a fusão de ambos os sistemas anteriormente adotados (tarifado e íntima convicção), preocupado o legislador em tomar-lhes o que há de melhor: de um lado, confere ampla liberdade de análise da prova ao juiz, que não fica limitado a nenhuma hierarquia previamente estabelecida, julgando segundo sua consciência e conforme a prova constante dos autos. De outra banda, porém, tal liberdade não se confunde com arbítrio e, por isso, criou o legislador uma série de restrições, cujo objetivo é o de impedir o despotismo judicial.

Uma das restrições, trazida no art. 155 do CPP, é relativa ao peso da prova produzida na fase investigatória. Segundo o dispositivo legal, é defeso ao juiz proferir sentença condenatória baseando-se exclusivamente em elementos colhidos na investigação:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Como se pode notar, a lei não impede que o juiz considere as provas provenientes do inquérito policial, mas apenas impõe que tais provas sejam acompanhadas de elementos que, na instrução processual – na qual vigoram o contraditório e a ampla defesa –, corroborem-nas.

Por isso, caso o juiz utilize algum elemento do inquérito que possa ser reforçado por provas produzidas em juízo, não há nulidade:

“1. A condenação não está fundamentada apenas na prova colhida na fase inquisitorial, mas amparou-se também na prova testemunhal – não só dos policiais – produzida durante a instrução do processo, submetidas ao contraditório e a ampla defesa. 2. Entende este Superior Tribunal de Justiça que as provas inicialmente produzidas na esfera inquisitorial e, depois, reexaminadas na instrução criminal, com observância do contraditório e da ampla defesa, não ensejam a ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal. Precedentes” (AgRg nos EDcl no AREsp 1.006.059/SP, j. 20/03/2018).

No caso julgado, o juiz de primeiro grau havia feito referência, na sentença, a alguns aspectos do depoimento de uma testemunha que, em juízo, procurou inocentar o réu, mas, no

inquérito, havia afirmado ter-lhe efetuado pagamentos pelo fornecimento de drogas. O STJ considerou válida a referência feita pelo juiz porque a condenação não se baseou somente nisso, mas também em outros depoimentos reproduzidos em juízo.

Note-se que o STJ também se orienta no sentido de que eventuais irregularidades existentes no inquérito policial não necessariamente contaminam a ação penal:

“(…) Por outro lado, sustenta a defesa que não teria sido respeitado o princípio da presunção de inocência no inquérito policial, diante das declarações prestadas pela Delegada. Em relação a tal questão – por mais censurável que possa ser a conduta da autoridade policial – no que tange o âmbito de exame do presente habeas corpus, impossível ignorar que eventual irregularidade na fase investigativa, ainda que venha a ser comprovada, não possui o condão de afetar a ação penal. Isso porque o inquérito policial é peça meramente informativa, que visa munir o órgão responsável pela acusação dos elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não consistindo, portanto, em fase obrigatória da persecução penal (...)” (HC 446.977/SP, j. 22/05/2018).

Esta orientação não se aplica, evidentemente, se a irregularidade atingir um elemento do inquérito que influencie toda a investigação e a posterior ação penal, como no caso de uma interceptação telefônica ilegal da qual derivem as demais provas utilizadas para a formulação da denúncia e que serão de alguma forma repetidas em juízo.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Tribunal do Júri. Sustentação oral em plenário. Tempo reduzido. Deficiência de defesa. Nulidade. Ausência. Imprescindibilidade de demonstração do prejuízo.

INFORMATIVO 627 STJ - SEXTA TURMA

A sustentação oral realizada em tempo reduzido no Tribunal do Júri não caracteriza, necessariamente, deficiência de defesa técnica.

Comentários do CAO-CRIM

Como se extrai dos artigos 476 e 477 do CPP, nos debates ocorridos no plenário do júri falará, inicialmente, a acusação, por meio do Ministério Público, pelo prazo de uma hora e meia. Uma vez finalizada a manifestação do órgão acusatório, a defesa toma a palavra também por uma hora e meia. Em seguida, há o prazo de uma hora para a réplica e de outro tanto para a tréplica.

Nos processos de júri, mais que a ampla defesa, exigida em todo e qualquer processo criminal (art. 5º, inc. LV, da CF), vigora a plenitude de defesa. De tal forma que, no júri, não apenas a defesa técnica, relativa aos aspectos jurídicos do fato, pode ser produzida. Mais que isso, em razão das peculiaridades do processo e do fato de que são leigos os juízes, permite-se a utilização de argumentação não jurídica, com referências a questões sociológicas, religiosas, morais, etc. Ou seja, argumentos que, normalmente, não seriam considerados fosse o julgamento proferido por um juiz togado, no julgamento plenário ganham especial relevância, podendo ser explorados à exaustão.

No júri, a exigência de plenitude de defesa também se fortalece porque, sendo leigos os jurados, mais facilmente podem ser suggestionados. Uma defesa falha em um processo comum pode ser suprida, com cautela, pelo juiz togado, que a saberá relevar, dando ao réu, por vezes, aquilo que passou despercebido aos olhos de seu advogado. Em plenário essa fragilidade se potencializará: a pobreza do discurso pode ser facilmente detectada pelos jurados ou aproveitada pela acusação, tudo em evidente prejuízo ao réu.

As situações nas quais pode haver ofensa ao princípio da plenitude de defesa nem sempre são claras. Há notícias de casos em que o juiz togado se viu obrigado a dissolver o Conselho de Sentença e a designar novo julgamento, tamanha a inabilidade dos defensores. Mas as peculiaridades que normalmente envolvem os júris podem tornar difícil a distinção entre o

exercício normal da defesa, na medida em que as circunstâncias o permitem, e o desleixo ou a incapacidade.

À defesa não é dado, por exemplo, simplesmente concordar com o pedido de condenação formulado pela parte contrária. Assim agindo, fulminará de nulidade o processo, ex vi do disposto no art. 564, inc. III, I. Nada impede, porém, que, por exemplo, admita a autoria do disparo de arma de fogo desfechado pelo réu, pleiteando, porém, o reconhecimento do homicídio privilegiado ou, na mesma hipótese, a exclusão de alguma qualificadora. Significa dizer que a defesa não está obrigada, sempre, a pedir a absolvição do réu. Tal pedido, dependendo do caso concreto, soaria ridículo aos olhos dos jurados, culminando por desmoralizar todo o discurso defensivo.

Na mesma esteira, não é imprescindível que se utilize todo o tempo conferido pela lei para o exercício da defesa. É possível que o defensor julgue ser mais eficaz num tempo menor do que se utilizar toda a hora e meia que lhe é facultada.

Mas quão reduzido pode ser o tempo de manifestação da defesa sem que se caracterize nulidade por ofensa ao princípio da plenitude?

Bem, a quantidade de tempo, por si, não é critério de aferição, como decidiu o STJ no HC 365.008/PB, j. 14/04/2018.

No caso julgado, buscava-se a anulação do julgamento em plenário porque, descontados os cumprimentos iniciais, o defensor constituído à época fez uso da palavra por apenas sete minutos, durante os quais pediu a absolvição do acusado. Argumentava-se no remédio heroico que o exercício da palavra por tão pouco tempo deixava evidente que o advogado simplesmente cumpriu a formalidade de estar presente e se dirigir aos jurados, mas não exerceu efetivamente a defesa.

O STJ, no entanto, afastou a tese da nulidade, embora não o tenha feito unanimemente.

Em seu voto, o ministro Sebastião Reis Junior reconheceu a nulidade absoluta por violação à plenitude de defesa. Reportando-se a outro julgamento de sua lavra, o ministro considerou que, embora a lei processual não estabeleça regra sobre o mínimo de tempo a ser utilizado pelo defensor, não seria possível considerar razoável o tempo utilizado no caso julgado, por mais sintética que pudesse ser a linha de raciocínio. O tempo exíguo é clara indicação de que nenhuma tese válida foi apresentada aos julgadores leigos.

Prevaleceu, todavia, o voto divergente do ministro Rogério Schietti Cruz, que se referiu a precedentes segundo os quais a exiguidade da manifestação não é suficiente para acarretar nulidade, pois as peculiaridades do júri podem indicar que o tempo exercido era suficiente

diante das circunstâncias. Por isso, não seria possível considerar que o réu esteve indefeso, e eventuais prejuízos decorrentes de uma defesa insuficiente deveriam ter sido demonstrados, aplicando-se, no caso, a súmula 523 do STF.

2- Tema: Perícias e documentos produzidos na fase inquisitorial e sua eficácia probatória.

Comentários do CAO-CRIM

É tese pacífica no STJ que, perícias e documentos produzidos na fase inquisitorial são revestidos de eficácia probatória sem a necessidade de serem repetidos no curso da ação penal, por se sujeitarem ao contraditório diferido.

Vimos nos comentários à tese anterior que os elementos informativos colhidos na fase investigatória devem ser reproduzidos em juízo para que o magistrado possa neles fundamentar a sentença condenatória.

Há, no entanto, determinados procedimentos que não são reproduzidos, submetendo-se, portanto, ao denominado contraditório diferido, que não é exercido no momento da produção da prova, mas se segue a ela.

Trata-se, em suma, das provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. A razão para que não se exija a repetição é evidente: há provas que não permitem reprodução em juízo. Nesses casos, embora produzidas extrajudicialmente, pode o juiz basear nelas a sua decisão.

Imagine-se, com efeito, a perícia realizada em um portão a fim de apurar a prática de um crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo. Tal exame deverá ser realizado o mais rápido possível, tão logo se der a prática do crime. Não se exigirá que a vítima aguarde por meses, até um eventual processo criminal, para que nova perícia seja realizada e o portão seja submetido aos necessários reparos. A prova válida e eficaz será aquela produzida ainda na fase policial, embora – insistimos – sem contar com as garantias do contraditório e da ampla defesa, exigíveis, apenas, para o processo criminal.

Dá-se o mesmo em casos de homicídio, em que o exame necroscópico a ser sopesado pelo julgador é aquele realizado no âmbito administrativo, ainda durante o inquérito policial. Não se reclamará, decerto, que passados três ou quatro anos da prática do crime vá se reproduzir a perícia em juízo, em face, inclusive, do desaparecimento do material a ser levado a exame.

Por essas razões é que o STJ firmou a tese a respeito da dispensa da reprodução de exames periciais e também de provas documentais:

“Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, perícias e documentos são provas que não necessitam ser repetidas no curso da ação penal, podendo ser validamente utilizadas para a definição da culpa penal sem violação do art. 155 do Código de Processo Penal” (AgRg no REsp 1.522.716/SE, j. 20/03/2018).

3- Tema: A produção antecipada de provas, com base no art. 366 do CPP, deve ser concretamente fundamentada.

Comentários do CAO-CRIM

O STJ, copiosamente, vem decidindo que a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.

Pela redação original do art. 366 do CPP, o réu que, citado (pessoalmente ou por edital), não comparecesse, sem motivo justificado, teria decretada sua revelia, prosseguindo-se o curso normal do processo. Com a alteração promovida pela Lei 9.271/96, o dispositivo legal passou a estabelecer o seguinte:

“Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

Assim que editada a Lei 9.271/96, parte da doutrina se orientava no sentido de que, uma vez suspenso o processo, a antecipação da prova seria sempre cabível. Dizia-se que o esquecimento dos fatos era inevitável com o passar inexorável do tempo, ou seja, testemunhas e vítimas fatalmente não mais se lembrariam de detalhes do ocorrido, razão pela qual sua oitiva antecipada deveria ser sempre determinada. Conjecturava-se, ainda, com a possibilidade de a testemunha morrer, desaparecer, mudar de endereço, o que impediria sua posterior oitiva em juízo. Foi esse o entendimento inicial do STJ (RMS 7.995/SP, DJU de 20/04/98) e do STF (RT 743/632).

Mais adiante, entretanto, jurisprudência e doutrina evoluíram em sentido diverso, abandonando esse posicionamento para determinar que a produção antecipada de provas deveria ser fundamentada em elementos que concretamente indicassem sua necessidade. É este o teor da súmula n° 455 do STJ, a saber: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”. A súmula foi utilizada para fundamentar

a presente tese e vem se fazendo presente em diversos julgamentos, como no seguinte, no qual se admitiu a produção antecipada diante das circunstâncias do caso posto em julgamento:

“ (...) 2. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, cristalizado na súmula n.º 455, a produção antecipada de provas, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação de que o decurso do tempo poderá levar as testemunhas ao esquecimento. 3. In casu, não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida, por trata-se de situação excepcional em que o magistrado levou em consideração, para determinar a produção antecipada da prova, não apenas a gravidade do crime e o decurso do tempo, mas o real fato de que há vítima e testemunha que são caminhoneiras e viajam constantemente, podendo ficar por longos períodos fora da cidade, além de outra vítima natural de outro Estado da federação, bem como policiais”.

DIREITO PENAL:

1- Tema: Crime tributário. Constituição definitiva do crédito. Justa causa presente. Súmula vinculante 24. Juntada do procedimento tributário. Desnecessidade. Eventuais irregularidades. Discussão na sede própria.

INFORMATIVO 627 STJ - QUINTA TURMA

Para o início da ação penal, basta a prova da constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante 24), sendo desnecessária a juntada integral do Procedimento Administrativo Fiscal correspondente.

A materialidade dos crimes listados no art. 1º, inciso I a IV, da Lei n. 8.137/1990 apenas se verifica com a constituição definitiva do crédito tributário, situação que ocorre por meio do procedimento tributário devidamente instaurado. Assim, o direito penal apenas passa a ter lugar após verificada a adequada tipicidade da conduta imputada. Nesse contexto, não se revela indispensável a juntada dos documentos tributários, mas apenas a comprovação da constituição definitiva do crédito tributário. Eventual desconstituição do que foi averiguado tributariamente não pode ser feito no juízo criminal, cabendo ao recorrente se valer dos meios próprios para tanto. Em suma: a) para o início da ação penal, basta a prova da constituição definitiva do crédito tributário (Súmula Vinculante 24), não sendo necessária a juntada integral do Procedimento Administrativo Fiscal – PAF correspondente; b) a validade do crédito fiscal deve ser examinada no Juízo cível, não cabendo à esfera penal qualquer tentativa de sua desconstituição; c) caso a defesa entenda que a documentação apresentada pelo Parquet é insuficiente e queira esmiuçar a dívida, pode apresentar cópia do referido PAF ou dizer de eventuais obstáculos administrativos; e d) se houver qualquer obstáculo administrativo para o acesso ao procedimento administrativo fiscal respectivo, a parte pode sugerir ao Juiz sua atuação até mesmo de ofício, desde que aponte qualquer prejuízo à defesa, que possa interferir na formação do livre convencimento do julgador.

PROCESSO: RHC 94.288-RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018

Comentários do CAO-CRIM

Muitos, não sem razão, criticam a Súmula Vinculante 24, alertando que, nesse enunciado, o Supremo Tribunal Federal acabou confundindo dois conceitos, quais sejam, resultado e liquidação administrativa do valor sonegado.

A Suprema Corte, para a caracterização do delito, não se limitou a exigir a necessidade de um resultado derivado da ação ou omissão do agente (supressão ou redução do tributo), mas

acrescentou a liquidação administrativa do valor da sonegação. É dizer, a constatação administrativa do resultado criminoso, com a sua devida liquidação.

Ora, parece curial que, com o simples não pagamento ou pagamento a menor do tributo (resultado decorrente da ação ou omissão), no momento que ele deveria ter sido feito, já seria suficiente para a caracterização da materialidade do delito. O resultado nada tem a ver, como dito, com a liquidação administrativa dos valores devidos. Aliás, é que preconiza o art. 116, incisos I e II, do Código Tributário Nacional.

Diante desse quadro, entendemos que a SV n. 24 merece ser revista pelo STF. Considerou, equivocadamente, o lançamento tributário como elemento do tipo penal descrito no art. 1º da Lei n. 8.137/1990. Essa é também a conclusão de Leonardo G. M. Govinda, promotor de Justiça de Santa Catarina, ex-auditor fiscal da Receita Federal:

“Basta uma leitura atenta do dispositivo legal para concluir que não há, nem expressa nem implícita, menção ao lançamento como elementar do tipo penal. E nem poderia, porque considerar o lançamento como parte integrante do tipo penal implica sérias e incontornáveis consequências.

Uma delas é colocar o agente fiscal na condição de coautor ou partícipe do crime de sonegação fiscal, já que compete a ele privativamente constituir o crédito tributário, mediante o lançamento. Outra estranha consequência consiste em fixar a competência para processar a ação penal no local da constituição definitiva do crédito e não naquele em que se praticaram as condutas fraudulentas visando suprimir ou reduzir tributos devidos. Finalmente, pode-se destacar que a dependência do lançamento para configurar o crime torna a tentativa desse delito impunível, já que, enquanto não houver esse ato, todos os atos anteriores praticados pelo contribuinte não podem nem sequer ser objeto de investigação pela autoridade policial ou pelo Ministério Público” (*in Revisitando a Súmula Vinculante 24*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/57928/revisitando-a-sumula-vinculante-n-24/5>).

É sabido que a citada SV foi criada para excepcionar a regra elementar de direito da independência entre as esferas de julgamento administrativa, cível e criminal. Não se ignora que pode haver decisões conflitantes entre essas esferas, gerando, por exemplo, uma condenação criminal de um contribuinte por sonegação fiscal, enquanto a autoridade administrativa entende indevido o tributo que ensejou a ação penal. Isso, porém, pode acontecer relativamente a qualquer conduta que configura, ao mesmo tempo, infração administrativa e penal. Leonardo Govinda, novamente alerta:

“Apesar de existirem um sem número de situações dessa natureza, nunca a doutrina ou a jurisprudência revelaram preocupação com o possível conflito entre as decisões

administrativa e judicial. Aliás, o conflito pode existir até mesmo entre a jurisdição cível e penal, de modo que, rigorosamente, se o raciocínio que embasou a SV n. 24 for levado às últimas consequências, não bastaria aguardar o lançamento definitivo para considerar configurado o delito contra a ordem tributária, mas também eventual julgamento de ação cível proposta pelo infrator para contestar esse lançamento tributário.

As possíveis iniquidades relativas ao benefício legal do pagamento do tributo como forma de extinção da punibilidade se resolvem a partir de uma reformulação da legislação e não por ginástica interpretativa que distorce conceitos fundamentais de direito penal – como a tipicidade – ou ignora lições comezinhas de direito – como a independência entre as instâncias administrativa e judicial” (in **Revisitando a Súmula Vinculante 24**, disponível em <https://jus.com.br/artigos/57928/revisitando-a-sumula-vinculante-n-24/5>).

O lançamento tributário não é elemento do tipo penal e por isso a persecução desse delito independe de qualquer atividade da autoridade administrativa. Caso os agentes do fisco realizem fiscalização e desse procedimento resulte um lançamento tributário, certamente esse ato administrativo servirá como prova da prática eventual do delito contra a ordem tributária. Porém, tal crime não se prova unicamente pelo lançamento, mas por qualquer outro meio lícito.

Pelo que se depreende do julgados abaixo, ambos do STF, há uma tendência de se flexibilizar a incidência dessa SV 24:

“HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES FISCAIS. QUADRILHA. CORRUPÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DE TRIBUTOS TIDOS COMO SONEGADOS. [...] Notícias anônimas de crime, desde que verificada a sua credibilidade por apurações preliminares, podem servir de base válida à investigação e à persecução criminal. **3. Apesar da jurisprudência desta Suprema Corte condicionar a persecução penal à existência do lançamento tributário definitivo (Súmula vinculante nº 24), o mesmo não ocorre quanto à investigação preliminar. 4. A validade da investigação não está condicionada ao resultado, mas à observância do devido processo legal. Se o emprego de método especial de investigação, como a interceptação telefônica, foi validamente autorizado, a descoberta fortuita, por ele propiciada, de outros crimes que não os inicialmente previstos não padece de vício, sendo as provas respectivas passíveis de ser consideradas e valoradas no processo penal. 5. Fato extintivo superveniente da obrigação tributária, como o pagamento ou o reconhecimento da invalidade do tributo, afeta a persecução penal pelos crimes contra a ordem tributária, mas não a imputação pelos demais delitos, como quadrilha e corrupção.**

6. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito, mas com concessão da ordem, em parte, de ofício”. (HC 106152, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 29/03/2016, PUBLIC 24-05-2016.)

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO. POSSIBILIDADE. MITIGAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 24. EXCEPCIONALIDADE. MULTA ISOLADA E DE REVALIDAÇÃO. LEGITIMIDADE. CARÁTER CONFISCATÓRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA.

PRECEDENTES. 1. Os crimes contra a ordem tributária pressupõem a prévia constituição definitiva do crédito na via administrativa para fins de tipificação da conduta. A jurisprudência desta Corte deu origem à Súmula Vinculante 24, a qual dispõe: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no artigo 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”. **2. Não obstante a jurisprudência pacífica quanto ao termo inicial dos crimes contra a ordem tributária, o Supremo Tribunal Federal tem decidido que a regra contida na Súmula Vinculante 24 pode ser mitigada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, sendo possível dar início à persecução penal antes de encerrado o procedimento administrativo, nos casos de embaraço à fiscalização tributária ou diante de indícios da prática de outros delitos, de natureza não fiscal.** 3. O Tribunal de origem, com apoio no acervo fático-probatório e na interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, decidiu pela legitimidade da multa isolada e da multa de revalidação. Para firmar entendimento diverso do acórdão recorrido, seria indispensável o reexame da legislação infraconstitucional e do acervo probatório dos autos, providências vedadas em sede de recurso extraordinário. 4. Esta Corte já decidiu que as alegações de afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando dependentes de exame de legislação infraconstitucional, configurariam ofensa constitucional indireta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. (ARE 936653 AgR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 24/05/2016, PUBLIC 14-06-2016.) Grifou-se.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

25 de junho de 2018

1-Mantida condenação por dispensa ilegal de licitação imposta a ex-prefeita de município do Maranhão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2-Liminar impõe medidas cautelares alternativas a investigado em operação sobre remessa de recursos ao exterior

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

26 de junho de 2018

3-2ª Turma anula diligências realizadas no apartamento funcional da senadora Gleisi Hoffmann

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4-Mantidas medidas cautelares impostas a empresário investigado em operação sobre fraudes em fundos de pensão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-Suspensa execução das penas de José Dirceu e João Cláudio Genu

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6-Lava-Jato: suspenso julgamento de inquérito contra senador Ciro Nogueira

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Ministro Fachin remete ao Plenário agravo contra decisão em que declarou prejudicada petição de Lula

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de junho de 2018

8- Rejeitada reclamação que alegava usurpação de competência do STF na operação Carne Fraca

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de junho de 2018

9- Revogada prisão decretada pela Justiça Federal do RN contra Eduardo Cunha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

25 de junho de 2018

10- Negado trancamento de ação contra denunciado por suposta fraude em obras no metrô de São Paulo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Quinta Turma não reconhece ilegalidade em decisão do MP que reconsiderou transação penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de junho de 2018

12- Negado habeas corpus que pedia liberdade do deputado Edson Albertassi

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de junho de 2018

13- Destrancada ação contra atleta norte-americano por falsa comunicação de crime durante a Rio 2016

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14- Ministro manda soltar padre Amaro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

29 de junho de 2018

15- Negado recurso do governador da Paraíba contra remessa de processo para primeira instância

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 010

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares

Rogério Sanches Cunha
Analista de Promotoria:
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Colaboração premiada, legitimidade do Delegado de Polícia e as atribuições/deveres do Ministério Público

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.508-DF, na qual julgou constitucional os parágrafos 2o. e 6o. do art. 4o. da Lei 12.850/13, reconhecendo a legitimidade de o Delegado de Polícia celebrar acordo de colaboração premiada, foi formado, a pedido do CAOCRIM, Grupo de Trabalho na Subprocuradoria-Geral de Justiça Criminal (ATO 43/18) para tratar dos seus reflexos nas atribuições e os deveres do órgão de execução do Ministério Público quando diante de um acordo policial.

Muito antes do prazo estipulado para o encerramento dos trabalhos, o Grupo apresentou ao Procurador-Geral de Justiça os seguintes enunciados, todos aprovados por unanimidade:

ENUNCIADO N. 1

Apresentada proposta de acordo de colaboração premiada subscrita pelo Delegado de Polícia para homologação judicial, pode o Ministério Público, como titular da ação penal (art. 129, I, da CF), depois de ouvido o colaborador na presença de seu defensor:

- a) ratificar os termos do acordo, em especial quando dele participou desde a origem;
- b) substituir o acordo por outro;
- c) recusar o acordo, ressalvada a possibilidade de o juiz, dissentindo, remeter a questão ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando, por analogia, o art. 28 do CPP;
- d) entendendo não existir justa causa para a ação penal, manifestar-se pela rejeição do acordo policial, promovendo o arquivamento da investigação;
- e) realizar ou requisitar diligências imprescindíveis à análise dos termos do acordo ou da formação da “opinio delicti”.

ENUNCIADO N. 2

O acordo celebrado pela Autoridade Policial não deve impedir ou restringir, direta ou indiretamente, o direito de ação ou de punir do Estado, ficando vedada a concessão de imunidade processual, perdão judicial, substituição de pena, regime prisional diverso daquele ditado pelo art. 33 do CP ou efeitos de eventual condenação.

ENUNCIADO N. 3

Não havendo previsão legal do cabimento de recurso em sentido estrito, da decisão que homologa o acordo policial desafia recurso de apelação, com fundamento no art. 593, II, CPP; se proferida por Tribunal, agravo interno.

ENUNCIADO N. 4

A atribuição do Delegado de Polícia para firmar acordo se limita à fase de investigação, com a fiscalização do Ministério Público, sob pena de reclamação. Proposta a ação penal, a Autoridade Policial fica impedida de celebrar acordo de colaboração envolvendo fatos e pessoas constantes da denúncia-crime, sob pena de violação do art. 129, I, da CF.

ENUNCIADO N. 5

Acordo celebrado pela Autoridade Policial versando, direta ou indiretamente, sobre matérias extrapenais deve ser recusado pelo Ministério Público.

ENUNCIADO N. 6

Na hipótese de homologação judicial da colaboração premiada celebrada pela Autoridade Policial, cabe ao MP ou querelante, como titular da ação penal, após analisar a eficácia da colaboração com base nos resultados obtidos, requerer a concessão parcial ou integral dos benefícios previstos no acordo, ou deixar de requerer sua aplicação.

Participaram ativamente do Grupo os seguintes colegas:

Mário Luiz Sarrubbo (Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais), Marcio Sergio Christino (134o. Procurador de Justiça da Proc. de Justiça Criminal), Adriana Ribeiro Soares de Moraes (Promotora de Justiça Secretária da 3a. Promotoria Criminal da Barra Funda), Alexandre Affonso Castilho (Promotor de Justiça – GAECO/Vale do Paraíba), Alexandre Cebrian Araujo Reis (Promotor de Justiça – assessor da Procuradoria-Geral de Justiça), Amauri Silveira Filho (Promotor de Justiça – Secretário Executivo dos GAECOs), Arthur Pinto de Lemos Jr. (Promotor de Justiça - Coordenador do CAOCRIM), Cléber Rogério Masson (Promotor de Justiça – assessor da Procuradoria-Geral de Justiça), Daniel Zulian (Promotor de Justiça – GAECO/Campinas), Guilherme Sampaio Sevilha Martins (Promotor de Justiça – GAECO/Bauru), Letícia Rosa Ravacci (Promotora de Justiça – GAECO/SP), Leonardo Leonel Romanelli (Promotor de Justiça – GAECO/Ribeirão Preto), Rafael Queiroz Piola (Promotor de Justiça – GAECO/Franca), Roberto Victor Anelli Bodini (Promotor de Justiça – GEDEC), Rogério Sanches Cunha (Promotor de Justiça – assessor CAOCRIM).

2 - Conflito de atribuições entre MPs e o Aviso 150/17 PGJ e CGMP

O Supremo Tribunal Federal, nas Ações Cíveis Originárias (ACO) 924 e 1394, mudou seu posicionamento e decidiu que, no conflito de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre o Ministério Público estadual e Ministério Público da União, é o Procurador Geral da República quem deve solucionar a controvérsia.

Essa decisão tem merecido críticas, não sem razão, pois afronta a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional. O novo posicionamento rendeu MOÇÃO DE DESCONTENTAMENTO aprovada no Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Estados e da União, em agosto de 2016. Vejamos.

Nos termos do art. 128 da CF/88, o Ministério Público abrange: o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e os Ministérios Públicos dos Estados. O §1o. do mesmo artigo anuncia que o Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República (...).

Percebe-se, com certa facilidade, autonomia entre o MPU os MPEs, os últimos não sendo subordinados funcional, financeira e/ou administrativamente ao primeiro. Essa arquitetura montada pelo Constituinte fica confirmada pelos §§ 1o. ao 3o. do art. 127 da Carta Maior, ao dispor que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (§1o.), sendo que cada MP elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (§3o.).

Informada pela estrutura anunciada na Constituição, a Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do MPU), nos seus artigos 26, inciso VII, e 49, inciso VIII, estabelece ser atribuição do PGR, como chefe do MPU, dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do MPU e os conflitos de atribuições entre órgãos do MPF. Já a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional dos MPs estaduais), no seu artigo 10, inciso X, prevê competir ao PGJ, como chefe da instituição, dirimir conflitos de atribuições entre seus membros.

A LOMPU, portanto, seguindo fielmente a Carta Maior, consideradas as atribuições legais do PGR, estabeleceu a ele competir, como chefe do MPU, apenas e tão somente solucionar os conflitos entre integrantes de ramos diferentes do MPU e entre órgãos do MPF. E não poderia ser diferente. MP da União e MP dos Estados têm estruturas funcionalmente autônomas. Por isso, alerta Emerson Garcia:

“Tratando-se de estruturas funcionalmente autônomas, é juridicamente insustentável a tese de que o conflito deveria ser solucionado por integrante de uma delas, o que terminaria por

dar azo a uma espécie de subordinação institucional. Nessa perspectiva, sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil, não é admissível, com parece a alguns, que um órgão que atue no âmbito federal, como é o PGR, possa impor suas deliberações aos MPs dos Estados. A resolução dos conflitos de atribuições, em sede administrativa, pressupõe a existência de um escalonamento hierárquico entre a autoridade que irá solucioná-lo e aqueles que deverão acatar sua decisão, pressupondo que permitirá a eventual punição do recalcitrante e que se encontra ausente na hipótese” (Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico, 5a.ed, SP, Saraiva, 2015, p. 315).

Ora, não sendo possível, lógica, política e juridicamente, a tese de o PGR dirimir conflitos envolvendo órgãos do MPU e MP dos Estados ou entre MPs de Estados diferentes, pergunta-se: qual (a instituição) o órgão que deve assumir essa tarefa? A lacuna existe e o uso da analogia é inevitável. Na tarefa de suprimi-la, no entanto, o intérprete deve ater-se aos seguintes pressupostos, a saber: a existência de um conflito federativo, cuja apreciação só pode passar por órgão institucionalmente equidistante daqueles envolvidos e, ao mesmo tempo, colegiado.

Dentro desse espírito democrático, no plano constitucional chama a atenção um dispositivo: o artigo 102, inciso I, “f”, que afirma ser de competência do STF processar e julgar, originariamente, as causas e conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Quando dois MPs de Estados diferentes (ou MP estadual e MPF) colidem nas suas teses, instaurado está um conflito federativo. Por esta razão, parece-me que o STF é o órgão competente para dirimir a controvérsia, na esteira do já mencionado artigo 102, I, “f”, da nossa Bíblia Política”. E não seria a primeira vez que se recorreria à Corte Maior na salvaguarda da federação. Sabemos que a ação popular deve ser proposta, originariamente, no primeiro grau da Justiça comum, não existindo competência originária dos Tribunais para julgar ações dessa natureza, ainda que movida contra alguma autoridade detentora de foro por prerrogativa de função. Contudo, como bem lembram Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, o STF, na ACO 622/RJ e Rcl 2.833/RR, já decidiu a ele competir julgar originariamente ação popular quando envolver conflito federativo estabelecido entre a União e Estado-membro ou Distrito Federal, aplicando o art. 102, I, “f”, da CF (Direito Constitucional Positivo, T II, 2017, Salvador: Juspodivm, versão digital).

E, de fato, não existe no nosso arcabouço legislativo, constitucional ou infraconstitucional, solução melhor. De lege lata, não cabe ao STJ, pois encarregado apenas de resolver conflitos de jurisdição (art. 105, I, “d”, CF). Ao PGR muito menos, pois lhe falta os pressupostos acima mencionados, destacando-se: órgão institucionalmente equidistante dos interessados e

colegiado. Aliás, suas decisões em futuros conflitos não vinculam o Judiciário, bem como os MPs sobre os quais não exerce tem função de chefia.

Existem ações institucionais visando reverter esse quadro, como, por exemplo, a reunião do CONACRIM (Centros de Apoio de todos os Estados), a ser realizada no dia 17/8, em Goiânia, tendo como um dos temas da pauta exatamente o conflito de atribuições entre MPs.

Por ora, enquanto não se reverte a decisão aqui combatida, os colegas devem observar o AVISO 150/17, subscrito conjuntamente pela Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público, nos seguintes termos:

O Procurador-Geral de Justiça e o Corregedor-Geral do Ministério Público, no uso de suas atribuições,

Considerando que, nos casos de conflito de atribuições entre Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, ou entre Ministérios Públicos de Estados diversos, não há como se reconhecer simples conflito entre membros dos Ministérios Públicos envolvidos, mas entre as próprias Instituições;

Considerando a existência de divergências no Supremo Tribunal Federal, conforme se vê de inúmeras decisões proferidas em Ações Cíveis Originárias ou Petições que por lá tramitaram (Pet 3528, ACO 1445/MG, Pet 5117, AgrReg na Petição 5098/SP, ACO 852/BA, ACO 889/RJ, ACO 1041/SP, ACO 1079/SP, ACO 1193/PI, ACO 1239/DF, ACO 2739/RJ, Petição no 1503/MG, Petição no 3094, ACO 924, ACO 1394);

Considerando que as decisões proferidas nas ações cíveis originárias não possuem efeito vinculante em relação à parte dispositiva e mesmo em relação aos chamados fundamentos ou motivos determinantes, pois, de conformidade com o disposto no artigo 102, § 2o, da Constituição Federal, essa força cabe apenas às Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e às Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI); e,

Considerando que compete ao Procurador-Geral de Justiça representar judicialmente o Ministério Público, nos termos do art.10, I, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei no 8625/93), e do art.19, II, a, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público (Lei Complementar Estadual no 734/93);

Avisam aos senhores membros do Ministério Público do Estado de São Paulo que, em casos concretos, desde que formada a convicção no sentido da necessidade de instauração de conflito de atribuições entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, ou Ministérios Públicos de outros Estados, provoquem a instauração do conflito mediante representação fundamentada dirigida à Procuradoria-Geral de Justiça.

Avisam, ainda, que a provocação não deve ser encaminhada diretamente, pelo membro do Ministério Público, ao E. Supremo Tribunal Federal ou à D. Procuradoria- Geral da República, para fins de instauração do conflito, dada a atribuição exclusiva do Procurador-Geral de Justiça para representação judicial da instituição.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1 – Tema: Reconhecimento fotográfico. Validade quando ratificado em juízo.

Para STJ, o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação.

Comentários do CAOCRIM:

Pode se definir o reconhecimento como o cotejo entre elementos atuais e passados, capazes de propiciar a identidade de determinada pessoa ou coisa. Nesse sentido pronuncia-se Enrico Altavilla, citado por Adalberto Camargo Aranha, para quem o reconhecimento “é um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma percepção passada” (Da prova no processo penal. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 168). Numa definição mais estrita, formulada por Hélio Tornaghi, “reconhecimento é o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu” (Curso de processo penal, 1990, vol. 1, p. 429).

Considerando que se trata de meio de prova que pode realmente contribuir para a imputação da autoria delitiva, o Código de Processo Penal estabelece, no art. 226, diversos requisitos para que o ato de reconhecer alguém seja seguro e livre de induzimento ou sugestionamento.

A despeito disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é absolutamente pacífica no sentido de que, não atendidas tais formalidades, nem por isso perde o ato a sua validade:

“É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação” (HC 443.769/SP, j. 12/06/2018).

Uma das formas pelas quais o reconhecimento se dá sem a observância do art. 226 é a fotográfica, não contemplada.

Se ao reconhecimento pessoal já são apontadas restrições, com muito mais razão doutrina e jurisprudência nutrem enormes ressalvas quanto à validade do chamado reconhecimento fotográfico. Há quem simplesmente lhe negue a natureza probatória, enquanto outros defendem sua utilização, como José Frederico Marques ao alertar que “não nos parece muito

acertado rejeitar-se de plano, como elemento de prova, o reconhecimento feito diante de fotografias. Tudo depende, em cada caso, das circunstâncias que rodearam o reconhecimento e dos dados que foram fornecidos pela vítima ou testemunha, para fundamentar suas afirmativas” (Elementos de direito processual penal, Bookseller: Campinas, 1997, vol. II, p. 308).

Com efeito, embora precário, o reconhecimento fotográfico submete-se, como de resto toda e qualquer prova penal, a uma análise global, dentro de um contexto probatório forjado nos autos e, como tal, deve ser tomado pelo juiz, na formação de sua convicção, dentro da liberdade que orienta tal raciocínio. Não tem, é óbvio, valor absoluto – que, aliás, não tem nem a confissão judicial – e, portanto, não pode isoladamente fundamentar um decreto condenatório. Deve ser recebido com as ressalvas decorrentes de sua natureza precária e cotejado com os demais elementos probatórios que compõem o processo, especialmente aqueles produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. É neste sentido a tese firmada pelo STJ:

(...) V – O reconhecimento fotográfico não é inválido como meio de prova, pois, conquanto seja aconselhável a utilização, por analogia, das regras previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, as disposições nele previstas são meras recomendações, cuja inobservância não causa, por si só, a nulidade do ato. Precedentes. VI – In casu, consta que o reconhecimento fotográfico não foi o único elemento de prova a fundamentar a condenação, pois foi corroborado por outros elementos, como ‘termos de reconhecimento pessoal’ e os ‘relatos efetuados pelos ofendidos em juízo’” (HC 427.051/SC, j. 05/04/2018).

2 – Tema: Testemunho prestado por policiais. Validade.

Para o STJ, é válido e revestido de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos em ação investigativa e/ou responsáveis por prisão em flagrante, quando estiver em harmonia com as demais provas dos autos e for colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Comentários do CAOCRIM:

A regra geral estabelecida no Código de Processo Penal é de que toda pessoa pode ser testemunha (art. 202), assim considerada a pessoa física que narra em juízo qualquer circunstância a respeito de determinada prática delituosa de que tenha conhecimento.

Ao dispor que toda pessoa pode servir como testemunha, procurou o Código afastar qualquer espécie de preconceito, deixando a critério do julgador, em uma análise global do conjunto

probatório, a valoração de cada depoimento de acordo com os princípios da busca da verdade real e da livre apreciação da prova.

Há, no entanto, certa controvérsia a respeito da validade do depoimento de policiais que efetuaram a prisão em flagrante ou de alguma forma atuaram na investigação do fato criminoso.

Parte da jurisprudência e da doutrina veem com enormes reservas essa espécie de depoimento. Afinal – argumentam – se o policial foi o responsável pela prisão do réu ou pela investigação, buscará, sempre, conferir ares de legalidade ao seu ato. Em vista da posição antagônica em que se encontra em relação ao acusado, sua tendência seria de carregar nas cores, pintando um quadro mais grave do que o efetivamente verificado, de modo a prejudicar a situação do agente.

Há, de outra parte, posicionamento francamente favorável ao depoimento de policiais. É que, tendo participado diretamente da diligência que culminou com a deflagração de processo contra o réu, mais do que ninguém se encontra preparado para depor sobre os fatos. Demais disso, importaria em verdadeiro contrassenso que o Estado, de um lado, habilitasse o agente a prestar-lhe serviços, mediante, inclusive, ingresso na carreira por um concurso público para, de outro, negar credibilidade a seu depoimento.

De fato, não há razão plausível para colocar sob suspeita o relato de um agente público legitimado para o combate ao crime simplesmente em razão de sua condição. Seu testemunho deve ser tomado sem nenhuma espécie de reserva a esse respeito, e deve ser cotejado – como qualquer outro – com outros elementos probatórios que integrem o processo. Se não há indicação de vício no relato apresentado, é plenamente possível sua utilização para fundamentar a sentença condenatória. O simples fato de que a testemunha é policial não pode jamais servir para desacreditá-la.

Assim se firmou a tese do Superior Tribunal de Justiça:

“Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade” (HC 436.168/RJ, j. 22/03/2018).

DIREITO PENAL:

1 - Tema: STJ. Aplicação da pena. Possibilidade ou não de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando o tráfico de drogas for praticado com o intuito de introduzir substâncias ilícitas em estabelecimento prisional.

Comentários do CAOCRIM:

Sempre se discutiu (na doutrina e jurisprudência) a possibilidade de pena alternativa para crime rotulado como hediondo (ou equiparado). Vamos analisar a questão seguindo a ordem cronológica das várias leis (e decisões) que, explícita ou implicitamente, trataram do assunto.

A Lei nº 8.072/90 não trouxe, expressamente, qualquer vedação ao benefício. Contudo, na versão primeira, previu o regime integral fechado, fomentando a controvérsia: para uns, tal regime tornava inviável a substituição (vedação implícita); para outros, partindo da premissa que não existem vedações implícitas (devendo ser, sempre, explícitas) e que o regime integral fechado era inconstitucional, ferindo, dentre outros, o princípio da individualização da pena, não havia base legal para a vedação da substituição.

Depois de mais de uma década, o STF declarou a inconstitucionalidade do regime integral fechado (HC 82.959-7), silenciando sobre a compatibilidade ou não dessa espécie de crime com as penas alternativas (a discussão persistiu).

Com o advento da Lei nº 11.464/2007, alterou-se a redação do artigo 2º, §1º da Lei de Crimes Hediondos, não mais prevendo o regime integral, mas sim inicial fechado.

Com a mudança, a maioria entendeu não haver mais óbice (implícito ou explícito) à substituição da pena em se tratando de crimes hediondos ou equiparados.

Restava, contudo, a vedação expressa na Lei de Drogas (Lei 11.343/06), que foi também declarada inconstitucional pelo STF (HC 97.256) e teve sua eficácia suspensa por meio de resolução do Senado Federal (Resolução nº 5 de 2012).

Diante desse quadro, cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, aquilatar se estão presentes os requisitos que autorizam a substituição, observando, ainda, o princípio da suficiência da pena alternativa diante da gravidade do crime hediondo (ou equiparado) cometido pelo sentenciado, evitando, assim, insuficiente intervenção do Estado. Aliás, em várias oportunidades, o STF vem reafirmando o seu posicionamento sobre a inconstitucionalidade de qualquer cláusula legal que veda, apenas com base na gravidade em abstrato do crime, benefícios penais (restritivas de direitos, por exemplo) ou processuais (como a liberdade provisória). Vislumbra, nessas situações, um abuso do poder de legislar por

parte do Congresso Nacional que, na verdade, culmina por substituir-se ao próprio magistrado no desempenho da atividade jurisdicional.

O caso ora comentado se resume num processo em que o réu é acusado de tráfico, mais precisamente, de buscar introduzir drogas no sistema prisional. O juiz, analisando o caso concreto, negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, julgando ausentes os requisitos subjetivos permissivos da benesse legal. Não sem razão, entendeu que a pena diversa da prisão, no caso, era insuficiente para atingir as finalidades da retribuição e prevenção.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

2 de julho de 2018

1- Decisão determina arquivamento de inquérito contra deputado federal Bruno Araújo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3 de julho de 2018

2-Relatores determinam arquivamento de inquéritos contra senadores por ausência de provas na investigação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Ação pede que STF afirme direito de transexuais e travestis de cumprir pena em presídio feminino

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4 de julho de 2018

4-Ministra Cármen Lúcia assina protocolo para ampliar atendimento a mulheres em situação de violência doméstica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Liminar suspende ação penal contra sócios de rede varejista acusados de crime tributário

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Mantida pena de ex-prefeito de município do Paraná condenado por desvio de recursos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5 de julho de 2018

7-Íntegra do voto do ministro Celso de Mello no julgamento sobre condução coercitiva

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6 de julho de 2018

8- Relator restabelece decisão de primeira instância e absolve acusado de dispensa ilegal de licitação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

5 de julho de 2018

9- Terceira Turma não admite novas provas sobre fato antigo apresentadas em momento processual inoportuno

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6 de julho de 2018

10-Alteração de marco para concessão de benefícios da execução penal, por unificação das penas, não tem respaldo legal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 011

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista de Promotoria:

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Viabilidade de crime de receptação quando o crime antecedente não for patrimonial, como na hipótese de crime de falso ou adulteração de sinal identificador de veículo.

A 3ª. Promotoria Criminal da Barra Funda solicitou ao CAOCRIM estudo sobre a viabilidade do crime de receptação quando o delito antecedente não for patrimonial, citando como exemplo, crime antecedente de falso ou adulteração de sinal identificador de veículo. Vejamos.

Para que se configure a receptação (própria ou imprópria), é imprescindível a existência de delito precedente, figurando como objeto material a coisa produto de crime. Não se exige que o crime antecedente seja contra o patrimônio, tendo em vista que o tipo do art. 180 do CP não contém nem mesmo restrição implícita a esse respeito. Explica Pierangeli:

“Muito embora se trata de crime autônomo, a receptação é um delito acessório, sucedâneo ou consequencial, que também recebe da doutrina e da jurisprudência a denominação de parasitário, pois a sua existência depende da ocorrência de um crime anterior, que pode ou não ser patrimonial. Destarte, a coisa pode advir, inclusive, de um delito contra a Administração Pública, como o peculato (art. 312), concussão (art. 316), corrupção passiva (art. 317), contrabando ou descaminho (art. 334), todos esses artigos do Código Penal” (Manual de direito penal brasileiro: parte especial, 2005, p. 609).

Mirabete há muito ensinava o mesmo:

“Não exige a lei que o crime antecedente esteja relacionado entre os crimes patrimoniais. Pode-se praticar receptação de coisa produto de peculato, lenocínio, falsidade, contrabando, de descaminho (JSTJ 29/295; RSTJ 27/86, e mesmo de receptação RF 265/363)” (Manual de direito penal: parte especial, 2006, p. 344).

O STJ tem decisões nas quais reconhece, por exemplo, a possibilidade de receptação de veículo que teve sinais identificadores adulterados:

“Se o veículo conduzido pelo apelante era comprovadamente objeto do delito do artigo 311 do CP, porque continha placas de identificação de veículo diverso e, para além disso, fora adquirido pelo acusado sem documentação e de um sujeito não identificado, afigura-se legítima a imputação do crime acessório de receptação, tal como procedido na sentença condenatória, que deve ser restabelecida na parte em que condenou o recorrido pela prática do crime do artigo 180, caput do Código Penal.” (REsp 1.722.894/RJ, j. 17/05/2018)

O TJSP também já concluiu pela possibilidade de receptação de veículo com sinal identificador adulterado, destacando-se a seguinte decisão, na qual se analisaram detidamente as razões pelas quais não se deve considerar atípica a conduta:

“A princípio, é de ver-se que seria despida de qualquer razão a atitude de alguém que adulterasse os sinais de um veículo adquirido lícita e onerosamente e contra o qual inexistisse qualquer irregularidade (hipótese que, porquanto esdrúxula, demandaria, ao menos, alguma motivação minimamente plausível, coisa que não se viu nos autos). Em verdade, o só fato da adulteração de sinais é forte indício de que o automóvel adveio de crime anterior.

Fora isso, assumindo-se (por amor à dialética) a possibilidade de o automóvel ter sido adulterado a despeito de obtido sem nenhuma mácula criminal, não se pode falar em fato atípico.

Acontece que a simples adulteração de seus sinais identificadores, de per si, fez nascer um objeto novo. Não se fala mais de um automóvel em estado regular e apto à livre circulação. Deu-se à luz coisa bem outra, cuja posse, necessariamente, dependia do crime autônomo previsto no art. 311 do Código Penal.

Aqui, invocando-se, com os necessários comedimentos, os conceitos civilísticos, poder-se-ia recorrer, por analogia, ao instituto da especificação, forma originária de aquisição de propriedade, pela qual aquele que labora sobre determinada matéria, transformando-a em objeto diverso, faz nascer coisa nova, de sorte a, por vezes, romper até mesmo uma anterior relação jurídica de direito real (arts. 1.269/1.271 do Código Civil).

Nessa óptica, verifica-se que são coisas indissociáveis a prática do crime e o poder de fato sobre o bem. Somente com o início da posse do objeto adulterado (consequência do próprio ato ilícito da adulteração não autorizada) é que seria possível a sua tradição a terceira pessoa (entenda-se: o receptor). Logo, o bem adveio, de forma direta, de um crime; é, efetivamente, fruto ou, para ser mais preciso, "produto" de crime.

Se tudo isso não bastasse, importaria, por fim, levar em conta, na interpretação da norma penal relativa ao crime de receptação, o critério teleológico. A razão de ser do crime de receptação é inibir a prática de ilícitos anteriores (quaisquer que sejam). Logo, à evidência, mostra-se de todo justificável obstar a transferência do objeto do crime (no caso, veículo automotor com sinal de identificação adulterado), porquanto, assim, esvaziar-se-ia, em grande medida, o interesse daquele que pratica o delito a fim de, por meio da transferência do bem, obter vantagem a isso correlata.

Diante de tais considerações, decerto não despropositadas, pode-se concluir que o objeto do crime previsto no art. 311 do Código Penal presta-se, perfeitamente, a configurar, quando transferido a terceiro, objeto do delito de receptação (em quaisquer de suas modalidades). Ao contrário da intelecção "a quo", não se sustenta a tese de atipicidade da conduta." (Apelação nº 0000449-95.2006.8.26.0050, j. 14/04/2014)

2 - Terceiro que cede sua conta para depósito de dinheiro obtido de forma fraudulenta (estelionato): definição jurídica da conduta

Com muita frequência colegas se deparam com situações em que a vantagem do crime de estelionato é depositada na conta de terceiro, alheio à execução. A 3ª. Promotoria Criminal da Barra Funda solicitou ao CAOCRIM estudo sobre a definição jurídica do terceiro que cedeu sua conta.

A análise aqui é circunstancial. Comprovado que o terceiro que cedeu sua conta corrente sabia que nela seria depositado dinheiro proveniente de estelionato, é preciso apurar com que finalidade atuou o terceiro. Há quatro possibilidades:

I) se garantiu o empréstimo da conta para que outra pessoa cometesse a fraude e depositasse o dinheiro, e obteve vantagem com isso, imputa-se a conduta de participação (por auxílio) no estelionato. O TRF-4 tem decisão neste sentido a respeito do furto mediante fraude cometido por meio eletrônico. Analisando as circunstâncias, o tribunal concluiu que o indivíduo que havia emprestado a conta deveria responder como partícipe da subtração:

“(...) Aquele que participa do furto, de qualquer modo, embora não realize a pessoalmente as transferências fraudulentas, mas empresta sua conta bancária para receber os valores furtados, e efetua ou tenta efetuar o saque, incorre nas penas cominadas ao crime, na medida de sua culpabilidade, nos termos do art. 29 do CP. Materialidade, autoria e dolo demonstrados pela prova produzida, a qual demonstra que os valores foram transferidos, mediante fraude, da conta da vítima para as contas bancárias dos réus, os quais sacaram os valores, ou tentaram sacar, cientes de que o dinheiro não lhes pertencia. As circunstâncias do cometimento do delito demonstram a ciência da ilicitude e o dolo dos réus, especialmente em face dos saques minutos após as transferências fraudulentas, evidenciando que se encontravam junto aos terminais eletrônicos aguardando a realização da operação ilícita para consumir o delito mediante a retirada do dinheiro.” (Apelação criminal 5000294-09.2010.4.04.7003, j. 10/12/2013)

II) se, com intenção de obter proveito, emprestou a conta depois que o estelionato estava consumado, imputa-se o crime de receptação dolosa. Não se afasta a possibilidade de receptação culposa se o terceiro, sem saber da ocorrência do estelionato, empresta a conta corrente sob promessa de receber alguma recompensa e as circunstâncias (como a falta de clareza a respeito da origem do dinheiro e a condição de quem propôs o negócio) indicam a ocorrência de crime precedente.

III) se simplesmente emprestou a conta, depois de consumado o estelionato, para que o proveito do crime fosse assegurado por seu próprio autor, a imputação deve ser relativa ao favorecimento real;

IV) se recebeu o dinheiro na conta para em seguida lhe conferir aparência de legalidade, imputa-se o crime de lavagem de dinheiro.

3 - Viabilidade da aplicação do art. 28 do CPP, por analogia, quando a vítima discorda do arquivamento do IP, como se fosse um recurso.

Não raras vezes colegas se deparam com a vítima peticionando para que os autos subam ao PGJ quando discordam do arquivamento do Promotor de Justiça. O CAOCRIM, provocado pela 3ª. Promotoria Criminal da Barra Funda, pesquisou o tema, concluindo que a doutrina é pacífica ao não admitir esse “recurso”. A jurisprudência também não tem precedentes admitindo essa provocação anômala.

Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, por exemplo, escrevem nesse sentido, não reconhecendo possível a possibilidade de que o art. 28 do CPP seja aplicado por iniciativa da vítima, que tem somente a opção de peticionar ao juiz, antes da apreciação da promoção de arquivamento, para que remeta o inquérito à apreciação do Procurador-Geral:

“O autor da representação, por sua vez, não pode acionar diretamente a Procuradoria-Geral, a fim de que profira nova decisão sobre o caso, se o juiz, concordando com o pedido do promotor oficiante, determinar o arquivamento do inquérito. Somente o juiz de direito pode aplicar a regra do art. 28 do Código de Processo Penal. O que é possível é que a vítima, antes de o juiz apreciar o pedido de arquivamento do Ministério Público, apresente petição solicitando a aplicação da regra do art. 28, porém, se o magistrado indeferir este pedido e determinar o arquivamento, nenhum recurso poderá ser interposto. Nesse sentido: “Ação pública condicionada à representação — Arquivamento de representação solicitada pelo Ministério Público — Recurso — Impossibilidade. É irrecurável a decisão judicial que, acolhendo solicitação do Parquet, determina o arquivamento de representação do ofendido. Muito embora através da representação a lei confira ao ofendido uma parcela de vontade sobre a instauração do processo-crime, tratando-se de ação penal pública, somente o Ministério Público, na qualidade de dominus litis, pode avaliar se os fatos levados a seu conhecimento constituem crime na forma do estatuto repressivo, com a finalidade de dar início à ação penal” (TRF — 4ª Região — AP 403.226-7 — Rel. Des. Tânia Escobar — DJU 31.07.1996 — p. 53.129)” (Direito Processual Penal Esquematizado, 2013, p. 118).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: PRISÃO – STJ: prisão domiciliar por doença não se justifica se há tratamento adequado na prisão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O inciso II do art. 318 do CPP admite a prisão domiciliar substitutiva da preventiva nas situações em que o agente está “extremamente debilitado por motivo de doença grave”.

A condição do preso é requisito a ser comprovado por meio de um relatório médico, podendo o juiz, caso não satisfeito com a prova apresentada, determinar a realização de perícia a fim de atestar a real condição do agente.

Além da presença da doença grave, exige-se simultaneamente a debilidade extrema decorrente desse mal. Isso porque uma não pressupõe, necessariamente, a outra, podendo a pessoa, embora portadora de doença grave, não se mostrar debilitada. Uma doença crônica como a Aids, ainda incurável, permite uma vida quase normal a seu portador, não importando, na maioria das vezes, em maior debilidade de seu estado de saúde. Desde que ele receba, portanto, no local em que se encontra preso, a medicação prescrita ao caso, não haverá motivo para a concessão da prisão domiciliar.

A propósito, o entendimento do STJ, por meio de sua “Jurisprudência de Teses” n. 32 (de 15 de abril de 2015) periodicamente publicada e sem caráter vinculante, impõe, ainda, que se demonstre a impossibilidade de tratamento no próprio local em que recolhido o doente. É este o teor do enunciado n. 3: “A substituição da prisão preventiva pela domiciliar exige comprovação de doença grave, que acarrete extrema debilidade, e a impossibilidade de se prestar a devida assistência médica no estabelecimento penal”.

Diante disso, o STJ indeferiu liminar em habeas corpus impetrado por um preso acusado de ter cometido extorsão mediante sequestro por capturar um idoso e exigir vinte milhões de reais como pagamento do resgate.

Alegou-se na impetração que o agente padece de cardiopatia gravíssima, agravada pelo diabetes, e já sofreu dois infartos durante o período de prisão, sendo que no momento está internado em UTI.

A ministra Laurita Vaz afastou a possibilidade de conceder a liminar, em primeiro lugar, porque o habeas corpus foi impetrado contra decisão denegatória de liminar em segunda instância, procedimento que contraria a jurisprudência do STJ e do STF. Além disso, embora se admita, em tais casos, a possibilidade excepcional de concessão da medida de urgência para garantir a efetividade da tutela jurisdicional e fazer cessar a ilegalidade, a ministra não identificou evidente constrangimento ilegal contra o preso, que está internado em hospital especializado e recebe o tratamento adequado.

2-Tema: COMPETÊNCIA – STJ: Troca de imagem de nudez entre adulto e adolescente é da competência da Justiça Estadual

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei 8.069/90 tipifica diversas condutas relativas à produção, ao trânsito e ao armazenamento de imagens pornográficas e de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes.

Embora os meios eletrônicos não sejam a única forma de cometer tais crimes, trata-se certamente da forma mais comum, especialmente em virtude da enorme expansão do uso da rede mundial de computadores. Há, dessa forma, situações em que o menor registra a si mesmo e transmite as imagens em tempo real, ou em que transmite suas fotografias. Há também situações em que o agente, tendo imagens em sua posse, transmite-as a outras pessoas localizadas nos mais diversos locais do mundo.

As variações das formas pelas quais os crimes são cometidos podem trazer dúvidas a respeito da competência para julgamento. Se alguém registra pessoalmente, em sua residência, imagens de sexo explícito com um menor, e as armazena ali mesmo, tudo indica que a competência para julgamento é da Justiça Estadual. Se, no entanto, são utilizados meios eletrônicos, surge a dúvida: compete à Justiça Estadual ou à Federal processar e julgar a ação penal? O impasse se deve ao fato de que a utilização de meios eletrônicos potencializa a transnacionalidade dos delitos.

De acordo com o STF, o julgamento dos crimes tipificados nos arts. 241, 241-A e 241-B da Lei nº 8.069/90 é de competência da Justiça Federal quando tais delitos forem cometidos por meio da rede mundial de computadores e: a) o fato esteja previsto como crime no Brasil e no estrangeiro; b) o Brasil seja signatário de convenção ou tratado internacional por meio do qual assume o compromisso de reprimir criminalmente aquela espécie delitiva; e c) a conduta

tenha ao menos se iniciado no Brasil e o resultado tenha ocorrido, ou devesse ter ocorrido no exterior, ou reciprocamente. Assim ocorre porque se trata da situação em que, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (RE 628.624/MG, DJe 09/11/2015).

Explicitando a disciplina da competência para julgamento (e referindo-se, no caso concreto, ao art. 241-A), o STJ já decidiu, por meio de sua Terceira Seção, que a competência da Justiça Federal se impõe quando constatada a internacionalidade do delito. Caso contrário, a competência é da Justiça Estadual (CC 150.564/MG, DJe 02/05/2017).

Em decisão recente (CC 158.642/MG, j. 27/06/2018), o tribunal reiterou a orientação ao decidir que compete à Justiça Estadual julgar ação penal em que uma adolescente havia transmitido fotos suas a um indivíduo por meio do aplicativo WhatsApp.

Naquele caso, o juiz estadual declinou da competência argumentando que o crime apurado extrapola limites territoriais e o conteúdo transmitido se encontra disponível para acesso universal.

A Justiça Federal, por sua vez, suscitou o conflito de competência fundamentando-se no fato de que, “no caso concreto, a troca de imagens foi mantida em ambiente fechado, entre dois particulares no WhatsApp, não tendo, assim, sido preenchido o requisito da transnacionalidade que define a competência da Justiça Federal”.

O ministro Reynaldo Soares da Fonseca deu razão ao juízo suscitante do conflito.

Para o ministro, para que se considere presente a transnacionalidade necessária para atrair a competência da Justiça Federal, é imprescindível a demonstração de que as imagens de pornografia infantil foram publicadas ou divulgadas na internet, quando são alcançados destinatários em outros países. No caso julgado, como não havia indícios de que as imagens transmitidas pela adolescente saíram da esfera privada, a competência se estabeleceu na Justiça Estadual mineira.

DIREITO PENAL:

1-Tema: APLICAÇÃO DA PENA – STJ: a majorante da menoridade no tráfico dispensa a prova da certidão.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 40 da Lei 11.343/06 traz, no inciso VI, causa de aumento de pena de um sexto a dois terços se a prática dos crimes tipificados nos arts. 33 a 37 envolver (fizer tomar parte, contar com a participação) ou visar a atingir (objetivo de alcançar) criança (menor de 12 anos) ou adolescente (com doze anos completos, porém menor de 18) ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação (alienado mental, enfermo, senil, ébrio etc.).

O propósito do aumento é tornar mais severa a punição não só de quem se vale de inimputáveis – ou de outros vulneráveis – para viabilizar o comércio ilícito de drogas, mas também de quem de alguma forma busca atingir, com o comércio, essas mesmas pessoas, que não têm suficiente discernimento para avaliar as consequências nefastas do uso de substâncias psicotrópicas. Em resumo: a pena é aumentada tanto nas situações em que menores ou outras pessoas sem o necessário discernimento são cooptados para que atuem no tráfico quanto nas situações em que são visados na qualidade de consumidores.

Mas, no caso da menoridade, como se faz a prova? Exige-se a apresentação de certidão de nascimento?

De acordo com o que decidiu o STJ, não. A prova da menoridade pode ser produzida por qualquer meio dotado de fé pública.

No caso julgado, o menor havia sido recrutado para cometer o crime junto com o imputável. Descoberta a atividade criminosa, o menor foi ouvido pela polícia, ocasião em que se referiu à sua idade, foi encaminhado para ser ouvido pelo membro do Ministério Público e, na audiência de instrução, foi inquirido na presença de sua genitora.

A defesa do agente imputável pretendia afastar a majorante do tráfico porque o magistrado de primeiro grau havia imposto o aumento sem se lastrear em documento idôneo a comprovar a menoridade do comparsa. Mas o STJ considerou que as referências processuais à idade do menor eram elementos probatórios suficientes.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

9 de julho de 2018

1-Ministro rejeita HC impetrado pela defesa do ex-governador José Roberto Arruda

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10 de julho de 2018

2-Mantida prisão preventiva de prefeito acusado de fraudes na compra de merenda escolar

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de julho de 2018

3-Mantida execução da pena de empresário condenado por homicídio de advogado em Vila Velha (ES)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12 de julho de 2018

4-Mantida prisão preventiva de vereador de Petrópolis acusado de associação criminosa e peculato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-Prorrogado prazo de investigação contra o senador Romero Jucá

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6-Mantida prisão de ex-chefe da Casa Civil de MT acusado de receber propina

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Ministro nega revogação de medidas cautelares impostas a empresário investigado na Operação Lava-Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

9 de julho de 2018

8- Guarda de drogas permite prisão dentro de domicílio mesmo sem mandado judicial

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Preso por roubo de carga em São Paulo tem pedido de liberdade negado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10 de julho de 2018

10- Exigência de perícia para concessão de liberdade condicional requer fundamentação concreta

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Suspensa execução de penas restritivas de direitos contra empresário Fernando Schincariol

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Rejeitado pedido de anulação de falta grave por apologia ao PCC em presídio

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13- STJ nega HC para Lula e afirma incompetência de desembargador plantonista para decidir questão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de julho de 2018

14- Acusada de tentar vender gerador cedido pela Eletronorte a comunidade do Pará permanece presa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- Preso em flagrante com mais de uma tonelada de maconha tem pedido de liberdade negado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

16- Negada prisão domiciliar para acusado de mandar sequestrar idoso e exigir resgate de R\$ 20 milhões

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

17- Ministra Laurita Vaz nega 143 habeas corpus padronizados em favor do ex-presidente Lula

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12 de julho de 2018

18- Mãe acusada de traficar drogas na própria casa tem pedido de prisão domiciliar indeferido

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19- Economista preso na Operação Cadeia Velha tem pedido de liberdade negado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13 de julho de 2018

20- Identificação posterior de numeração pela perícia não afasta crime de porte de arma de uso restrito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

21- Mantida prisão preventiva de homem denunciado pela morte da ex-namorada grávida

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 012

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida
SilvaresRogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Pedido ministerial de reparação do dano à vítima: momento processual para o requerimento

O CAOCRIM, provocado pelo I. Procurador de Justiça MILTON THEODORO GUIMARÃES FILHO, neste capítulo do Boletim, discorre não apenas sobre a importância de os colegas pleitearem, na seara criminal, valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, mas também sobre o momento oportuno para se fazer o pedido. De acordo com o procurador de Justiça, esses pedidos, ora não constam no processo, ora são formulados de forma extemporânea, prejudicando a atuação ministerial em segundo grau na importante tutela da vítima.

Pela atual redação do art. 387, IV, CPP cumpre ao juiz, na sentença condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo.

Não se desconsidera a existência de acórdãos admitindo o pedido a qualquer tempo (ou até mesmo dispensando pedido expresso), como, por exemplo, o TJ/RS:

“Especificamente à fixação do montante indenizatório, pelo sentenciante, nada mais fez do que observar o disposto no art. 387 do CPP, que tornou aquela medida integrante do ato condenatório, como o são a imposição de pena, a consideração de circunstâncias agravantes e atenuantes e tudo o mais que deva ser levado em conta na sua fixação; a aplicação de eventual interdição de direitos e medidas de segurança; a determinação de publicação do ‘decisum’ e fundamentação acerca de manutenção ou imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar. Como efeito da condenação, a ausência de pedido expresso na peça vestibular, ou discussão a respeito, no decorrer do feito, não obsta sua imposição, assim como a ausência de discussão acerca dos demais efeitos do ato condenatório, como a imposição de pena, por exemplo, não impossibilita sua aplicação” (TJRS – Ap. n° 70055000954, Rel. Fabianne Breton Baisch, j. 11.09.2013).

Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em diversos julgados, vem exigindo que o valor a ser eventualmente fixado pelo juiz, em caso de condenação, conste expressamente da denúncia ou queixa, a fim de que o réu tenha condições de rebater pontualmente essa pretensão.

“Insta observar que a condenação dos apelantes a reparar os danos dos ofendidos deve ser afastada, posto que como não houve pedido expresso na denúncia de valor mínimo de

indenização, não é devida a reparação dos danos causados pela infração prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, nos moldes do determinado na r. decisão recorrida (Nesse sentido: Apelação Criminal nº 0001420-13.2010.8.26.0318, Rel. Des. Nuevo Campos, julgado em 04/10/2012)” (TJSP – Apelação nº 0054898-42.2008.8.26.0564. Rel. Nelson Fonseca Junior, j. 12.12.2013).

“Como não houve requerimento de reparação de danos pelas partes ofendidas e entendendo não ser devido o arbitramento de ofício pelo Juiz, revogo a indenização fixada na r. sentença monocrática, sem prejuízo de que as partes possam requerê-la no Juízo Cível” (TJSP – Apelação nº 0034465-65.2012.8.26.0050, Rel. Paulo Rossi, j. 11.12.2013).

No mesmo sentido vem decidindo o STJ:

“Este Superior Tribunal, em relação à fixação de valor mínimo de indenização a título de danos morais, nos termos do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, entende que se faz indispensável o pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público, este firmado ainda na denúncia, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa” (STJ – AgRg no REsp n. 1626962-MS – Rel. Sebastião Reis Júnior, j, 06.12.2016, DJe 16.12.2016).

“Este Tribunal sufragou o entendimento de que deve haver pedido expresso e formal, feito pelo parquet ou pelo ofendido, para que seja fixado na sentença o valor mínimo de reparação dos danos causados à vítima, a fim de que seja oportunizado ao réu o contraditório e sob pena de violação ao princípio da ampla defesa” (STJ – AgRg no AREsp nº 389234-DF, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08.10.2013, DJe 17.10.2013).

O TRF da 4ª. Região editou Súmula na mesma linha:

Súmula 131: “Para que o juiz possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, é necessário que a denúncia contenha pedido expresso nesse sentido ou que controvérsia desta natureza tenha sido submetida ao contraditório da instrução criminal”.

2 - Crimes envolvendo carregamento fraudulento de bilhete único, tendo como vítima órgãos como SPTrans e CPTM.

Provocados pela 3ª. Promotoria de Justiça da Barra Funda, foi encaminhado ao CAOCRIM o estudo da tipicidade dos comportamentos envolvidos em fraudes no carregamento de bilhete único de transporte.

Em apertada síntese, a situação colocada tem, basicamente, três personagens:

“A”: na posse de bilhete verdadeiro, mas sem crédito, mediante o uso de software ilegal, fraudulentamente recarrega o ingresso, gerando prejuízo para as empresas de transporte.

“B”: na posse dos bilhetes fraudulentamente carregados, expõe à venda.

“C”: usuário do sistema de transporte, adquire de “B” o bilhete, mais barato do que aquele vendido nos sítios oficiais.

Diante desse quadro, analisando com atenção a conduta de cada agente implicado no evento, o CAOCRIM concluiu o que segue:

Por primeiro, descartamos existir em qualquer das condutas acima o crime de furto. Não existe subtração de coisa alheia móvel. A empresa de transporte (ou a Prefeitura), induzida em erro, deixa de se locupletar em razão de artifício empregado pelo agente.

No que diz respeito ao “A”, a sua conduta se subsume ao disposto no art. 171 do CP, podendo incidir, a depender da vítima, a causa de aumento do §3º, inviabilizando, assim, o benefício do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Já com relação ao “B”, caso não exista prova de que concorreu para o comportamento de “A”, sua conduta se ajusta ao art. 180, §1º., do CP, lembrando que o §2º. do mesmo artigo equipara à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência (redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996).

Com relação ao “C”, se o sujeito simplesmente adquire o cartão de origem espúria, comete receptação simples. Mas se, eventualmente, leva seu próprio cartão para ser carregado mediante fraude, deve também responder por estelionato.

Por fim, como é sabido, no crime de receptação dolosa, a prova do conhecimento da procedência criminosa adquirida ou recebida via de regra é difícil. Sendo a aquisição ou recebimento da res geralmente feita na clandestinidade, a prova testemunhal é missão árdua. E sendo a negativa dos réus, quanto ao conhecimento da origem da coisa, uma constante, de grande valia a prova indiciária, que no caso, é bastante e suficiente para alicerçar o édito condenatório. Não se alegue que com tal meio de prova não é possível estear uma condenação. Segundo estão acordes a doutrina e a jurisprudência, os indícios, desde que concordantes com outras provas colhidas, se constituem em meios idôneos de prova, e, conseqüentemente, bastante para autorizar a condenação da prática de um crime. Para José Frederico Marques: “O valor probante dos indícios e presunções, no sistema de livre convencimento que o Código adota, é em tudo igual ao das provas diretas” (in Elementos de Direito Processual Penal, Forense, 2ª ed. 1965, Vol. II, pg. 368).

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema PROVAS - STJ: É legal a prova com material genético descartado, ainda que não tenha havido consentimento do investigado

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Com o advento da lei 12.654/12, tornou-se possível a identificação criminal por meio da coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético do agente, se a identificação for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que deve decidir de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Esta forma de identificação criminal foi concebida sobretudo para subsidiar investigações criminais nas quais o contato pessoal pode deixar vestígios genéticos do autor do crime no corpo da vítima ou mesmo no local em que ocorrem os fatos. E, considerando o fato de que o perfil genético deve ser armazenado em banco de dados específico, a identificação serve para facilitar investigações futuras, em que o DNA colhido na investigação pode ser cruzado com os dados armazenados.

Para muitos, a inovação é inconstitucional porque prestigia o direito penal do autor (remontando ao conceito de “criminoso nato” de Enrico Ferri), fere a segurança jurídica – desequilibrando a balança da punição x garantias – e é campo fértil para abusos.

Parece-nos, no entanto, que a medida é salutar quando se pensa num Estado que deve ser eficiente no combate à crescente criminalidade (garantismo positivo), sem desconsiderar as garantias do cidadão (garantismo negativo). Criticamos, apenas, aqueles que se pronunciam interpretando a lei no sentido de ser obrigatório o fornecimento do material pelo agente. Isso nos parece inconstitucional e inconveniente, pois a todos é assegurado o direito de não produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere). Logo, deve o Estado, através de métodos não invasivos (salvo se o investigado concordar com tais procedimentos) colher material despreendido do corpo do investigado para servir à identificação genética. O Estado não está impedido de usar vestígios para colher material útil na identificação do indivíduo; não há nenhum obstáculo para sua apreensão e verificação (ou análise ou exame), pois são partes do corpo humano (vivo) que já não pertencem a ele. Logo, todas podem ser apreendidas e submetidas a exame normalmente, sem nenhum tipo de consentimento do agente ou da

vítima (ex: exame do DNA da saliva que se achava nos cigarros fumados e jogados fora pelo condenado).

Esta tese foi encampada pelo STJ, que negou a ordem em habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerais, cuja pretensão residia no desentranhamento de prova pericial colhida a partir de copo e colher de plástico utilizados por um homem denunciado por homicídio triplamente qualificado, estupro e extorsão (o número do habeas corpus não foi divulgado porque o feito corre em sigilo).

Argumentava a Defensoria que o agente havia se negado a fornecer o material genético para a realização de exame pericial, razão pela qual a colheita do material a partir de utensílios utilizados por ele quando já estava preso violou seus direitos constitucionais à intimidade e à não autoincriminação.

Para o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no entanto, o direito de não produzir prova contra o próprio interesse existe para evitar que agentes estatais constringam física ou moralmente alguém para contribuir ativamente para a investigação. Mas, no caso julgado, a partir do momento em que dispensou os utensílios usados, o investigado deixou de ter controle sobre o material genético neles contido. Destacou o ministro que não se permite a colheita à força – mediante violência física ou moral –, mas, se promovida sobre um material abandonado, não há ilegalidade, pois trata-se, em última análise, de objeto público.

DIREITO PENAL:

1-Tema APLICAÇÃO DE PENA - STJ: Danos psicológicos na vítima autorizam o aumento da pena-base e dispensa perícia

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Diz o art. 59 do Código Penal:

“O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

O dispositivo em exame estabelece as circunstâncias judiciais sobre as quais o magistrado procede à primeira fase de aplicação da pena (a segunda se dá sobre as circunstâncias agravantes e atenuantes; a terceira, sobre as causas de aumento e de diminuição).

Dentre as circunstâncias judiciais, temos as consequências do crime, nem sempre explorada pelos operadores do Direito no caso concreto. Em resumo, consequências do crime espelham os efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou para a coletividade. Dessa forma, se um roubo é cometido com violência que provoca na vítima lesão corporal leve, o juiz deve exasperar a pena porque as consequências são mais severas do que num roubo cometido apenas com grave ameaça; um atropelamento culposo em que a vítima sofre lesão leve deve ter pena menor do que um em que a vítima sofre lesão gravíssima e se torna permanentemente incapacitada de se locomover.

Com base nas consequências do crime, o STJ admitiu o aumento da pena-base num caso em que a vítima sofreu danos psicológicos. O Tribunal denegou a ordem em habeas corpus impetrado por um condenado por estupro de vulnerável que pretendia a redução de sua pena porque os alegados danos psicológicos não haviam sido demonstrados por exame pericial (o número do habeas corpus não foi divulgado porque o feito corre em sigilo).

Para o ministro Jorge Mussi, relator, a análise do dano psicológico causado na vítima não pressupõe exame pericial. Cabe ao magistrado analisar as circunstâncias para aplicar a pena adequada à repressão e à prevenção do delito.

2 – Tema: Analogia no Direito Penal e a jurisprudência do STJ

Representada em latim pelos brocardos *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito), ou *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão), a analogia consiste no complexo de meios dos quais se vale o intérprete para suprir a lacuna do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados no próprio Direito. Nesta ótica, seu fundamento é sempre a inexistência de uma disposição precisa de lei que alcance o caso concreto.

Embora a regra seja a da vedação do emprego da analogia no âmbito penal (em respeito ao princípio da reserva legal), a doutrina é uníssona ao permitir este recurso integrativo desde que estejam presentes dois requisitos: a) certeza de que sua aplicação será favorável ao réu (*in bonam partem*); b) existência de uma efetiva lacuna legal a ser preenchida. Em síntese, o emprego da analogia no Direito Penal somente é permitido a favor do réu, jamais em seu prejuízo, seja criando tipos incriminadores, seja agravando as penas dos que já existem.

A analogia é objeto recorrente de decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Há situações em que o tribunal a admite, assim como há outras em que a repele sob o argumento de que sua incidência é prejudicial ao agente. Dentre os julgamentos proferidos, o CAO-CRIM destaca os seguintes:

1) O efeito da condenação consistente em perda de cargo, função pública ou mandato eletivo não se aplica contra o agente aposentado para cassar o benefício: “1. O art. 92 do Código Penal apresenta hipóteses estreitas de penalidade, entre as quais não se encontra a perda da aposentadoria e, por se tratar de norma penal punitiva, não admite analogia *in malam partem*” (AgInt no REsp 1.529.620/DF, j. 20/09/2016).

2) A mãe e representante legal da vítima menor de idade não pode ser sujeito ativo dos crimes de falso testemunho e de corrupção ativa de testemunha, pois a lei lhe veda esse papel processual: “Se o próprio legislador, em clara hipótese de interpretação autêntica, definiu ele mesmo o conceito de testemunha (art. 415 do Código de Processo Civil/1973 e art. 288 do Código Civil), não cabe ao julgador se afastar dessa definição, para nela inserir aqueles a que a Lei vedou figurarem como testemunhas, mormente em se tratando de verificação de abrangência de norma incriminadora, em cuja interpretação é vedada a analogia *in malam partem*” (REsp 1.549.417/MG, j. 23/08/2016).

3) Não se aplica multa por litigância de má-fé no processo penal, pois seu código de regência não estabelece essa forma de punição: “A jurisprudência desta Corte não admite a imposição de multa por litigância de má-fé na seara penal, por considerar que sua aplicação constitui analogia *in malam partem*, sem contar que a imposição de tal multa não prevista

expressamente no Processo Penal, implicaria em prejuízo para o réu na medida em que inibiria a atuação do defensor. Precedentes” (AgRg nos EDcl nos EAREsp 316.129/SC, j. 25/05/2016).

4) Equipara-se ao tráfico de drogas (art. 33, § 1º, da Lei nº 11.343/06) a importação do fruto da planta cannabis sativa porque, embora não contenha tetrahidrocannabinol (THC), é destinado à produção da planta, que por sua vez é produzida para se transformar em entorpecente, “e sua importação clandestina amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006 sem que se possa falar em interpretação extensiva ou analogia in malam partem, tampouco em desclassificação para o delito de contrabando, dada a especialidade da norma que criminaliza a importação de matéria prima para a preparação de substância entorpecente” (AgRg no REsp 1.609.752/SP, j. 23/08/2016).

5) O art. 302 da Lei nº 9.503/97 contém uma causa de aumento de pena para as situações em que o homicídio culposo é cometido sem que o agente tenha permissão para dirigir ou carteira de habilitação. Para o STJ, não é possível aplicar a majorante se, embora seja habilitado, o agente esteja com a habilitação vencida: “No Direito Penal, não se admite a analogia in malam partem, de modo que não se pode inserir no rol das circunstâncias que agravam a pena (art. 302, § 1º) também o fato de o agente cometer homicídio culposo na direção de veículo automotor com carteira de habilitação vencida” (HC 226.128/TO, j. 07/04/2016).

6) O art. 327, § 2º, do Código Penal estabelece, para os crimes funcionais, uma causa de aumento de pena quando o autor for ocupante de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. O STJ decidiu que os ocupantes de cargos eletivos não podem ter a pena aumentada porque não foram incluídos expressamente no rol do dispositivo legal: “A norma penal incriminadora não admite a analogia in malam partem. Se o dispositivo não incluiu, no rol daqueles que terão suas penas majoradas em 1/3, os ocupantes de cargos político-eletivos, como o de vereador, não é possível fazer incidir a causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal tão só em função de o delito ter sido praticado no exercício da função” (REsp 1.244.377/PR, j. 03/04/2014).

7) Não se aplica a agravante genérica do art. 61, inciso II, e, do Código Penal quando o crime é cometido contra companheiro, pois a lei faz expressa menção apenas ao cônjuge (REsp 1.201.880/RS, j. 07/05/2013).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

16 de julho de 2018

1-Mantida prisão de ex-gerente da Petrobras condenado na Operação Lava-Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18 de julho de 2018

2-Rejeitado recurso de ex-prefeito de Campo Grande (MS) condenado por corrupção passiva

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19 de julho de 2018

3-Mantida prisão preventiva de acusado de homicídio motivado por disputa sindical no interior paulista

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4-Ministro rejeita trâmite de HC impetrado por cidadão em nome do ex-presidente Lula

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-Revogada prisão preventiva de acusado de tráfico de pequena quantidade de droga

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

16 de julho de 2018

6-Policial denunciado por integrar organização criminoso em São Gonçalo (RJ) continua preso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Presidente do STJ concede liminar para afastar hediondez em tráfico privilegiado de drogas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

17 de julho de 2018

8- Ministra determina soltura de réu preso com base em enunciado contrário à jurisprudência

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Mantida prisão preventiva de homem acusado de tentar matar quatro policiais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18 de julho de 2018

10- Negado pedido de liberdade de Eduardo Cunha no processo da condenação no caso do Porto Maravilha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Ex-diretor do grupo OAS condenado na Operação Lava Jato tem prisão mantida

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Advogado acusado de manter oficina de armas de fogo em casa permanece preso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13- Pedido de liberdade ao ex-presidente Lula é negado liminarmente pelo ministro Humberto Martins

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19 de julho de 2018

14- Suspensa aplicação de falta grave que não foi objeto de procedimento administrativo disciplinar

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- Exercício da função de flanelinha sem registro não configura contravenção penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

16- Presidente julga prejudicado pedido da PGR sobre habeas corpus de Lula

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

17- STJ mantém prisão do ex-secretário de Transportes de SP por desvio de verbas nas obras do Rodoanel Mário Covas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18- Humberto Martins nega pedido para ex-presidente conceder entrevistas dentro da prisão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

20 de julho de 2018

19- Deputado do Amazonas condenado por abuso de poder econômico tem negado pedido de suspensão de execução da pena

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

20- Indulto previsto pelo Decreto 8.615, de 2015, não exige parecer do Conselho Penitenciário

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

21- Unificação de penas não pode alterar marco temporal para concessão de benefícios da execução penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

22- Negado habeas corpus em favor de investigado pela morte da vereadora Marielle

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 013

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – O crime de abandono material e a inadimplência de pensão alimentícia.

Inserindo o abandono material no capítulo referente aos crimes contra a assistência familiar, a lei tutela no art. 244 do CP a regular manutenção da família, buscando-se a garantia de subsistência de seus membros.

Trata-se de crime próprio, podendo ser praticado somente por aquele que tem o dever legal de garantir a subsistência da vítima (cônjuge, ascendentes e descendentes). No caso de coobrigados, isto é, quando o dever de assistência recai sobre várias pessoas, cada um responderá como autor da sua omissão.

Sujeito passivo será aquele que pode exigir o amparo por parte do agente (cônjuge, ou filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho, ou ascendente inválido ou maior de 60 anos e ascendente ou descendente gravemente enfermo).

O caput do art. 244 do CPP enuncia três formas de praticar o crime:

a) deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de dezoito anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de sessenta anos, não lhes proporcionando os recursos necessários (abandono material em sentido estrito);

b) faltar ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada;

c) deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo.

Para nosso estudo interessa o segundo comportamento típico, quando o sujeito ativo falta ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada (sendo necessária, nessa hipótese, a existência de sentença judicial alimentícia). Fragoso (1) entende que a inobservância da ordem estabelecida pela Lei Civil na atribuição da obrigação de prestar alimentos é irrelevante para o aperfeiçoamento do crime.

Deve o sujeito ativo agir de forma injustificada (elemento normativo do tipo), aquilatada no caso concreto, apreciando as necessidades do paciente e as possibilidades do agente. Nesse sentido vem decidindo o STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ABANDONO MATERIAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO FATO TÍPICO. DESCRIÇÃO DE ILÍCITO CIVIL. INADIMPLEMENTO DE

¹ Ob. cit., v. 3, p. 598.

PENSÃO ALIMENTÍCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. PREJUDICIALIDADE DAS DEMAIS ALEGAÇÕES. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

Na hipótese, embora o Parquet tenha feito menção de que o denunciado, sem justa causa, tenha faltado com o pagamento de pensão alimentícia, não logrou demonstrar que a omissão foi feita de forma deliberada e sem amparo legal, restando, portanto, ausente na descrição da conduta, o elemento normativo do tipo penal, sem o qual não há falar em crime, mas tão somente em ilícito civil, que, conforme se verifica dos autos, já está sendo analisado em sede própria (RHC 55.974/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 20/03/2015).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ABANDONO MATERIAL. ART. 244 DO CP. MATERIALIDADE E AUTORIA. ÔNUS DA ACUSAÇÃO. ELEMENTO NORMATIVO "JUSTA CAUSA". INVIABILIDADE DE SE FAZER PROVA NEGATIVA. ÔNUS DA DEFESA. REVERTER A CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. 3. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DESÍDIA DA PARTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ART. 563 DO CPP. 4. DILIGÊNCIAS FINAIS. FASE NÃO SUPRIMIDA PELA LEI Nº 11.719/2008. NÃO COMPARECIMENTO DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO. 5. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. VALORAÇÃO INIDÔNEA. CULPABILIDADE. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. AVAREZA COMO MOTIVAÇÃO. ELEMENTO ABSTRATO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO COM DADO CONCRETO. CONSEQUÊNCIAS. NECESSIDADE DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DESDOBRAMENTO LÓGICO DA AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. 6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A PENA.

Para tipificação do crime de abandono material, mostra-se imprescindível o preenchimento do elemento normativo do tipo, qual seja, ausência de justa causa para o descumprimento da obrigação. No entanto, cabe ao Ministério Público demonstrar o descumprimento da obrigação e apenas apontar a ausência de justa causa, pois tecnicamente se mostra inviável a produção de prova negativa. Assim, devidamente explicitada a autoria e a materialidade, verificando-se que o paciente tinha condições financeiras de prover o sustento de sua filha menor e deixou voluntariamente de fazê-lo, cabe ao réu provar a existência de justificativa idônea para o descumprimento da obrigação alimentar. Ademais, tendo as instâncias ordinárias considerado não ter ficado demonstrada a justa causa para o inadimplemento, reverter referida constatação demandaria profundo exame de prova, o que não é possível analisar por meio de habeas corpus (HC 194.225/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 24/04/2013).

O TJ de SP segue na mesma linha:

ABANDONO MATERIAL – AUSÊNCIA DE PROVA DO DOLO DO AGENTE – ABSOLVIÇÃO – NECESSIDADE. **Inexistindo nos autos evidências seguras de que o réu, sem justa causa, deixou de pagar a pensão alimentícia devida aos filhos menores, de rigor a decretação da solução absolutória. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO (TJ-SP : 00010720520068260360 SP 0001072-05.2006.8.26.0360. Publicação 14/05/2018).**

Consuma-se o delito com a recusa, considerando-se, porém, as datas de adimplemento eventualmente pactuadas pelos interessados. A consumação deste crime não se atrela à decretação, pelo juízo cível, da prisão em decorrência da dívida alimentar. A única exigência

para que se perfaça o delito é que a prestação não paga tenha sido judicialmente acordada, fixada ou majorada.

2 – Testemunha residente no estrangeiro. Indeferimento da prova quando não demonstrada a sua imprescindibilidade.

Com o advento da Lei n° 11.900/2009, passou-se a exigir, para o deferimento da expedição de carta rogatória, que a parte interessada demonstre a imprescindibilidade da diligência (art. 222-A CPP). De sorte que, arrolada uma testemunha em um país estrangeiro, cumpre à parte indicar a relevância desse depoimento. Isso ocorre, por exemplo, quando se trate de uma testemunha presencial do fato e, mesmo neste caso, há que se avaliar se outras pessoas não o assistiram, de forma a tornar desnecessária a diligência. Ao contrário, ninguém irá indicar uma testemunha no exterior apenas para que ela enalteça os bons antecedentes do réu.

A medida revela-se salutar sob pena de, em atitude censurável, a parte arrolar testemunhas espalhadas pelo mundo, inviabilizando, com essa conduta, o desfecho do processo e provocando a iminente prescrição.

Assim vem decidindo nossos Tribunais Superiores:

“A expedição de cartas rogatórias para oitiva de testemunhas residentes no exterior condiciona-se à demonstração da imprescindibilidade da diligência e ao pagamento prévio das respectivas custas, pela parte requerente, nos termos do art. 222-A do Código de Processo Penal, ressalvada a possibilidade de concessão de assistência judiciária aos economicamente necessitados. **A norma que impõe à parte no processo penal a obrigatoriedade de demonstrar a imprescindibilidade da oitiva da testemunha por ela arrolada, e que vive no exterior, guarda perfeita harmonia com o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal**” (STF – AP 470-MG, Rel. Joaquim Barbosa, j. 10.06.2009, DJe 02.10.2009).

PENAL. DECISÃO QUE INDEFERE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHA. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO REJEITADO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 222-A DO CPP. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO – **“Incabível a substituição de testemunha a ser ouvida por rogatória, quando não evidenciada a imprescindibilidade da prova, a teor do art. 222-A do CPP. O STF, nos autos da Ação Penal 470, reconheceu a constitucionalidade do art. 222-A do CPP.** Requisitos que não ofendem o direito constitucional à ampla defesa. Agravo regimental desprovido” (STF – AP 477-SP, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 07.10.2010, DJe 25.10.2010).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. CRIME CAPITULADO NO ARTIGO 1º, III, DA LEI N. 8.137/1990. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA RESIDENTE NO ESTRANGEIRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. 1. **O Juízo processante bem fundamentou o indeferimento da prova testemunhal pleiteada, asseverando que o crime tem natureza cuja prova é majoritariamente documental, motivo pelo qual a oitiva da testemunha só teria efeito procrastinatório, uma vez que não se encontra demonstrada a imprescindibilidade da prova.** 2. Não há ilegalidade flagrante a ser sanada, pois o indeferimento do pleito da

defesa se encontra dentro da discricionariedade vinculada do magistrado. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.” (AgInt no RHC 42.131/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016)

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CAPITULADO NO ART. 171 DP CP. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TETEMUNHA RESIDENTE NO ESTRANGEIRO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. 1. **Não demonstrada, de plano, a imprescindibilidade da oitiva da testemunha, não há como afastar o indeferimento do pleito da defesa, uma vez que o magistrado atuou em conformidade com os princípios da persuasão racional e discricionariedade vinculada.** 2. Agravo regimental improvido.” (AgRg no RHC 88.461/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 21/11/2017)

Essa comprovação – da imprescindibilidade – deverá ser apontada por meio de perguntas que a parte interessada em ouvir a testemunha formulará para análise do juiz. Este, diante dos quesitos apresentados, verificará se, efetivamente, a prova se revela imprescindível, deferindo-a ou não.

A propósito, a Portaria Interministerial nº 26, de 14 de agosto de 1990, do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores, em seu item 8, determina que “nas Cartas Rogatórias para inquirição é indispensável que as perguntas sejam formuladas pelo Juízo Rogante”.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema PROVAS - STJ: Tráfico de drogas e a prova da materialidadedelitiva

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Sabemos que determinados crimes, dada a sua natureza, deixam vestígios materiais (facta permanentes), ao passo que outros, sem resultado naturalístico, não permitem que se constatem vestígios (facta transeuntes). Em relação aos primeiros, por força de expressa disposição do art. 158 do CPP, há necessidade da realização do exame de corpo de delito:

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

No caso do crime de tráfico de drogas, os §§ 1º e 2º do art. 50 da Lei 11.343/06 dispõem:

“§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1.º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.”

Como se extrai dos dispositivos acima transcritos, são dois os laudos que devem ser elaborados. O primeiro, chamado laudo de constatação, deve indicar se o material apreendido, efetivamente, é uma droga incluída em lista da Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde), apontando, ainda, sua quantidade. Trata-se, portanto, de um exame provisório, apto, ainda que sem maior aprofundamento, a comprovar a materialidade do delito e, como tal, autorizar a prisão do agente ou a instauração do respectivo inquérito policial, caso não verificado o estado de flagrância. É firmado por um perito oficial ou, em sua falta, por pessoa idônea.

A par deste, há o laudo definitivo, presumivelmente mais complexo, que, como o nome indica, traz a certeza quanto à materialidade do delito, definindo, de vez, se o material pesquisado efetivamente se cuida de uma droga. Esse laudo, a teor do art. 159 do Código de Processo Penal, deve ser elaborado por perito oficial ou, na sua falta, “por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame”, nos termos do § 1º, do mesmo dispositivo. Nada impede, outrossim, que o mesmo perito elabore o laudo de constatação e, mais adiante, o laudo definitivo. É isso, aliás, que ocorre na prática.

No geral, a jurisprudência se inclina no sentido de ser obrigatória a apresentação do laudo definitivo, vedando, assim, a condenação do agente com lastro, apenas, no laudo de constatação:

“1. A Terceira Seção desta Corte, nos autos do Eresp n.º 1.544.057/RJ, em sessão realizada 26.10.2016, pacificou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, sob pena de se ter por incerta a materialidade do delito e, por conseguinte, ensejar a absolvição do acusado. Ressalva do entendimento da Relatora. 2. Na espécie, não consta dos autos laudo toxicológico definitivo, não tendo as instâncias de origem logrado comprovar a materialidade do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor a absolvição quanto ao referido delito.” (PExt no HC 399.159/SP, j. 08/05/2018)

Tal rigor, porém, tem merecido alguma mitigação. Assim, em situações excepcionais, admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a materialidade do crime de tráfico de drogas seja comprovada pelo próprio laudo de constatação provisório. Trata-se de situações em que a constatação permite grau de certeza correspondente ao laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes e sobre substâncias já conhecidas, que não demandam exame complexo:

“1. A Terceira Seção deste Sodalício pacificou entendimento segundo o qual ‘o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação’. (REsp 1544057/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016) 2. In casu, o laudo de constatação preliminar das substâncias entorpecentes apreendidas, assinado por perito da Polícia Civil, que embasou a condenação pelo Juízo de primeiro grau, nos termos da jurisprudência deste Sodalício configura documento válido para a comprovação da materialidade delitiva, reforçada pela confissão do acusado e depoimentos colhidos em regular instrução.” (AgRg no AREsp 1.092.574/RJ, j. 07/06/2018)

Seja como for, é necessária a realização de um exame que constate a materialidade delitiva para que se cumpra a disposição do art. 158 do CPP. Não é possível basear a condenação apenas em depoimentos e na confissão do acusado.

Por isso, o STJ concedeu liminar em habeas corpus (HC 457.466/SC) para determinar a suspensão de execução provisória da pena em um caso no qual o crime de tráfico havia sido comprovado com base em prova testemunhal e na confissão do réu durante interrogatório.

A ministra Laurita Vaz citou precedentes referentes à necessidade de realização do laudo, sob pena de permanecer incerta a materialidade do crime, o que por sua vez obstaría a condenação.

2-Tema PROVAS - STJ: Realização de novo interrogatório não reabre prazo para diligências

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Pode-se definir o interrogatório como sendo a resposta dada pelo acusado às perguntas que lhe são formuladas para esclarecimento do fato delituoso e suas circunstâncias. Reveste-se de enorme importância, já que consiste na única oportunidade em que o réu, de viva voz, no exercício de sua autodefesa, pode apresentar sua versão dos fatos ao Juiz, ou seja, é o único momento processual em que ocorre uma audiência entre acusado e julgador.

Para Eugenio Florian, “De las pruebas penales”, Temis: Bogotá, trad. Jorge Guerrero, 1998, tomo II, p. 15, “o acusado tem importância para a investigação probatória a partir de dois pontos de vista fundamentais: no primeiro, enquanto pode fornecer informações sobre fatos relacionados à causa ou, em geral, elementos de convicção, e nesse sentido se converte em órgão de prova; no segundo, enquanto sua pessoa pode ser observada pelo juiz ou pelo perito, e nesse sentido se converte em objeto (sujeito passivo) de prova”.

Por conta disso, diz o art. 185 do CPP, o interrogatório pode ser realizado a qualquer momento, havendo possibilidade, ainda, de ser renovado pelo Juiz, de ofício ou a pedido das partes (art. 196), constituindo sua falta nulidade absoluta (art. 564, III, “e”).

Uma vez realizado o interrogatório, encerra-se a audiência de instrução (art. 400 do CPP) e é dada às partes a possibilidade de requerer diligência relacionada com algum fato surgido durante a instrução.

Pois bem. Nada impede que, cumprida também essa fase, surja alguma razão para que o interrogatório seja novamente realizado, como aconteceu no caso julgado pelo STJ.

Naquele caso, o acusado havia permanecido calado durante o interrogatório. Posteriormente, a defesa impetrou habeas corpus no Tribunal de Justiça buscando a anulação do ato processual, oportunidade em que a ordem foi parcialmente concedida apenas para que novo interrogatório fosse realizado, nos moldes do que permite o art. 196 do CPP.

Em razão disso, a defesa pleiteou a reabertura do prazo do art. 402 para que diligências fossem requeridas, o que lhe foi negado tanto na primeira quanto na segunda instância.

Provocado a decidir a respeito da obrigatoriedade de reabertura do prazo para diligências, o STJ afastou a possibilidade destacando que, a bem da verdade, a realização de novo interrogatório havia sido um benefício concedido ao acusado, que permaneceu calado durante o primeiro ato realizado. Além disso, o Tribunal de Justiça, ao determinar a realização de novo interrogatório, não anulou a ação penal, razão pela qual os atos realizados depois do primeiro interrogatório devem ser considerados íntegros:

“Tendo a corte estadual, diante da faculdade que lhe é conferida pelo artigo 196 da Lei Penal Adjetiva, e sem anular os atos processuais anteriormente realizados, notadamente o referente ao requerimento de diligências na forma do artigo 402 do mencionado diploma legal, apenas determinado o novo interrogatório do réu, não há que se falar em cerceamento do seu direito de defesa” (o número do processo não foi divulgado em razão de segredo judicial).

A reabertura do prazo para diligências seria, segundo o tribunal, um retorno a fases já ultrapassadas – e processualmente hígdas – e uma injustificável protelação da prestação jurisdicional.

DIREITO PENAL:

1-Tema CONFLITO APARENTE DE NORMAS - STJ: Impossibilidade de concurso entre os crimes da Lei de Drogas e o de corrupção de menores

Informativo: 595

Resumo: Na hipótese de o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não estar previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Segundo dispõe o art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06, as penas previstas nos arts. 33 a 37 da mesma Lei são aumentadas de um sexto a dois terços se sua prática envolver (fizer tomar parte, contar com a participação) ou visar a atingir (objetivo de alcançar) criança (menor de 12 anos) ou adolescente (com doze anos completos, porém menor de 18) ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação (alienado mental, enfermo, senil, ébrio etc.).

Diante disso, se envolverem ou visarem a criança ou adolescente, os crimes de tráfico de drogas, tráfico de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, associação para o tráfico, financiamento do tráfico e de colaboração, como informante, para o tráfico têm a pena aumentada de um sexto a dois terços.

A disposição legal a respeito da majorante afasta a possibilidade de concurso entre os crimes já citados e o de corrupção de menor, que consiste em corromper ou facilitar a corrupção de menor de dezoito anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la (art. 244-B do ECA). Nesse sentido, STJ REsp 1.622.781/MT.

Ora, se a lei que disciplina a punição ao tráfico de drogas e a outros delitos envolvendo psicotrópicos estabelece majorante específica para as situações que envolvem crianças ou adolescentes, não é possível aplicar o concurso de crimes, seja porque, para evitar o bis in idem, obsta-se que a majorante incida simultaneamente, seja porque afastar a majorante para ceder lugar ao concurso de delitos tornaria letra morta o inciso VI do art. 40 da Lei nº 11.343/06.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

24 de julho de 2018

1- Negada liminar a ex-diretor jurídico de grupo varejista acusado de corrupção e lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

25 de julho de 2018

2- Negada liminar em mandado de segurança contra abertura de CPI das delações premiadas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

23 de julho de 2018

3- Denunciado na Operação Câmbio Desligo por movimentação ilícita de mais de USD 27 milhões permanece preso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Exame toxicológico de entorpecente apreendido é necessário para comprovar materialidade delitiva

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- STJ nega habeas corpus a pastores acusados de estelionato e lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

24 de julho de 2018

6- HC não pode ser usado para contestar decisão em agravo que negou direito a visita

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

25 de julho de 2018

7-STJ rejeita mandado de segurança de vereadores acusados de recebimento de propina no Maranhão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Mantida prisão de vereadora de Cabedelo (PB) denunciada por participação em organização criminosa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

26 de julho de 2018

9-Mantido afastamento de vereador acusado de desviar verbas de município mineiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de julho de 2018

10-Investigado por integrar suposto grupo criminoso que arrecadou quase R\$40 milhões permanece preso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11-Homem que esfaqueou companheira por ela ter pedido a separação deve continuar em prisão preventiva

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 014

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Jogos de azar por meio da internet: comprovação da materialidade

Estabelecimentos comerciais estão fomentando os jogos de azar, valendo-se de artifício para “driblar” a comprovação da materialidade da contravenção. Em resumo, “LAN HOUSE” ou qualquer comércio que oferece acesso à internet vende para o cliente duas modalidades de ingresso: a) ordinário; b) especial. Neste (acesso especial), o interessado em participar de jogos de azar aceita uma senha diferenciada do usuário comum, com ela acessando programas de jogos sorteadores aleatórios.

A perícia realizada em máquinas apreendidas em operações policiais não detectou o artifício utilizado pelos contraventores, concluindo o que segue:

"(...) quando dos exames, constatou-se que é possível o acesso à internet por intermédio do equipamento (foto n. 19). (...) Ao exame não houve êxito em encontrar programas de jogos sorteadores aleatórios instalados no equipamento, como também, não foi possível excluir a possibilidade de usuários utilizarem o equipamento para acesso via internet a sites de jogos deste tipo".

Essa conclusão, como se percebe, dificulta, sobremaneira, a atuação do Estado. O CAEX, chamado para (re)rafitar o laudo policial, logrou êxito em identificar a materialidade da infração penal, apontando o que segue (clique [aqui](#) para ter acesso ao laudo na íntegra):

1 - O laudo 479.203/2014 constatou “in loco” que o computador Dell era utilizado para acessar jogos de azar.

2 - Uma análise preliminar do sistema operacional mostrou que o sistema utilizava recursos para não deixar rastros no computador, tal como o sistema tmpfs.

3 - Foi encontrado o arquivo que possivelmente foi utilizado para configurar uma conexão segura com o servidor de jogos nitroball.com.

4 - A imagem da evidência 0534-15-001 foi executada em uma máquina virtual a fim de se simular o funcionamento do equipamento. Dessa simulação constatou-se que:

- a) Há uma simulação para um funcionamento “normal”, quando não se consegue contato (ping) com o servidor de jogos. Desse modo é apresentada ao usuário uma tela.
- b) Quando foi executada sem qualquer impedimento de acesso à Internet, foi encontrado no computador um processo em execução que baixava dados do servidor gameserver2.nitroball.com para o arquivo .bl (o ponto indica arquivo oculto

- ao usuário). Após este ponto, apareceria, conforme constatou o perito Rogério Gonçalves, no laudo bbb, fls. 3 e 4, o acesso à tela de jogos; isso somente não aconteceu porque a senha “12687”, utilizada “in loco”, não estava funcional.
- c) O arquivo bl foi baixado manualmente e executado. Vê-se que a configuração segura por meio do software VPN tinc foi efetuada com sucesso, houve acesso aos arquivos logliberacoes.cripto e credits, da pasta /opt/kiosk/data/config/credits, que estão inseridos em uma estrutura de programação e controle do equipamento criada pela empresa SPIX Interactive Solutions.
 - d) Foi encontrado no site nitroball.com, demonstrações de quatro jogos, dentre eles, Bingo Nitroball e Bang – Bang. As imagens extraídas dessas demonstrações são semelhantes às figuras encontradas na imagem do computador analisado, em sua área de swap, as quais constam no referido laudo.
 - e) Diante desse quadro, foi possível a persecução penal.

Vale ressaltar, neste estudo, a instrução normativa nº 309/2003 da Receita Federal, que proíbe a entrada no território nacional das denominadas máquinas caça-níqueis, bem como todo e qualquer acessório destinado ao funcionamento dos referidos equipamentos: Art. 10 As máquinas de vídeo pôquer, vídeo bingo e caça níqueis, bem assim quaisquer outras máquinas eletrônicas programadas para exploração de jogos de azar, procedentes do exterior, devem ser apreendidas para fins de aplicação da pena de perdimento. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, também, às partes, peças e acessórios importados, quando, no curso do despacho aduaneiro ou em procedimento fiscal posterior, ficar comprovada sua destinação ou utilização na montagem das referidas máquinas. Dessa forma, a importação de máquinas caça-níquel ou videopôquer pode configurar o crime previsto no art. 334, § 1º, "c", do Código Penal. Além disso, o STJ vem entendendo que “Não se aplica o princípio da insignificância aos crimes de contrabando de máquinas caça-níqueis ou de outros materiais relacionados com a exploração de jogos de azar (REsp 1.212.946-RS, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 4/12/2012).

Por fim, lembramos que a recepção constitucional do art. 50 da Lei de Contravenção Penal (jogo de azar) é objeto de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. A questão chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário n.966.177 do Rio Grande do Sul. A Corte Maior considerou que o tema controvertido é eminentemente constitucional, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a tipicidade do jogo de azar lastreado em preceitos constitucionais relativos à livre iniciativa e às liberdades fundamentais, previstos nos artigos 1º, IV, 5º, XLI, e 170 da Constituição Federal.

2 – Legitimidade do MP para propor condições inominadas na suspensão condicional do processo (art. 89, §2º., Lei 9.099/95).

É sabido que a proposta de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95) é privativa do MP. A proposta do promotor de Justiça, além de abranger o prazo de suspensão, deve observar as condições legais estabelecidas nos incisos do § 1.º do art. 89: " I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de frequentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades".

Além dessas, o § 2.º do art. 89 estabelece a possibilidade de o juiz “especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado”.

Em resumo, após a manifestação do MP, o juiz poderá estabelecer condição (ou condições) que entenda adequada ao caso concreto e compatível com a situação pessoal do acusado. A preocupação que deve orientar tal condição é que a resposta ao acusado, ainda que por meio do instituto despenalizante, se mostre adequada à reprovação do fato e à prevenção de delitos.

É importante alertar que essas condições inominadas, que escapam daquelas enumeradas no § 1º. do art. 89, para parcela da doutrina, só podem ser impostas pelo magistrado, mesmo que sugeridas pelo promotor de Justiça oficiante nos autos. Assim leciona o promotor de Justiça do DF, **Antonio Henrique Graciano Suxberger**, no livro LEIS PENAS ESPECIAIS COMENTADAS ARTIGO POR ARTIGO (no prelo):

“Na prática das audiências criminais, dada a atribuição do Ministério Público de fiscalizar fundações e entidades de interesse social em geral, não raro os dados de entidades que sejam indicadas como beneficiárias de prestações pecuniárias, serviços voluntários e outras atividades encontram-se de posse do promotor de justiça ou procurador da república presente no ato processual. **Por isso, mostra-se relativamente comum que a condição descrita no § 2.º do art. 89 derive, na audiência, de manifestação apresentada pelo Ministério Público. Em situações assim, é bom destacar, tal manifestação assume o caráter de alvitre, sugestão ou recomendação do Ministério Público. Isso porque a condição é mesmo do juízo e, ainda que sugerida pelo Ministério Público na assentada, ela será imposta ao acusado apenas se acolhida pelo juiz.** É dizer: ela não se insere no âmbito da proposta do titular da ação penal. Ainda que manifestada pelo Ministério Público, se for imposta no caso concreto, assim ocorrerá porque o juiz acolheu tal sugestão (e não porque o Ministério Público titularize a oferta de tal condição no sursis processual)” (grifamos).

Sobre o tema, a Procuradoria-Geral de Justiça tem posição diversa, reconhecendo a legitimidade de o promotor de Justiça propor condições inominadas do §2º. do art. 89. Na suspensão condicional do processo há um acordo entre o Ministério Público e o acusado, sendo as partes livres para transigirem em torno das condições do § 1º ou do § 2º, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, e desde que não se imponham condições que possam ofender a dignidade do denunciado.

Superada essa discussão, logo surge outra: **pode o MP propor, com fundamento no art. 89, §2º, Lei 9.099/95, prestação pecuniária ou prestação de serviços à comunidade?** Duas correntes debatem a questão. Uma primeira, leciona que a prestação de serviço à comunidade e a prestação pecuniária são sanções penais (penas autônomas) previstas no rol das penas restritivas de direitos. Logo, não poderiam ser aplicadas sem previsão legal expressa e sem um devido processo legal. Condição não se confunde com pena. Já outra corrente ensina ser cabível a imposição de prestação de serviços à comunidade ou de prestação pecuniária como condição especial para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, desde que estas se mostrem adequadas ao caso concreto, observando-se os princípios da adequação e da proporcionalidade. O STJ seguiu a segunda orientação:

“Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei nº 9.099/95, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência (STJ. 3ª Seção. REsp 1.498.034-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 25/11/2015 - Info 574).

Assim, é possível que na suspensão condicional do processo o acusado assumira obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a penas alternativas, visto que tais obrigações são aceitas voluntariamente pelo denunciado, principal interessado no fim do processo, evitando condenação.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PENAL:

1-Tema EFEITOS DA CONDENAÇÃO - STJ: A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Determina o § 5.º da Lei 9.455/97 que a condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Temos aqui uma consequência administrativa da condenação por crimes tipificados nesta lei. Diferentemente do que ocorre nos arts. 91 e 92 do CP (em que se exige manifestação expressa do juiz a respeito dos efeitos da condenação), aqui os efeitos são automáticos, não sendo necessário que constem da sentença.

Esse é o entendimento da 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. A Turma negou o pedido de um policial militar que pretendia anular a perda do cargo e da interdição de exercício. A relatora foi a Ministra Laurita Vaz. De acordo com a ministra, não é necessário fundamentar na sentença de condenação por crime de tortura (Lei 9.455/97) a perda do cargo, função ou emprego público. O efeito é automático. Outro efeito automático e obrigatório da condenação é a interdição para a prática de outra função pública por período duas vezes mais longo do que o tempo da pena privativa de liberdade. O policial alegou afronta ao art. 93, IX, da CF. Segundo o inciso, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. O policial foi condenado a três anos e seis meses de reclusão em regime fechado pela prática do crime de tortura. A relatora explicou que a necessidade de motivação para a perda do cargo, função ou emprego público é estabelecida no art. 92, I, c.c. o art. 92, parágrafo único, ambos do CP. Na Lei de Tortura, o efeito é automático da condenação e não depende de fundamentação (HC 92.247). É a mesma orientação que vem sendo aplicada pela 6.ª Turma do tribunal: “A perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação pela prática do crime de tortura, não sendo necessária fundamentação concreta para a sua aplicação” (AgRg no AgRg no AREsp 1.079.767/SE, DJe 27/10/2017).

Há doutrina no sentido de que, no caso do § 2.º, em que o agente é submetido a pena de detenção, a perda do cargo não deve ser automática, pois, diante das circunstâncias fáticas, a medida pode se revelar desproporcional em relação ao ato praticado.

Reconhece-se, por fim, o acerto do legislador ao limitar o tempo de interdição (o dobro da pena aplicada), por não existir no nosso ordenamento nenhuma pena de caráter perpétuo.

Logo, decorrido o prazo, o condenado poderá assumir novo cargo, emprego ou função, porém jamais reintegrar-se na situação anterior (apesar do silêncio da lei, trata-se de decorrência lógica do art. 93, parágrafo único, do CP).

2-Tema APLICAÇÃO DA PENA - STJ: não há bis in idem na valoração negativa dos maus antecedentes e da reincidência baseados em fatos distintos.

Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes. RECURSO ESPECIAL Nº 1.706.338 - SP (2017/0278135-4)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A decisão ora comentada foi ocorreu em recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo, **contando com parecer contrário do MPF.**

Sabemos que uma condenação pretérita não pode servir, ao mesmo tempo, como maus antecedentes e reincidência. Tal raciocínio deve ser peremptoriamente afastado, já que implica nefasto “bis in idem”. Nesse sentido, o STJ firmou entendimento sumulado de que: “A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial” (Súmula nº 241).

Nada obsta, entretanto (e foi esse o cenário apresentado pelo MP/SP no citado recurso) que tendo o agente diversas condenações pretéritas, uma delas seja utilizada na primeira fase de aplicação da pena, como maus antecedentes, e a outra na segunda, a título de reincidência. É o que tem decidido também, e de forma reiterada, o Supremo Tribunal Federal (STF – Primeira Turma – RHC 110727 – Rel. Min. Dias Toffoli – DJe 10/05/2012. STF – Segunda Turma – HC 96046 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 02/05/2012).

Merece atenção o argumento de que o instituto da reincidência, por si só, caracteriza “bis in idem”. Parte considerável da doutrina compreende que a reincidência, por si só, gera “bis in idem”, na medida em que pune novamente o agente por um fato pelo qual ele já foi condenado. Nesse sentido, Paulo Queiroz, membro do MPF, assevera que:

“A reincidência, ao implicar ‘bis in idem’, é inconstitucional, por violação aos princípios da legalidade e proporcionalidade, ao menos enquanto circunstância judicial de agravamento da pena. Além disso, nem sempre o réu reincidente é mais perigoso que o primário, como se presume. Assim, o autor de estupros seguidos, embora primário, certamente é bem mais

ameaçador do que o condenado reincidente por pequenos furtos ou lesões corporais leves, por exemplo. Enfim, a reincidência não é garantia da maior perigosidade do infrator, a justificar, também por isso, a sua abolição pura e simples” (*In Direito Penal – Parte Geral, Ed. Juspodivm, p. 84*).

A jurisprudência não tem acatado este entendimento, sob o fundamento de que o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88) demanda maior censura na aplicação da sanção daquele que reitera na prática delitiva. O STJ tem sido firme ao declarar que “a conduta do reincidente merece maior reprovabilidade, tendo em vista a sua contumácia em violar a lei penal. Portanto, não há se falar em duplo apenamento pelo mesmo fato, nem violação do princípio do ne bis in idem” (Sexta Turma – HC 213.196 – Rel. Min. Vasco Della Giustina (des. convocado do TJ/RS) – DJe 25/04/2012).

No STF, o Plenário, ao julgar o RE 453.000, considerou constitucional o instituto de reincidência, afastando a ocorrência de “bis in idem”. Para o tribunal, que se fundamentou no conceito de agente recalcitrante,

“Evidentemente, a definição da reprimenda adequada ocorre em face das peculiaridades do caso, despontando o perfil do agente, inclusive se voltou, por isto ou por aquilo, não importa, a claudicar. Ao contrário do que assevera o recorrente, o instituto constitucional da individualização da pena respalda a consideração da singularidade, da reincidência, evitando a colocação de situações desiguais na mesma vala – a do recalcitrante e a do agente episódico, que assim o é ao menos ao tempo da prática criminosa”.

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema PROVAS - STF: Interceptações telefônicas com base em denúncia anônima.

Informativo: 855 do STF

Resumo: É possível a instauração de investigação criminal e determinação de interceptações telefônicas com base em denúncia anônima.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Nossos tribunais superiores (STF e STJ) vêm admitindo que, a partir de denúncia anônima, seja deflagrada uma investigação criminal. É dizer: o simples fato de não se identificar o autor denúncia, não impede, por si só, que investigações sejam realizadas. O que não se tolera, porém, é que, a partir da denúncia anônima, de pronto seja instaurado o inquérito policial. Antes disso, impõe-se a realização de algumas diligências preliminares, aptas, ainda que de forma precária, a dar um mínimo de sustentação à acusação apócrifa. Assim, por exemplo, uma denúncia anônima dando conta de que, em determinado local, barulho excessivo é produzido, até altas horas da noite. Antes de instaurar o inquérito policial, por cautela, investigadores de polícia dirigem-se ao local indicado, atestando que lá é instalado um templo budista. Resta evidente, assim, a improcedência da acusação. É muito comum, na prática, que denúncias anônimas sejam feitas por linhas telefônicas mantidas pelo Governo Federal. Em sua grande maioria, não possuem qualquer procedência, sendo apontados endereços inexistentes e pessoas desconhecidas. Uma investigação prévia, neste caso, dispensará a inútil instauração de um inquérito policial.

Seguindo essa orientação, no julgamento do HC 133.148/ES o STF considerou válida a instauração de investigação criminal e a determinação de interceptação telefônica em decorrência de denúncia anônima. Naquele caso, o Ministério Público havia recebido diversas denúncias apócrifas que comunicavam a ocorrência dos crimes de associação criminosa, corrupção e fraude licitatória. Diante disso, foram feitas diligências preliminares, inclusive com a oitiva de testemunhas informais, o que motivou a instauração do procedimento de investigação criminal no qual foi requerida a interceptação telefônica e que culminou na identificação dos crimes e de seus autores e no oferecimento de denúncia. Os impetrantes do habeas corpus pretendiam a declaração de nulidade de todo o procedimento, desde a instauração da investigação, porque tudo havia se baseado apenas na denúncia anônima.

O tribunal, no entanto, denegou a ordem sob o fundamento de que sua própria jurisprudência admite a validade de denúncias anônimas se a investigação se baseia também em outras diligências.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

2 de agosto de 2018

1-Prorrogado por 60 dias prazo para conclusão de inquérito contra Michel Temer e ministros

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2-Inquérito contra Fernando Pimentel e Gabriel Guimarães será remetido à Justiça Federal de MG

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Ministra Cármen Lúcia determina cumprimento da pena do senador Ivo Cassol

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

30 de julho de 2018

4-STJ mantém prisão de ex-prefeita de Ribeirão Preto por desvios de R\$ 45 milhões dos cofres do município

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-Negado salvo conduto a acusado de esquema que desviou mais de R\$ 500 milhões de prefeituras paulistas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

31 de Julho de 2018

6-Negada liberdade a empresário preso na Operação Efeito Dominó

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Mantida ação penal contra denunciado por suposto desvio de benefícios de auxílio-reclusão em Mato Grosso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

1 de agosto de 2018

8-Motorista embriagado que matou motociclista ao tentar atropelar travestis continuará preso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2 de agosto de 2018

9-Corte Especial recebe denúncia contra conselheiro do TCE-SC por falsidade ideológica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Mantido decreto de prisão contra ex-prefeito de Marabá Paulista (SP) por dispensa indevida de licitação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Policial acusado de integrar milícia no Pará tem pedido de liberdade rejeitado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- STJ nega liminar a bancário que sacava valores de beneficiários do INSS sem autorização

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3 de agosto de 2018

13- Mantida prisão de suposto lobista ligado ao MDB preso na Lava Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14- Condenada por chefiar quadrilha que vendia cura pela fé tem liminar negada

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 015

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Crime doloso contra a vida cometido por policiais militares. Atribuição para a investigação.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, no dia 18 de agosto de 2017, coexistindo os arts. 125, §4º. da CF/88 (*crimes militares definidos em lei, quando dolosos contra a vida de civil, são da competência do júri*), e art. 82, §2º., do CPPM (*nesses casos a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum*), publicou a Resolução nº 54, na qual conclui e resolve que a para a investigação de crimes dolosos contra vida cometidos por militares contra civis é atribuição da polícia judiciária militar.

A constitucionalidade da referida resolução foi questionada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo perante a Corte de Justiça Paulista, recebendo tal feito o nº 2166281-19.2017.8.26.0000. No dia 13 de setembro de 2017, o relator, Exmo. Desembargador Péricles Piza, deferiu a liminar pleiteada pelo Procurador-Geral **e suspendeu os efeitos, ex nunc, da eficácia da resolução** impugnada, sendo que, até o momento, o mérito da ADI ainda não foi julgado, encontrando-se, portanto, em vigor referida medida liminar suspensiva.

Diante desse quadro, em obediência à liminar do TJ, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo vem fazendo valer a sua Resolução n. 40/2015, que disciplina o procedimento a ser adotado no caso de **“morte decorrente de intervenção policial”**, estando ou não o agente em serviço, ficando determinado que: “Os policiais que primeiro atenderem a ocorrência deverão preservar o local até a chegada do Delegado de Polícia, e providenciar para que não se alterem o estado e conservação das coisas para a realização de perícia, comunicando, imediatamente, o COPOM ou CEPOL, conforme o caso”, determinando, ainda, que o Delegado deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais, bem como colher todos os elementos informativos que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, inclusive, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, ficando claro, assim, que a Resolução SSP-40 determina que a condução das apurações ficará a cargo do Delegado de Polícia. À Polícia Militar cabe,

segundo a mesma Resolução, zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do crime, e a respectiva Corregedoria deverá acompanhar a ocorrência, com o objetivo de coletar dados e informações para instrução de procedimento administrativo.

Cientes desse cenário, promotores de Justiça, no exercício do controle externo da atividade policial, com fundamento no art. 129, VII, da Constituição Federal, art. 103, XIII, “c” da Lei Complementar Estadual 734/1993, art. 4º, IX, da Resolução 20/2007 do CNMP, **têm encaminhado recomendação às polícias militar e civil no sentido de ver obedecida a liminar do TJ, bem como a Resolução no. 40/15 da SSP SP.**

O CAO-CRIM, com a finalidade de uniformizar (e fortalecer) a postura dos órgãos de execução do MP, confeccionou modelo de RECOMENDAÇÃO para ser utilizado no exercício do controle externo da atividade policial. Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema RECURSOS - STJ: Análise da possibilidade ou não de reavaliação jurídica de fatos incontroversos em sede de recurso especial em matéria penal

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O princípio da consunção impõe que uma infração penal constitua, unicamente, ato preparatório, meio necessário ou fase da execução de outro fato descrito por norma mais ampla (crime-fim), de modo que o agente só responderá pelo delito mais grave, ficando o crime-meio será por ele absorvido. 2. No caso, concluiu o Tribunal de origem pela aplicação do princípio da consunção, tendo em conta que o crime de receptação não se caracterizou como crime autônomo, mas, sim, como consectário para a efetivação do crime de porte ilegal de arma de fogo. Isso porque "o dolo residente na conduta do acusado era o de realmente portar arma de fogo e para que isso fosse possível, adquiriu um revólver da marca Taurus de calibre .38", que sabia ser produto de crime. 3. A pretensão do recorrente implica alterar a premissa fática adotada pelo Tribunal a quo, de que não houve consunção entre os delitos de receptação e de porte ilegal de arma de fogo. Não se trata, pois, de mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos consignados no acórdão, mas, sim, de verdadeiro reexame probatório vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido (SEXTA TURMA: AgRg no REsp 1669730 / RJ)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O STJ editou a Súmula 7, tendo como referência legislativa constitucional o inciso III, do art. 105. Da mesma forma que se mostra inadmissível o reexame de fatos utilizando-se do recurso especial, também não é possível – e aqui está o cerne da súmula em comento – o reexame de provas, sendo este, talvez, o enunciado sumular de maior aplicação junto ao STJ. Não se pode,

neste sentido, permitir que o recurso especial seja manejado como se fosse, por exemplo, uma “nova apelação”, não sendo, portanto, admitida a reanálise de provas em tal contexto, sendo participante da mesma natureza do recurso extraordinário. Enfatizando aquilo que comentado, confira-se os seguintes julgados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte local, ao dirimir a questão, consignou que o ato comportou "os elementos de convicção existentes não comprovaram, inequivocamente, nem mesmo a materialidade dos delitos narrados na exordial, não tendo a acusação, como visto, se desincumbido do ônus que lhe competia". 2. A pretensão do recorrente implica alterar a premissa fática adotada pelo Tribunal de origem, de que o réu não praticou os atos descritos, a fim de satisfazer a sua lascívia. Não se trata, pois, de mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos consignados no acórdão, mas, sim, de verdadeiro reexame probatório vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 3. Agravo regimental não provido (SEXTA TURMA AgRg no AREsp 1252317 / MG).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Corte local, ao dirimir a questão, consignou que o ato comportou "reprovação menos intensa", de modo a não configurar o dolo do crime previsto no art. 217-A do Código Penal. 2. A pretensão do recorrente implica alterar a premissa fática adotada pelo Tribunal de origem, de que o réu, por meio dos atos descritos, teve a intenção de praticar o crime descrito na exordial, a fim de satisfazer a sua lascívia - o que não se pode assegurar com precisão neste caso. Não se trata, pois, de mera reavaliação jurídica de fatos incontroversos consignados no acórdão, mas, sim, de verdadeiro reexame probatório vedado em recurso especial pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 3. Agravo regimental não provido (SEXTA TURMA AgRg no REsp 1610192 / SC).

2-Tema PERSECUÇÃO PENAL - STJ: O delito do art. 1º, inc. V, da Lei n. 8.137/90 é formal e prescinde do processo administrativo-fiscal para a persecução penal

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

De forma copiosa, vem decidindo o STJ que o delito do art. 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 é formal e prescinde do processo administrativo-fiscal para o desencadeamento da persecução penal, não se sujeitando aos termos da súmula vinculante n. 24 do STF.

A súmula vinculante 24 faz menção expressa aos incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/90. Mas há ainda um quinto inciso que trata da supressão e da redução de tributo por meio das ações de “negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.”

Neste caso, o agente efetua vendas ou presta serviços e não emite as notas fiscais correspondentes, ou as emite em desacordo com a lei (inserindo um valor menor do que o real, por exemplo), a fim de que a receita dessas transações comerciais não seja escriturada e, em decorrência, gere um valor menor de tributos a pagar.

O fato de as condutas típicas consistirem em reduzir e suprimir tributo (e não em simplesmente deixar de emitir ou emitir irregularmente nota fiscal) nos indica que o delito se caracteriza pela ocorrência de resultado naturalístico – prejuízo ao fisco –, o que nos levaria à conclusão de que se trata de crime material. E, com efeito, é difícil imaginar como se daria a supressão ou a redução de tributo sem a ocorrência de dano.

Convencionou-se, todavia, que, ao contrário das demais figuras do mesmo artigo, esta tem natureza formal, ou seja, caracteriza-se pelo simples ato de não emitir a nota fiscal ou de emití-la em desacordo com a lei. Aqui não importa a apuração administrativa sobre se o tributo é devido, razão pela qual não há espaço para se exigir a constituição definitiva. Desta forma, uma vez constatada a irregularidade fiscal (o que normalmente se dá por meio de fiscalização fazendária), é possível a imediata deflagração da ação penal. Além disso, o prazo

prescricional começa a correr no momento da conduta, ao contrário das demais figuras do art. 1º, cuja tipicidade é diferida, por assim dizer.

Esta orientação já vinha sendo adotada pelo STF antes mesmo da edição da súmula vinculante 24, que, como adiantamos, não contemplou o inciso V. Ao firmar a presente tese, o STJ reitera o entendimento externado pela Suprema Corte e consolida sua própria orientação a respeito da matéria.

DIREITO PENAL:

1-Tema RECURSOS - STJ: Circunstâncias impeditivas do tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/06).

Acerca do não reconhecimento do tráfico privilegiado, a Terceira Seção do STJ firmou orientação no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1.º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

O entendimento dominante era no sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos. Ocorre que, em 23/06/2016, julgando o habeas corpus 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, razão pela qual, uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512.

Em decorrência dessa nova orientação, o STJ passou a adotar o entendimento de que é permitida a concessão de indulto a condenado pelo crime de tráfico privilegiado, considerando inviável negar o benefício com base em entendimento jurisprudencial já superado (HC 435.156/SP, j. 19/04/2018).

A incidência da causa de diminuição da pena pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

“2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/08/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há bis in idem:

“Cumpru destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga

apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

Pode também impedir a redução da pena a condenação anterior pela prática da infração tipificada no art. 28. O STJ tem seguido o mesmo entendimento firmado pelo STF no RE 430.105, isto é, considera que a conduta de posse de droga para uso pessoal mantém a natureza criminosa, apesar da despenalização promovida pela Lei nº 11.343/06. Embora a despenalização impeça a aplicação de pena privativa de liberdade, a natureza criminosa da conduta pode provocar efeitos na pena privativa aplicada em outros crimes. Portanto, diante do pressuposto de primariedade e de bons antecedentes para a incidência da minorante, o condenado pela posse de drogas para uso pessoal pode não fazer jus à benesse concedida ao denominado pequeno traficante:

“1. No caso, a aplicação da minorante foi afastada, em decisão suficientemente motivada, a qual reconheceu a existência de condenação anterior por uso de entorpecentes. 2. Esta Corte Superior possui entendimento de que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, mas mera despenalização, tendo em vista a previsão de penas alternativas para o infrator. Desse modo, a condenação definitiva anterior pela prática da conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas é circunstância apta a impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da referida Lei” (STJ: AgRg no AREsp 971.203/SP, j. 09/05/2017).

Também é motivo para a não incidência da minorante o fato de o agente responder a inquéritos ou a ações penais.

Sabe-se que, na aplicação da pena, o juiz só pode considerar maus antecedentes as condenações transitadas em julgado. Não é possível exasperar a pena com fundamento em inquéritos policiais e em ações penais em andamento (súmula nº 444 do STJ). No entanto, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa de diminuição de pena no tráfico sob o argumento da dedicação do agente a atividades criminosas. De acordo com o tribunal – cujas

5ª e 6ª Turmas eram divergentes –, o fato de o agente ser investigado ou réu em outros feitos criminais não impossibilita automaticamente a aplicação da minorante, mas tampouco impede que o juiz deixe de aplicá-la se, analisando as circunstâncias, considerar que o agente não faz jus ao benefício legal. A cláusula de diminuição de pena não pode ser aplicada de forma desmedida, pois se destina a beneficiar somente aqueles que praticaram de forma eventual o crime de tráfico (REsp 1.431.091/SP, j. 14/12/2016).

Por fim, para o STJ, a utilização da reincidência como agravante genérica e com o objetivo de afastar a causa especial de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 não configura bis in idem (repetição de uma sanção sobre mesmo fato), visto que, desde que haja previsão legal específica, é possível a apreciação de um mesmo instituto jurídico em fases distintas da dosimetria da pena, conferindo-lhe efeitos diversos.

2-Tema PRESCRIÇÃO - STJ: Reconhecimento da prescrição tributária não afeta a persecução penal, diante da independência entre as esferas administrativo-tributária e penal.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A constituição regular e definitiva do crédito tributário é suficiente à tipificação das condutas previstas no art. 1º, I a IV, da Lei n. 8.137/90, de forma que o eventual reconhecimento da prescrição tributária não afeta a persecução penal, diante da independência entre as esferas administrativo-tributária e penal.

A prescrição relativa ao crime do art. 1º, incs. I a IV, da Lei 8.137/90 se inicia com a constituição definitiva do crédito tributário. Considerando que a pena máxima cominada é de cinco anos de reclusão, a prescrição em abstrato ocorre em doze anos (art. 109, inc. III, do CP).

Na esfera tributária também existe a prescrição da ação, que, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional, ocorre em cinco anos contados da data da constituição definitiva. Há ainda a prescrição intercorrente estabelecida no art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80.

Tratando-se de procedimentos absolutamente distintos, com finalidades que não se confundem e trâmites específicos, é plenamente possível que a ação tributária prescreva quando ainda em trâmite a ação penal ou até mesmo, em não raros casos, o inquérito policial. Diante disso, há quem argumente que a extinção do crédito tributário deve refletir na esfera da tipicidade penal, pois, afastada a pretensão de cobrança tributária, mais razão existiria para cessar a pretensão de punir na esfera criminal.

O STJ, no entanto, não admite a interferência da prescrição tributária na punibilidade sob o argumento de que, uma vez constituído o crédito tributário, o fato está criminalmente tipificado, e isso independe de quaisquer outras circunstâncias posteriores que envolvam o tributo na esfera própria:

“É verdade que a prescrição é uma causa de extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, V). Uma vez caracterizada a prescrição, portanto, o crédito desaparece do mundo jurídico. Mas isso não significa que a obrigação tributária não tenha nascido regularmente, gerando, a seu tempo, o dever de pagamento do tributo; este, apenas, deixou de ser devido, a posteriori, por razões pertinentes apenas ao processo de cobrança. Por consequência, o delito tributário já consumado não será afetado.” (RHC 81.446/RJ, j. 13/06/2017).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

6 de agosto de 2018

1- Relatora encerra audiência pública sobre descriminalização do aborto

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7 de agosto de 2018

2- 1ª Turma julga inviável HC de advogado acusado por apropriação indébita e formação de quadrilha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Suspenso julgamento de inquérito contra Aloysio Nunes que investiga caixa 2 em 2010

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8 de agosto de 2018

4- Ministro Fachin homologa desistência de Lula de pedido de liberdade

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro substitui por medidas alternativas a prisão preventiva de empresário do RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Ministro nega habeas corpus que pedia trancamento de ação penal por desacato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

6 de agosto de 2018

7- Preso por esquema de desvio de combustível no Rio tem pedido de liberdade negado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Mantida prisão de empresários suspeitos de participar de esquema criminoso na Secretaria de Saúde do RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7 de agosto de 2018

9- Negado pedido de trancamento de ação penal contra ex-diretor da Anac

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Empresário envolvido em esquema de corrupção em RR não consegue suspender efeitos da condenação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Mantida ação contra homem acusado de se apropriar de benefícios de indígenas idosos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Mulheres acusadas de homicídio com requintes de crueldade continuam presas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13-Quinta Turma não reconhece nulidade de inquérito que levou à condenação de deputado no MA

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9 de agosto de 2018

14- Quinta Turma confirma decisão do relator que negou efeito suspensivo a recurso de Lula

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10 de agosto de 2018

15-Restabelecida condenação por contrabando de réu que importou pistola de brinquedo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 016

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Acórdão confirmatório da condenação como causa interruptiva da prescrição.

O art. 117, inciso IV, do Código Penal foi modificado pela Lei nº 11.596/07 para anunciar que, além da sentença condenatória, também o acórdão condenatório interrompe o curso da prescrição. Antes, tão somente a sentença condenatória recorrível era causa de interrupção.

De acordo com a nova redação legal, além da inclusão do acórdão como causa interruptiva estabeleceu-se que a interrupção ocorre pela publicação da decisão, não pelo julgamento. “Publicação” não deve ser confundida com divulgação na imprensa oficial, sendo compreendida nos termos do artigo 389 (1) do Código de Processo Penal. Desse modo, considera-se publicada a sentença quando o escrivão procede à juntada desta aos autos – na sentença ou acórdão proferidos na própria audiência ou sessão, a publicação ocorre neste ato (2).

Com a edição da lei, duas orientações passaram a debater qual espécie de acórdão condenatório recorrível teria efeito interruptivo. Há quem sustente que a alteração, alinhando-se a decisões judiciais recorrentes, contempla somente os acórdãos condenatórios em ações penais originárias e os reformatórios da absolvição em primeira instância. Por isso, tendo havido condenação em primeira instância, o acórdão que simplesmente a confirme, negando provimento ao recurso da defesa, ou que somente majore a pena, não interrompe o prazo prescricional. Aqueles adeptos desta orientação se alicerçam no fato de que a lei lança mão da partícula “ou” entre as expressões “publicação de sentença” e “acórdão condenatório”; logo, exclui-se a possibilidade de que ambos irradiem efeitos interruptivos do prazo fatal. Sintetizando este entendimento, temos o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“Nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte, o acórdão confirmatório da sentença condenatória, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição” (3).

¹. CPP. Art. 389. *A sentença será publicada em mão do escrivão, que lavrará nos autos o respectivo termo, registrando-a em livro especialmente destinado a esse fim.*

². STJ: “Para efeito de configuração do marco interruptivo do prazo prescricional a que se refere o art. 117, IV, do CP, considera-se como publicado o “acórdão condenatório recorrível” na data da sessão pública de julgamento, e não na data de sua veiculação no Diário da Justiça ou em meio de comunicação congênera” (HC 233.594, Sexta Turma, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 16/04/2013). Este é também o entendimento do STF: “A prescrição da pretensão punitiva do Estado, em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão” (RHC 125.078, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/2015).

³. STJ – HC 389.757/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 05/04/2017.

Outra orientação sustenta que a interrupção do prazo prescricional se dá inclusive pelo acórdão que se limita a confirmar a condenação de primeira instância ou a aumentar a pena, segundo, aliás, deixou claro o relatório do projeto da lei que viria a alterar o Código Penal:

“O texto atual do Código Penal se refere à sentença condenatória recorrível. O Projeto passa a fixar a data da publicação, não deixando margem a dúvidas quanto ao momento da sentença, que será o da publicação, e não o de sua prolação. Também o Projeto inclui, nesse inciso, a publicação do acórdão condenatório recorrível, contemplando a hipótese de confirmação de condenação de primeira instância em grau recursal”.

Esta é a orientação adotada pela 1ª Turma do STF:

“A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal. Acrescente-se que a decisão proferida pelo Tribunal em sede de apelação substitui a sentença recorrida, consoante reiteradamente proclamado em nossa legislação processual (art. 825 do CPC/1939; art. 512 do CPC/1973; art. 1.008 do CPC/2015). Entendimento firmado à unanimidade pela Primeira Turma” (4).

Dissertando sobre a divergência doutrinária, explica Guilherme de Souza Nucci:

“Quanto ao acórdão que agrava a pena, como causa interruptiva da prescrição, sempre houve três posições: a) serve para interromper a prescrição, uma vez que traz novo patamar para a pena em concreto; b) não serve para interromper a prescrição, tendo em vista não estar expressamente inserido no art. 117. É a melhor posição, a despeito de a primeira buscar sanar uma lacuna que já deveria ter sido corrigida e ser majoritária na jurisprudência; c) somente serve para interromper a prescrição se for “não unânime”, portanto, sujeito a embargos infringentes. Esse ponto de divergência, em nosso entendimento, permanece, pois o acórdão que confirma a condenação, apenas elevando a pena, não é propriamente a decisão condenatória. Logo, não se pode interpretar o conteúdo do art. 117, IV, do Código Penal, em prejuízo do réu. Aliás, fosse para abranger qualquer acórdão, bastaria a inserção, como causa interruptiva da prescrição, do “acórdão”, sem menção à sua essência (condenatória recorrível, como foi feito)” (5).

⁴. HC 138.088/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 27/11/2017.

⁵. *Manual de Direito Penal*. Ob. cit., p. 606-7.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: DROGAS - Associação para o tráfico. Prisão preventiva. Substituição pela domiciliar. Inadequação. Delito praticado na própria residência.

INFORMATIVO 629 STJ - SEXTA TURMA

Resumo: não é cabível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com filhos menores de 12 anos.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Cinge-se a controvérsia a analisar pedido de conversão de prisão preventiva em domiciliar para que paciente possa cuidar de pessoa absolutamente incapaz. O Tribunal de origem, ao analisar a questão, considerando o recente precedente do STF, no julgamento do HC n. 143.641, apresentou fundamento válido para afastar a substituição da prisão preventiva da paciente por domiciliar, ao destacar laudo pericial do assistente social, no qual consta que a paciente usava de sua própria residência para a prática delituosa. Assim, o local não apenas se mostraria inadequado para os cuidados de um incapaz, como também remeteria à conclusão de possibilidade de reiteração criminosa. Registra-se que a Quinta Turma já entendeu que a substituição do encarceramento preventivo pelo domiciliar não resguarda o interesse dos filhos menores de 12 anos de idade, quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com os infantes.

PROCESSO: HC 441.781-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, por unanimidade, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O raciocínio acima confirma o entendimento da doutrina no sentido de que o benéfico da prisão domiciliar não importa em um direito subjetivo do réu, argumento, no mais, reforçado pelo emprego da expressão “poderá” (e não “deverá”), contida no “caput” do art. 318 do CPP.

Para a substituição da prisão por medida alternativa, no caso a prisão domiciliar, deve se mostrar adequada e suficiente para garantia da ordem pública, da ordem econômica, do regular andamento da instrução criminal e da futura aplicação da lei penal.

2- Tema: EXECUÇÃO PENAL - A prática de falta grave não interrompe o prazo para aquisição do indulto e da comutação, salvo se houver expressa previsão a respeito no decreto concessivo dos benefícios.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O indulto é concedido pelo Presidente da República, via decreto presidencial (art. 84, XII, CF/88 – ato administrativo), podendo ser delegada a atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União. Atinge apenas os efeitos executórios penais da condenação, subsistindo o crime, a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários (penais e extrapenais). Pode ser pleno (quando extingue totalmente a pena) ou parcial (quando concede apenas diminuição da pena ou sua comutação).

A exemplo do que ocorre na progressão de regime e no livramento condicional, discute-se qual o efeito do cometimento de falta grave para a concessão do indulto (pleno ou parcial): interrompe ou não o prazo?

De acordo com o entendimento majoritário, o cometimento de falta grave só pode afetar a concessão do indulto nos limites do que dispõe o próprio decreto presidencial que disciplina o benefício. Normalmente, o decreto dispõe apenas que a concessão do indulto fica condicionada à ausência de falta grave nos doze meses anteriores à publicação do próprio decreto. Não há menção à interrupção do prazo. Por isso, na esteira da tese nº 10, o STJ editou a súmula nº 535 para dispor que a prática de infração disciplinar grave não interrompe o prazo para a concessão do indulto. Destaca-se, a respeito, o seguinte julgado, no qual o tribunal concedeu habeas corpus contra decisão de corte estadual que havia considerado possível a interrupção num caso que não dizia respeito a sanção disciplinar, mas ao cometimento de novo crime, cuja pena, unificada com a que estava sendo cumprida, deveria impor novo marco para a comutação:

“II – In casu, o eg. Tribunal de origem cassou a comutação de pena deferida ao paciente com base no Decreto Presidencial n. 8.615/2015, ao fundamento de que não estaria preenchido o requisito objetivo, uma vez que o apenado não teria resgatado o lapso de pena necessário a partir da data do cometimento do último delito.

III – A jurisprudência desta eg. Corte Superior firmou-se no sentido de que o cometimento de falta grave decorrente de novo crime não interrompe o prazo para obtenção do livramento condicional (Súmula n. 441/STJ) e nem para a comutação de pena ou o indulto (Súmula n. 535/STJ).

IV – Se o reconhecimento de falta grave decorrente de novo crime não enseja a alteração do marco inicial para a comutação da pena ou indulto, por ausência de previsão legal, conclui-se

que, com até maior razão, o cometimento de novo delito no curso da execução também não pode ser utilizado para alterar a data-base para tais benefícios, ainda que não reconhecida judicialmente a falta grave dele decorrente, pois ausente qualquer previsão na legislação e no próprio decreto concessivo.

V – O eg. Tribunal de origem, em que pese tenha tentado justificar a ausência de violação à Súmula 535/STJ, acabou por afrontar, ainda que por outro modo, a ratio essendi que a ela deu origem, qual seja, de que não é possível interromper o lapso temporal da comutação da pena ou do indulto sem previsão legal ou no decreto concessivo.

VI – A superveniência da nova condenação decorrente da prática do delito repercutirá no cálculo do requisito objetivo, ou seja, no lapso temporal necessário para a obtenção da comutação da pena, o que não implica, automática e necessariamente, na alteração do marco inicial da benesse.” (HC 449.472/SP, j. 21/06/2018)

DIREITO PENAL:

1-Tema: CUMPRIMENTO DA PENA - Fixação de regime menos gravoso: princípio da insignificância e reincidência

INFORMATIVO 910 STF - PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, por maioria, concedeu ordem de “habeas corpus” para fixar o regime de cumprimento de pena semiaberto a condenado reincidente por crime de furto simples [CP, art. 155, “caput” (1)].

O paciente foi condenado por furto simples a um ano e quatro meses de reclusão, em regime inicial fechado. A defesa postulou a aplicação do regime aberto com base no princípio da insignificância, considerado o objeto furtado ter sido apenas uma garrafa de licor.

Para o colegiado, o regime semiaberto é o mais plausível para o paciente. De um lado, o regime fechado deve ser afastado. Por outro, o aberto não beneficia condenado reincidente, uma vez que esse regime pode se tornar um incentivo à criminalidade, mais ainda em cidades menores, onde o furto é, via de regra, perpetrado no mesmo estabelecimento. A reincidência delitiva do paciente, que praticou o quinto furto em pequeno município, eleva a gravidade subjetiva de sua conduta.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que denegou a ordem, por entender que o regime menos gravoso não pode beneficiar condenado reincidente, nos termos do art. 33 (2) e parágrafos do CP.

Vencidos em menor extensão os ministros Roberto Barroso e Rosa Weber, que fixaram o regime aberto, por considerarem que a reincidência não impede o reconhecimento do princípio da insignificância.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A pena de reclusão deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, semiaberto ou aberto (art. 33, caput, 1ª parte, CP).

Quando imposta na sentença pena superior a 8 (oito) anos, o Código Penal não distinguiu entre condenado reincidente ou primário, determinando o início do cumprimento da pena em regime fechado. Fica claro que o legislador compreende ser incompatível pena tão elevada com os demais regimes, independentemente das condições pessoais do réu ou do tipo de crime.

Sendo a pena superior a 4 (quatro) anos e não superior a 8 (oito) anos, poderá ser fixado o regime inicial semiaberto, desde que o condenado seja primário (se reincidente, de acordo com a lei posta, o regime inicial deverá ser o fechado).

Se, na sentença, for fixada pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos, o regime para início do cumprimento da reprimenda poderá ser o aberto, condicionado, também, à primariedade do agente (se reincidente, o regime inicial será o fechado ou semiaberto, a depender das circunstâncias judiciais, se favoráveis ou não). Nesse tanto, é importante recordar a Súmula 269 STJ: *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718 do STF). **A imposição de regime de cumprimento mais severo exige motivação idônea, leia-se, com base na gravidade em concreto do delito (Súmula 719 do STF).**

2-Tema: ESTUPRO DE VULNERÁVEL – STJ. Proporcionalidade não pode ser utilizada para afastar a consumação do estupro de vulnerável

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O caput do art. 217 do Código Penal tipifica, com reclusão de oito a quinze anos, a conduta de quem tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com alguém menor de quatorze anos de idade. A conduta de praticar atos libidinosos abrange tanto o ato sexual no qual tem a vítima um comportamento passivo (permitindo que com ela se pratiquem os atos) como no qual seu comportamento é ativo (praticando ela mesma os atos de libidinagem no agente).

Dá-se a consumação com a prática de atos de libidinagem, e, considerando as condutas nucleares que compõem o tipo (ter e praticar), é possível, em tese, o fracionamento da conduta, o que conseqüentemente abre espaço para a tentativa.

Há, no entanto, algumas decisões tomadas pelo STJ que têm restringindo consideravelmente a possibilidade de se caracterizar o conatus no crime de estupro de vulnerável. Tais decisões vêm na esteira do rígido tratamento que o tribunal tem adotado sobre práticas sexuais envolvendo vulneráveis, a começar pela súmula 593, que afasta peremptoriamente a relevância do consentimento ou da experiência sexual.

Assim, já se decidiu que o crime se caracteriza inclusive em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima:

“O Parquet classificou a conduta do recorrente como ato libidinoso diverso da conjunção carnal, praticado contra vítima de 10 anos de idade. Extrai-se da peça acusatória que as corrés teriam atraído e levado a ofendida até um motel, onde, mediante pagamento, o acusado teria incorrido na contemplação lasciva da menor de idade desnuda. Discute-se se a incoerência de efetivo contato físico entre o recorrente e a vítima autorizaria a desclassificação do delito ou mesmo a absolvição sumária do acusado.

A maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos arts. 213 e 217-A do Código Penal – CP, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido.

O delito imputado ao recorrente se encontra em capítulo inserto no Título VI do CP, que tutela a dignidade sexual. Cuidando-se de vítima de dez anos de idade, conduzida, ao menos em tese, a motel e obrigada a despir-se diante de adulto que efetuara pagamento para contemplar a menor em sua nudez, parece dispensável a ocorrência de efetivo contato físico para que se tenha por consumado o ato lascivo que configura ofensa à dignidade sexual da menor. Com efeito, a dignidade sexual não se ofende somente com lesões de natureza física. A maior ou menor gravidade do ato libidinoso praticado, em decorrência a adição de lesões físicas ao transtorno psíquico que a conduta supostamente praticada enseja na vítima, constitui matéria afeta à dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal.” (RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/8/2016)

Na mesma toada, o tribunal decidiu que o contato do órgão sexual do agente com o corpo da vítima consuma o crime mesmo que não tenha havido efetiva relação sexual. No caso, um homem havia sido surpreendido enquanto passava seu órgão genital nas costas e nas nádegas de uma criança de apenas quatro anos de idade. O STJ restabeleceu a sentença condenatória de primeira instância sob o argumento de que o acórdão que provia a apelação contrariava a orientação consolidada pela Terceira Seção do tribunal sob o rito dos recursos repetitivos: para que se caracterize o crime do art. 217-A do CP, basta que o agente pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com o vulnerável.

Valendo-se exatamente da mesma orientação, há alguns dias o STJ afastou a forma tentada num caso em que o padrasto da vítima havia sido acusado de beijá-la na boca, acariciá-la intimamente e abraçá-la pelas costas.

A primeira instância havia condenado o agente a quatorze anos de reclusão por crime consumado. Em apelação, o Tribunal de Justiça reformou a sentença e reconheceu a tentativa sob o argumento de que considerar perfeito o crime sem que tivesse havido efetivo contato sexual era desproporcional.

O STJ, no entanto, reiterou sua orientação diante da comprovação da ocorrência de atos que, embora não propriamente sexuais, foram praticados com a finalidade de satisfazer a libido do agente. E, enfim, alertou o ministro Jorge Mussi: “A título de ilustração, cumpre referir que o Superior Tribunal de Justiça entende que é inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta, o que tem ocorrido corriqueiramente em processos que apuram crimes dessa natureza”.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

13 de agosto de 2018

1- Inviável trâmite de HC em favor de mães de crianças menores de 12 anos denunciadas por homicídio

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2-Ministro nega revogação de prisão de empresário de transportes do RJ foragido em Portugal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14 de agosto de 2018

3- Plenário analisará sanção do Código Penal para importação de medicamentos sem registro sanitário

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma nega pedido de anulação de júri que condenou Emile Daud Sarruf pela morte do marido

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 1ª Turma nega pedido de nulidade de processo contra promotor de justiça

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Rejeitados embargos de declaração na ação penal que condenou deputado federal Nilton Capixaba (PTB-RO)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- 2ª Turma confirma liminar que revogou prisão de auditor fiscal investigado na Operação Carne Fraca

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- 2ª Turma remete delação da Odebrecht sobre ex-presidente Lula e ex-ministro Guido Mantega à Justiça Federal do DF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- 2ª Turma rejeita denúncia contra senador Ciro Nogueira e Ricardo Pessoa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- 2ª Turma determina providências sobre uso de algemas por Sérgio Cabral

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Ministro Celso de Mello determina remessa de inquérito contra deputado Andrés Sanchez à 1ª instância

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

16 de agosto de 2018

12- Rejeitado trâmite de recurso em que "Nem da Rocinha" pedia oitiva de testemunha em ação penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13- Mantida execução provisória da pena de doleiro uruguaio condenado por crime tributário

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

13 de agosto de 2018

14- Negada liminar para suspender ação penal sobre fraudes em pavimentação no interior paulista

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- Não é possível substituição da pena privativa de liberdade em caso de violência doméstica contra mulher

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15 de agosto de 2018

16- Desembargador investigado na Operação Pasárgada é absolvido por falta de provas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

16 de agosto de 2018

17- Proporcionalidade não pode ser invocada para reconhecer forma tentada de estupro de vulnerável

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 017

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Protocolo de Istambul, o combate à tortura e sua aplicação prática nas audiências de custódia.

A Constituição Federal de 1988 consagra como direito fundamental a vedação à tortura. Dispõe, com efeito, o art. 5º, inc. III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Com fundamento nesta disposição constitucional, a Lei 12.847/13 instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, regido pelos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, da universalidade, da objetividade, da igualdade, da imparcialidade, da não seletividade e da não discriminação (art. 4º). Este sistema de proteção tem o objetivo de fortalecer a prevenção e o combate à tortura por meio de articulação e atuação cooperativa de seus integrantes permitindo a troca de informações e o intercâmbio de boas práticas.

O sistema brasileiro de proteção vem na esteira de um intenso movimento internacional de repúdio à tortura, surgido após a Segunda Guerra Mundial e por meio do qual se aprovaram diversos tratados e convenções, alguns ratificados pelo Brasil.

Os esforços engendrados para combater a tortura podem ser vistos, por exemplo, na edição do Manual para a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Protocolo de Istambul), elaborado a partir de pesquisas desenvolvidas por dezenas de cientistas das áreas do direito, da medicina e de direitos humanos provenientes de quinze países. O manual tem o propósito de servir de referência internacional para avaliar os casos relatados de tortura.

Organizado em seis capítulos, em linhas gerais o manual estabelece as normas internacionais aplicáveis no combate à tortura, faz referência à ética dos profissionais nas áreas jurídica e médica, institui princípios para os inquéritos sobre a prática de tortura, traça considerações gerais sobre as entrevistas com pessoas que alegam ter sido vítimas e traz inúmeras diretrizes para a constatação de sintomas físicos e psicológicos de tratamento cruel, desumano ou degradante.

Para facilitar a apreensão dos indícios físicos, proporcionar o tratamento adequado à vítima e viabilizar a devida punição do autor, a apuração de casos suspeitos de tortura deve ser iniciada tão brevemente quanto possível, razão pela qual os ordenamentos jurídicos nacionais devem estabelecer mecanismos que permitam a pronta investigação.

No caso do Brasil, o instrumento adequado para essa finalidade é a audiência de custódia, disciplinada na Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e em normas internas de tribunais.

A audiência de custódia (ou de apresentação), tem, na realidade, dupla finalidade: de proteção, a fim de tutelar a integridade física do preso, e de constatação, aquilatando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de ser mantida a prisão do atuado.

Trata-se, no que concerne à primeira finalidade, de cautela que atende, basicamente, à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.5), a impor a apresentação do preso a um juiz ou autoridade que exerça função assemelhada, legalmente constituída. No mesmo sentido, o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York.

Com a audiência de custódia assegura-se prévia entrevista entre o preso e seu advogado ou, à falta deste, um defensor público. Após a formulação de perguntas de cunho pessoal, referentes à “qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão”, sem adentrar o mérito dos fatos em si, é concedida a palavra ao Ministério Público e à defesa.

Os textos internacionais acima referidos não estabelecem um prazo determinado para a realização da audiência de custódia. Utilizando expressões abertas, indicam, contudo, imediatidade. No Brasil, a Resolução 213 do CNJ estabelece um prazo de vinte e quatro horas da comunicação do flagrante.

Por meio desse procedimento, em que o preso é ouvido sobre as circunstâncias da prisão quase imediatamente após sua ocorrência, é possível averiguar prontamente a prática de abusos físicos ou psicológicos, e para tanto o Protocolo de Istambul pode ser de grande valia, guardadas, evidentemente, as devidas proporções, pois este documento estabelece diretrizes abrangentes para a apuração da tortura, o que obviamente não ocorre no momento da audiência de custódia, na qual apenas podem ser obtidos indícios que em seguida levarão à efetiva apuração.

Mas há elementos no Protocolo de Istambul segundo os quais pode se guiar o juiz no momento em que o preso lhe é apresentado. O capítulo 4, por exemplo, estabelece as condições gerais para as entrevistas com quem alega ter sido torturado, considerando a situação peculiar de quem foi submetido a tratamento desumano e que nem sempre consegue expor com facilidade a terceiros a violência por que passou (assim como ocorre com vítimas de crimes sexuais). No parágrafo 134, dispõe o protocolo:

“A obtenção de informação é certamente importante, mas a pessoa entrevistada é-o ainda mais e ouvir é mais importante do que fazer perguntas. Se o entrevistador se limita a formular perguntas, apenas obterá respostas. Para o recluso, pode ser mais importante falar acerca da família do que da tortura. Há que ter em conta este aspecto, pelo que deverá ser disponibilizado algum tempo para a discussão de questões pessoais. A tortura, particularmente de natureza sexual, é um assunto muito íntimo e poderá não ser abordado antes da segunda visita ou mesmo mais tarde. Os indivíduos não devem ser forçados a falar sobre qualquer forma de tortura se não se sentirem à-vontade para o fazer.”

Fala-se em “visita” porque este trecho vem na esteira de outro que trata de visitas oficiais a centros de detenção. Nada impede, no entanto, que essa técnica seja seguida pelo juiz que note sinais de agressão no preso levado à audiência de custódia

Há também outros elementos que podem auxiliar bastante na obtenção de dados indicativos de tortura, como, por exemplo, a indagação a respeito de circunstâncias da detenção (data, local, duração, condições, etc.) antes de adentrar em detalhes sobre eventuais agressões. E, sobre estas, há questões específicas que não só podem facilitar a obtenção de informações como também servem para apurar a fidedignidade do que está sendo relatado. Veja-se, por exemplo, o parágrafo 139:

“Ao recolher informação sobre tortura e maus tratos, deve ter-se cuidado ao sugerir formas de maus tratos a que a pessoa possa ter sido sujeita, uma vez que a pessoa pode ser tentada a distorcer os factos. A resposta negativa a perguntas sobre diversas formas de tortura pode, contudo, ajudar a estabelecer a credibilidade do testemunho. As questões devem ser formuladas de forma a obter um relato coerente do sucedido. Eis algumas sugestões de perguntas a colocar: Onde ocorreram os maus tratos, quando e durante quanto tempo? Foi vendado? Antes de passar à descrição dos métodos empregues, tome nota das pessoas presentes (com os respectivos nomes e posições). Descreva a sala ou outro local em causa. Que objectos viu? Se possível, descreva em detalhe cada um dos objectos de tortura; no caso de tortura eléctrica, indique a voltagem, aparelho, número e forma dos eléctrodos. Inquiria acerca do vestuário usado, se alguém se despiu ou mudou de roupa. Tome nota de tudo quanto tenha sido dito durante o interrogatório, nomeadamente injúrias e insultos à vítima e conversas dos torcionários entre si.”

É claro que na audiência de custódia não é necessário que o juiz se debruce sobre tantos detalhes, mas a partir dessas diretrizes podem ser formuladas questões compatíveis com as limitações próprias daquele ato judicial.

Vemos, portanto, que não obstante o propósito do Protocolo de Istambul seja estabelecer um sistema abrangente, completo para apuração de relatos de tortura, alguns de seus elementos

podem inspirar já na audiência de custódia a adoção das primeiras providências contra o abuso de autoridade, medida de extrema importância e de muita utilidade para que se coíbam atos dessa natureza.

2 – O uso da RECLAMAÇÃO como forma de assegurar decisão emanada dos Tribunais de Justiça.

A medida judicial da Reclamação tem previsão constitucional e foi disciplinada no novo CPC (arts. 988 e ss), aplicado subsidiariamente ao CPP.

A Reclamação tem por objetivo: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (art. 988 do CPC).

Apesar de quase sempre lembrada na doutrina como importante instrumento à preservação de decisões dos Tribunais Superiores, **a Reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal**, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Assim ocorreu na comarca de Itu/SP. O promotor de Justiça, Alexandre Augusto Ricci de Souza, num processo crime movido contra 27 traficantes de drogas, que tiveram suas prisões preventivas mantidas por decisão do TJSP, foi cientificado da ordem do juiz de 1º. grau, que concedeu liberdade provisória para 21 dos acusados. O colega comunicou o CAOCRIM que logo acionou a Subprocuradoria-Geral de Políticas Criminais. Foi, então, impetrada **Reclamação** junto ao TJSP, buscando suspender a ordem de soltura. No dia 22 de agosto, o Desembargador Paiva Coutinho, com fulcro no art. 989, II, do CPC, suspendeu, liminarmente, a decisão do juiz de Itu, até o julgamento final da Reclamação impetrada pela PGJ. **Para ler a Reclamação da PGJ e a decisão do TJ, clique aqui:**

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/!PORTAL.wwpob_page.pdf

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/TJSP-RECLAMA%C3%87%C3%83O%20document%20\(41\).pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Noticias_CAO_Criminal/TJSP-RECLAMA%C3%87%C3%83O%20document%20(41).pdf) .

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: AÇÃO PENAL - [Análise da necessidade ou não de descrição minuciosa e individualizada da ação de cada agente, nos crimes de autoria coletiva \(PESQUISA PRONTA\)](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A denúncia importa em uma narrativa do fato, com todas suas circunstâncias e características, devendo apontar, objetiva e subjetivamente, o fato delituoso em si, bem como a pessoa que o praticou (quis), os meios que empregos (quibus auxiliis), o mal que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira porque o praticou (quo modo), o lugar onde o praticou (quando).

Sabendo-se que o acusado se defende dos fatos contidos na inicial (e não da qualificação legal a eles atribuída), a precisa exposição do ocorrido mostra-se fundamental, na medida em que propicia ao réu o mais amplo exercício de sua ampla defesa. Ademais, somente por meio dessa narrativa poderá o juiz avaliar, desde logo e ainda que sem maior profundidade, se o fato constitui crime, cabendo, caso não o seja, a sua rejeição “in limine”, por falta de justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, inc. III do CPP).

A narrativa nem deve ser extremamente sintética e, tampouco, caudalosa em citações enfadonhas e desnecessárias. Deve buscar o meio termo adequado que permita a exposição dos fatos com clareza e sem prejuízo à defesa do acusado.

Contudo, de autoria coletiva, a doutrina e a jurisprudência têm abrandado o rigor do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, dada a natureza dessas infrações, uma vez que nem sempre é possível, na fase de formulação da peça acusatória, realizar uma descrição detalhada da atuação de cada um dos indiciados, de forma que se tem admitido um relato mais generalizado do comportamento tido como delituoso. Não há como se exigir que a denúncia narre minuciosamente todos os detalhes do delito supostamente cometido, tendo em vista que inúmeras outras questões importantes somente serão elucidadas durante a fase instrutória e eventualmente até em favor do próprio acusado. Nesse sentido, aliás, copiosa a jurisprudência do STJ, como se percebe pesquisa disponibilizada pela Corte.

2 – Tema: EXECUÇÃO PENAL - A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a obtenção do benefício da progressão de regime.

Nos termos do art. 112 da Lei nº 7.210/84, admite-se a progressão de regime se o condenado houver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento. A fração de um sexto é afastada nos casos de crimes hediondos e equiparados, em que a progressão ocorre após o cumprimento de dois quintos da pena, se primário o condenado, ou de três quintos, se reincidente.

Há, todavia, discussão a respeito dos efeitos que a prática da falta grave opera no prazo de progressão de regime, ou seja, se há ou não interrupção.

Há quem sustente que a inexistência de disposição legal que determine a interrupção do prazo obsta esse efeito, a exemplo do que ocorre no livramento condicional (súmula nº 441). Dessa forma, embora seja possível considerar a falta grave na análise dos requisitos subjetivos para a progressão, não se justifica o reinício da contagem do prazo para a concessão do benefício.

Há, no entanto, outra orientação que defende a interrupção do prazo em decorrência de interpretação sistemática do art. 112 da Lei de Execução Penal. Se o condenado cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e comete a falta grave, a punição consiste na regressão de regime, que, uma vez operada, provoca a recontagem do prazo. Se o condenado que cometeu a falta cumpre a pena em regime fechado, não é possível regredir, restando apenas a interrupção do prazo para a progressão, pois, caso isso não ocorra, a falta simplesmente não será punida, o que, em última análise, pode permitir que o condenado requeira a progressão com base no cumprimento do requisito objetivo logo em seguida à prática da infração disciplinar.

Adotando a segunda orientação, decidiu o STF: “Uma vez cometida falta grave no curso do cumprimento da pena em regime fechado, tem-se a fixação de novo termo inicial para progredir – inteligência da Lei de Execução Penal” (HC 114.494/SP, j. 28/11/2017). Com a mesma fundamentação, o STJ firmou a tese e editou a súmula nº 534.

DIREITO PENAL:

1- Tema: TORTURA -STJ: Tortura-prova dispensa comprovação de sofrimento intenso

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 1º da Lei 9.455/97 pune a tortura em dois incisos. O inciso I, na alínea a, tipifica a denominada tortura-prova, consistente em constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa. Já o inciso II trata da tortura-castigo, consistente em submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Na primeira figura, na qual age o torturador com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa, a consumação se dá com o constrangimento causador de sofrimento à vítima, dispensando-se a efetiva obtenção da informação almejada. A segunda figura se diferencia da anterior porque se refere a intenso sofrimento físico ou mental. Esta expressão não pode ser desprezada, pois engloba a ideia de um sofrimento atroz, martirizante, insuportável, que, no caso concreto, desperta certa dificuldade de aferição, mas que, evidentemente, deve estar presente para que se considere caracterizado o crime.

Nota-se, pois, que as duas condutas se diferenciam pela intensidade do sofrimento causado, dispensado na primeira. Por esta razão, o STJ reformou decisão do Tribunal de Justiça do Pará, que, em apelação, havia desclassificado a conduta para lesão corporal leve.

No caso julgado, policiais militares haviam sido acusados de espancar três assaltantes para que confessassem a autoria do roubo e prestassem informações sobre o local onde havia objetos de interesse para a apuração do delito. Os agentes foram condenados por tortura, mas apelaram. O Tribunal de Justiça do Pará, apesar de reconhecer a violência empregada e o sofrimento causado às vítimas, e de admitir que isso se deu para obter a confissão, considerou que a conduta deveria ser classificada como lesão corporal leve, e não como tortura, em virtude de não ter sido demonstrado o caráter “martirizante” ou de “extrema crueldade”, “capaz de causar à vítima atroz sofrimento físico, verdadeiro suplício”.

O STJ, contudo, considerou indevida a exigência de que o sofrimento físico imposto pelos policiais para que os assaltantes confessassem fosse insuportável, exatamente porque a figura da tortura-prova não tem os mesmos elementos da tortura-castigo. Apontou, a respeito, o ministro Rogerio Schietti Cruz:

“diversamente do previsto no tipo do inciso II do artigo 1º da Lei 9.455/97, definido pela doutrina como tortura-pena ou tortura-castigo, a qual requer intenso sofrimento físico ou mental, a tortura-prova, do inciso I, alínea ‘a’, não traz o tormento como requisito do sofrimento causado à vítima. Basta que a conduta haja sido praticada com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa e que haja causado sofrimento físico ou mental, independentemente de sua gravidade ou sua intensidade”. (REsp nº 1.580.470/PA, j. 24/08/2018).

2-Tema: TIPICIDADE - Furto famélico e o princípio da insignificância

INFORMATIVO 911 STF - SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma deu provimento a agravo regimental para conceder a ordem de “habeas corpus” a fim de absolver paciente da acusação de furto qualificado pelo concurso de agentes, aplicando a tese do princípio da insignificância.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Para o colegiado, como regra, a habitualidade delitiva específica é um parâmetro que afasta a análise do valor do bem jurídico tutelado para fins de aplicação do princípio da bagatela. Excepcionalmente, no entanto, as peculiaridades do caso concreto podem justificar a exclusão dessa restrição, com base na ideia da proporcionalidade em sentido concreto.

Foi a situação colocada em julgamento, mais precisamente, furto de um galo, quatro galinhas caipiras, uma galinha garnizé e três quilos de feijão, bens avaliados em pouco mais de cem reais. O valor dos bens é inexpressivo e não houve emprego de violência. Conclui-se pela mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Mesmo constando em desfavor do paciente outra ação penal instaurada por igual conduta, ainda em trâmite, o STF trabalhou com a atipicidade material do furto famélico.

A excepcionalidade também se justificou, de acordo com a Corte, por se tratar de hipossuficiente (HC 141440 AgR/MG, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 14.8.2018).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

20 de agosto de 2018

1- Ministro nega recurso em HC de acusado de planejar morte de advogada em Pernambuco

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Mantida condenação de ex-diretor de Serviços Públicos de Paraguaçu Paulista (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Ministro Gilmar Mendes nega pedido de revogação de prisão de Sérgio Cabral

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Negado habeas corpus a réu denunciado por matar a esposa por asfixia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

21 de agosto de 2018

5- 2ª Turma suspende execução das penas de José Dirceu e Genu até julgamento de recursos pelo STJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- 2ª Turma determina arquivamento de inquérito contra deputado Rodrigo Garcia (DEM/SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Suspenso julgamento de habeas corpus de empresário investigado na Operação Câmbio Desligo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

22 de agosto de 2018

8-Mantida prisão de acusado por disparos que derrubaram helicóptero da PM no Rio de Janeiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Negada liberdade a ex-vereador acusado de matar radialista na Paraíba

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

21 de agosto de 2018

10-Venda sem nota de produtos estrangeiros permitidos é caso para a Justiça Federal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

23 de agosto de 2018

11-Quinta Turma nega habeas corpus ao ex-deputado distrital Rogério Ulysses

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

24 de agosto de 2018

12-Restabelecida sentença que condenou policiais militares por tortura qualificada contra assaltantes

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 018

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Crimes de Trânsito e a Lei 13.546/17

Nos últimos anos foram várias as alterações promovidas no Código de Trânsito Brasileiro para tentar lidar com mais rigor com os cada vez mais numerosos casos de graves acidentes de trânsito decorrentes de embriaguez ao volante.

A multiplicidade de mortes e lesões gravíssimas provocadas nesses acidentes levou, inicialmente, à aprovação de medidas mais severas para a punição da embriaguez, o que se deu pela Lei 11.705/08 (apelidada de “Lei Seca”) e, posteriormente, pela Lei 12.760/12, que aprimorou a redação do art. 306 do CTB, corrigindo falhas que a Lei 11.705/08 havia provocado e que dificultavam a punição, não obstante seu propósito houvesse sido o contrário.

Subsequentemente, outras leis foram aprovadas para modificar as disposições relativas aos crimes de homicídio culposo, de lesão corporal culposa e de competição ilegal cometidos na direção de veículo automotor.

Originalmente, o art. 302 da Lei nº 9.503/97 punia, no caput, com pena de detenção de dois a quatro anos, a conduta de praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor e, no parágrafo único, trazia causas de aumento de pena. A partir da vigência da Lei nº 12.971/14, ao caput do art. 302 se somaram dois parágrafos: o primeiro dispunha a respeito das mesmas majorantes e o segundo trazia uma qualificadora.

A nova qualificadora se referia ao fato de o agente causar a morte conduzindo veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determinasse dependência ou participando, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, hipótese em que a pena passava a ser de reclusão de dois a quatro anos. A então nova legislação não alterava o quantum da pena em relação ao caput, mas modificava sua natureza, que passava de detenção para reclusão, com a clara intenção de possibilitar ao juiz a imposição de regime inicial fechado nos casos de agente reincidente, providência impossível na figura básica do crime diante da vedação a que a pena de detenção tenha seu início no regime mais severo.

De acordo ainda com a ordenação da Lei nº 12.971/14, o art. 308 passou a conter dois parágrafos: o primeiro qualificando o crime e impondo pena de reclusão de três a seis anos se de sua prática resultar lesão corporal de natureza grave; o segundo, também qualificador, estabelecendo pena de reclusão de cinco a dez anos se da conduta do caput resultar a morte. Em ambos os casos, a lei estabelece que estas disposições incidem se as circunstâncias

demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo (a lesão ou a morte não de ser, necessariamente, culposas).

A modificação introduzida pela Lei nº 12.971/14 no art. 302 causou dois problemas: um relativo ao concurso entre o homicídio e a embriaguez na direção de veículo automotor, outro concernente ao conflito entre o § 2º do art. 302 e o § 2º do art. 308:

a) Homicídio x embriaguez: a embriaguez na direção de veículo automotor era, originalmente – além de infração penal autônoma tipificada no art. 306 –, causa de aumento de pena do homicídio culposo. Posteriormente, a causa de aumento foi revogada pela Lei nº 11.705/08, com o propósito de tornar possível o concurso de crimes entre o homicídio e a embriaguez. Com a introdução da qualificadora do § 2º do art. 302, promovida pela Lei nº 12.971/14, o concurso de crimes se tornou novamente impossível, pois a embriaguez servia para qualificar o homicídio. Por isso, o concurso entre os delitos seria considerado *bis in idem*.

b) Homicídio culposo qualificado x competição não autorizada qualificada: vigorando a Lei nº 12.971/14, havia disposições conflitantes a respeito da morte culposa, no contexto de competição não autorizada, cometida na direção de veículo automotor. Neste caso, indagava-se: quando da competição ilegal decorresse a morte, o agente tinha sua conduta subsumida ao art. 302, § 2º ou ao art. 308, § 2º? E havia dois posicionamentos: 1) devia ser aplicado o art. 302 porque, instalado o conflito, era a norma mais favorável ao agente; 2) devia ser aplicado o art. 308, pois, no desencadeamento dos fatos, o que ocorre primeiro é a competição ilegal; o condutor do veículo que participa, em via pública, de competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, causando perigo de dano à incolumidade alheia, consome o crime do art. 308, independentemente de qualquer resultado lesivo a terceiro; se há morte, esta provém daquele fato. Ora, se a morte decorre do fato consumado, é natural que este seja qualificado pelo resultado mais grave. Seria irrazoável, e ilógico, considerar a competição como qualificadora do crime de homicídio se, em todos os casos, a morte havia de ser decorrência involuntária da conduta anterior. Tratava-se, simplesmente, de prestigiar a aplicação do princípio da especialidade.

Para dirimir estas questões, a Lei nº 13.281/16 revogou o § 2º do art. 302. Assim, o homicídio cometido na direção de veículo automotor por agente embriagado passou a ensejar novamente o concurso entre os arts. 302 e 306. Além disso, ocorrida a morte culposa em competição não autorizada, o crime é o do art. 308, § 2º.

No entanto, a entrada em vigor da Lei nº 13.546/17 impõe nova disciplina na relação entre os crimes de homicídio e lesão corporal e o crime de embriaguez ao volante, afastando-se novamente a possibilidade de concurso.

Com efeito, a nova lei acrescenta nos artigos 302 e 303 parágrafos que tratam a embriaguez como circunstância qualificadora dos crimes de homicídio e lesão corporal culposos.

No caso do homicídio, se o motorista causador da morte estiver dirigindo sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, a pena passa a ser de reclusão de cinco a oito anos (art. 302, § 3º). Já no caso da lesão corporal culposa, se o agente estiver com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena passa a ser de reclusão de dois a cinco anos.

Como se extrai dos destaques feitos acima, os termos das qualificadoras não são exatamente os mesmos no homicídio e na lesão corporal. Isto porque, no homicídio, faz-se referência tão somente à influência de álcool ou outra substância semelhante, ao passo que, na lesão corporal, o agente deve estar com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de substância semelhante.

No primeiro caso, a determinação do legislador parece ser de que basta que se demonstre a ingestão da substância; no segundo, seria necessário estabelecer que a ingestão de álcool alterou a capacidade psicomotora do motorista.

A nosso ver, no entanto, não há sentido em diferenciar. O procedimento para apurar a embriaguez é um só, disciplinado em Resolução do CONTRAN (432/13) que estabelece as formas por meio das quais se dá a “confirmação da alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa”. O motorista que provoca um acidente e mata ou fere alguém será submetido aos procedimentos usuais para apurar a ingestão de álcool: exame sanguíneo, exame laboratorial, etilômetro ou verificação de sinais que indiquem a alteração de sua capacidade psicomotora. Não há um procedimento para provar apenas a ingestão e outro para provar a alteração da capacidade psicomotora alterada.

O novo § 2º do art. 303 faz menção à lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, mas o CTB não define as hipóteses em que a lesão pode ser assim considerada. Essa definição é extraída dos §§ 1º e 2º do art. 129 do Código Penal.

A Lei nº 13.546/17 também alterou o caput do art. 308 do CTB para incluir, entre as situações nas quais o crime se verifica, a exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor.

Embora a exibição de perícia caracterizasse infração administrativa no mesmo dispositivo da competição (art. 174 do CTB) e já impedisse a transação penal nos crimes de trânsito (art. 291, § 1º, II, do CTB), não integrava o tipo penal do art. 308. Agora, além da competição (“racha”), é crime efetuar manobras nas quais o motorista pretende demonstrar especial habilidade,

como o vulgarmente denominado “cavalo-de-pau”, as manobras de contraesterço e a técnica de andar com a motocicleta em apenas uma roda, isso desde que o condutor esteja na via pública, não tenha autorização da autoridade competente e gere situação de risco à incolumidade pública ou privada.

Finalmente, destaca-se a alteração promovida no art. 291 do CTB.

Na verdade, o projeto que originou a Lei nº 13.546/17 pretendia efetuar duas alterações no referido dispositivo, acrescentando-lhe os §§ 3º e 4º.

O § 3º estabeleceria: “Nos casos previstos no § 3o do art. 302, no § 2o do art. 303 e nos §§ 1o e 2o do art. 308 deste Código, aplica-se a substituição prevista no inciso I do caput do art. 44 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, atendidas as demais condições previstas nos incisos II e III do caput do referido artigo”.

No entanto, o dispositivo foi vetado sob o seguinte argumento: “O dispositivo apresenta incongruência jurídica, sendo parcialmente inaplicável, uma vez que, dos três casos elencados, dois deles preveem penas mínimas de reclusão de 5 anos, não se enquadrando assim no mecanismo de substituição regulado pelo Código Penal. Assim, visando-se evitar insegurança jurídica, impõe-se o veto ao dispositivo”.

O veto é apenas parcialmente procedente, pois, no caso do homicídio culposo, apesar da quantidade da pena a substituição poderia ocorrer porque, segundo dispõe o art. 44, I, do CP, nos crimes culposos a substituição é cabível independentemente da pena aplicada (e não incide o requisito de que o crime deve ser cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa). No que concerne ao art. 308, no entanto, de fato a substituição não seria cabível, pois, tratando-se de figura preterdolosa (o agente tem o propósito de participar de uma competição ilegal e causa a morte involuntariamente), seria necessário que fossem obedecidos os mesmos requisitos do crime doloso, pois antes de integralizar-se o resultado culposo realiza-se, por completo, um crime doloso.

O novo § 4º dispõe que a pena deve ser fixada segundo as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, com especial atenção à culpabilidade do agente e às circunstâncias e consequências do crime. Trata-se, a nosso ver, de disposição desnecessária, pois, de qualquer forma, a pena-base é sempre aplicada de acordo com as disposições do art. 59 do CP e, dado o caráter dos crimes de trânsito, é natural que, dentre as circunstâncias judiciais, tenham maior destaque a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime.

Consta abaixo a tabela resumindo o histórico de alterações dos principais artigos penais do CTB.

ARTIGO 291		
Redação original	Lei 11.705/08	Lei 13.546/17
<p>Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.</p> <p>Parágrafo único. Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.</p>	<p>Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.</p> <p>§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:</p> <p>I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;</p> <p>II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;</p> <p>III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).</p> <p>§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.</p>	<p>Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.</p> <p>§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:</p> <p>I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;</p> <p>II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;</p> <p>III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).</p> <p>§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.</p> <p>§ 3º (VETADO)</p> <p>§ 4º O juiz fixará a pena-base segundo as diretrizes previstas no art. 59 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), dando especial atenção à culpabilidade do agente e às circunstâncias e consequências do crime.</p>

ARTIGO 302					
Redação original	Lei 11.275/06	Lei 11.705/08	Lei 12.971/14	Lei 13.281/16	Lei 13.546/17
<p>Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:</p> <p>I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;</p> <p>II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;</p> <p>III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;</p> <p>IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.</p>	<p>Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:</p> <p>I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;</p> <p>II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;</p> <p>III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;</p> <p>IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.</p> <p>V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.</p>	<p>Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:</p> <p>I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;</p> <p>II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;</p> <p>III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;</p> <p>IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.</p> <p>V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos.</p>	<p>Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:</p> <p>I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;</p> <p>II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;</p> <p>III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;</p> <p>IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.</p> <p>§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão</p>	<p>Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:</p> <p>I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;</p> <p>II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;</p> <p>III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;</p> <p>IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.</p> <p>§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão</p>	<p>Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:</p> <p>I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;</p> <p>II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;</p> <p>III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;</p> <p>IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.</p> <p>§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra</p>

			<p>da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:</p> <p>Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>	<p>da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente:</p> <p>Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>	<p>substância psicoativa que determine dependência:</p> <p>Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>
--	--	--	--	--	---

ARTIGO 303		
Redação original	Lei 12.971/14	Lei 13.546/17
<p>Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.</p>	<p>Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302.</p>	<p>Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a dois anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do § 1º do art. 302.</p> <p>§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima.</p>

ARTIGO 306			
Redação original	Lei 11.705/08	Lei 12.760/12	Lei 12.971/14
<p>Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>	<p>Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.</p>	<p>Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:</p> <p>I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou</p> <p>II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.</p> <p>§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.</p> <p>§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.</p>	<p>Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:</p> <p>I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou</p> <p>II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.</p> <p>§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.</p> <p>§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.</p>

ARTIGO 308		
Redação original	Lei 12.971/14	Lei 13.546/17
<p>Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada:</p> <p>Penas - detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>	<p>Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:</p> <p>Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.</p> <p>§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.</p>	<p>Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada:</p> <p>Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p> <p>§ 1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.</p> <p>§ 2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.</p>

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Crimes contra a relação de consumo - Análise da necessidade ou não da realização de perícia para a comprovação da materialidade do crime de expor à venda produtos impróprios para o consumo

PESQUISA PRONTA – STJ

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Para alguns, a exigência do exame de corpo de delito como prova da materialidade da infração, sob pena de nulidade (art. 564, inc. III, “b” do código), representaria verdadeiro retrocesso, reminiscência do velho sistema da prova legal (ou tarifado), em contraste com o princípio do livre convencimento, adotado com todas as letras por nosso código. Feroz, nesse aspecto, a crítica de José Frederico Marques, ao salientar que “na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso acontecesse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável” (Elementos de direito processual penal, 1997, vol. II, p. 335).

Em que pese a crítica, o STJ, de forma copiosa, entende imprescindível a realização de perícia para a comprovação da materialidade do crime do art. 7., IX, da lei 8.137/90. Prazo de validade vencido de alimento não é motivo suficiente para configurar crime contra relação de consumo, pois é preciso prova pericial de que a ingestão do produto é prejudicial ao organismo.

2- Tema: Atos infracionais como justificativa para manutenção de prisão preventiva

STJ- RHC 99.992/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018

EMENTA:

IV - "Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento de que a prática de atos infracionais, apesar de não poder ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, serve

para justificar a manutenção da prisão preventiva para a garantia da ordem pública". Clique [aqui](#) para ler o inteiro teor.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A prisão preventiva se justifica como forma de preservação da ordem pública e econômica, por conveniência (necessidade) da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal. É o que aparece estampado no art. 312 do CPP. Contudo, o fundamento da ordem pública desperta indisfarçável controvérsia. Vejamos.

Ordem pública é a paz social, a tranquilidade no meio social cuja manutenção é um dos objetivos principais do Estado. Quando tal tranquilidade se vê ameaçada, é possível a decretação da prisão preventiva, a fim de evitar que o agente, solto, continue a delinquir. Assim, é possível a decretação da medida quando se constata que o agente, dada à periculosidade que ostenta, sente-se incentivado a prosseguir em suas práticas delituosas. Basileu Garcia aborda o tema da seguinte maneira, "para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência" (Comentários ao Código de Processo Penal, v. III, pág. 169).

Maus antecedentes e reincidência, por revelarem a probabilidade de que outros crimes sejam praticados, autorizam a decretação de sua prisão preventiva. Nesse sentido a "Jurisprudência de Teses", n. 14, divulgada periodicamente pelo STJ, que, conquanto não possua o "status" de uma súmula, representa o entendimento da Corte sobre determinada matéria, in verbis: "Inquéritos policiais e processos em andamento, embora não tenham o condão de exasperar a pena-base no momento da dosimetria da pena, são elementos aptos a demonstrar eventual reiteração delitiva, fundamento suficiente para a decretação da prisão preventiva".

Como ensina Hélio Tornaghi, “nem a gravidade do crime, em tese, nem o rigor da pena são suficientes para autorizá-la [a prisão preventiva]. Os perigos que o réu poderia oferecer, para a ordem pública, para o processo ou para a execução dependem muito mais de sua personalidade, de seu caráter, de sua formação, que do crime. Em outras palavras: as condições subjetivas do agente e não a importância objetiva do crime é que permitem verificar ou até presumir a perigosidade do agente e a necessidade de prendê-lo” (ob. cit., vol. 3, p. 328).

Necessário, portanto, que se demonstre o risco que correrá a sociedade, a intranquilidade por ela vivenciada, na manutenção em liberdade de um pretense criminoso ante a probabilidade de ele voltar a delinquir.

Dentro desse espírito o STJ, em mais de uma oportunidade, decidiu que a prisão preventiva pode ser decretada quando o agente possui registros anteriores na Vara Menorista pela prática de atos infracionais. Conquanto os atos infracionais não possam ser considerados para fins de reincidência, ou mesmo como maus antecedentes, servem para evidenciar o risco concreto da prática de novos delitos, uma vez que demonstram ser rotina na vida do agente o cometimento de ilícitos.

3- Tema: Condenados por homicídio pagarão indenização e pensão a companheira e filha da vítima

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 24/08/2018

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que condenou dois homens, já condenados por homicídio, a pagar indenização e pensão mensal à companheira e à filha da vítima.

De acordo com os autos, os réus foram condenados em processo criminal, sendo o primeiro por homicídio culposo, reconhecido o excesso na legítima defesa. O segundo foi condenado por homicídio doloso a 14 anos de prisão pela prática de homicídio duplamente qualificado.

No recurso apresentado ao STJ, os réus questionaram o acórdão do TJRS argumentando que o reconhecimento da legítima defesa afastaria a responsabilidade de um deles pelos danos causados. Postularam ainda a redução do valor da pensão e a limitação do pagamento até que a filha da vítima alcance a maioridade.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O STJ fundamentou sua decisão no artigo 935 do Código Civil, combinado com o artigo 91, inciso I, do Código Penal, afirmando que a condenação criminal torna certa a obrigação de indenizar.

Concluiu o Min. Relator que, embora inicialmente agindo em legítima defesa, o réu passou a agressor quando excedeu nos meios de que dispunha para se defender, conduta que configurou o ato ilícito na esfera penal, resultando na condenação criminal e na cominação de pena restritiva de liberdade, cuja execução foi, posteriormente, suspensa em face da concessão de *sursis*.

“Em que pese o recorrente possa ter, em algum momento do chamado *iter* criminoso, estado em situação de legítima defesa, desde que dela passou a usar imoderadamente, ingressou na seara da ilicitude e, assim, da punibilidade penal e, conseqüentemente, adentrou no âmbito da compensação civil dos danos por ele causados”, disse o Ministro.

Ao negar o recurso dos condenados, o relator concluiu que a companheira e a filha do falecido têm legitimidade para a propositura da demanda e fazem jus à indenização por danos materiais e morais. Os valores da indenização (R\$ 75 mil) e do pensionamento para a menor (80% do salário mínimo regional do Rio Grande do Sul), além dos prazos estabelecidos pela corte de origem.

Leia o [acórdão](#).

4- Tema: São nulas provas obtidas em WhatsApp sem autorização judicial

STJ- RHC nº 89.385

Ementa

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme ao considerar ilícito o acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Precedentes.
2. Hipótese em que a autoridade policial realizou perícia no telefone móvel do acusado e obteve os registros telefônicos e o histórico de conversas via Whatsapp.

3. A afirmação do Juízo sentenciante de que a defesa não comprovou a ausência de consentimento do réu para a submissão de seu aparelho celular a exame pericial constitui indevida inversão do ônus da prova e, por esse motivo, deve ser desconsiderada.

4. Não é possível declarar a ilicitude de todo o conjunto probatório produzido a partir da juntada do laudo pericial. Apenas são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo se não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou se as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (art. 157, § 1º, do CPP).

Leia o [acórdão](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O STJ, novamente, considera ilícito o acesso direto da polícia a informações constantes de aparelho celular do investigado, sem prévia autorização judicial. Essa posição da Corte já havia sido externada pelo STJ na série “Jurisprudência de Teses” n. 59, publicada em novembro de 2016. Diz o item 19: “são nulas as provas obtidas por meio da extração de dados e de conversas privadas registradas em correio eletrônico e redes sociais (v.g. Whatsapp e Facebook) sem a prévia autorização judicial”.

O tribunal, no entanto, considera legal a realização de perícia em telefone celular, independentemente de autorização judicial, em situação na qual o aparelho foi entregue à autoridade policial pela esposa da vítima de homicídio. No caso, o aparelho continha informações que poderiam constituir provas da prática do crime, e, como o titular do sigilo que faz com que se exija a prévia autorização judicial para a devassa de informações já estava morto, o tribunal considerou impertinente a alegação de prova ilícita. Não se trata, portanto, da mesma situação em que o aparelho pertence ao agente do crime e é apreendido e examinado em seu desfavor:

“Sendo assim, não há sequer necessidade de uma ordem judicial porque, frise-se, no processo penal, o que se protege são os interesses do acusado. Logo, soa como impróprio proteger-se a intimidade de quem foi vítima do homicídio, sendo que o objeto da apreensão e da investigação é esclarecer o homicídio e punir aquele que, teoricamente, foi o responsável pela morte” (RHC 86.076/MT, DJe 12/12/2017).

Por fim, se o telefone celular foi apreendido em busca e apreensão determinada por decisão judicial, também não há óbice para que a autoridade policial acesse o conteúdo armazenado no aparelho, inclusive as conversas do whatsapp. Para a análise e a utilização desses dados armazenados no celular não é necessária nova autorização judicial. A ordem de busca e apreensão determinada já é suficiente para permitir o acesso aos dados dos aparelhos celulares apreendidos (STJ. 5ª Turma. RHC 77.232/SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 03/10/2017).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Aplicação da Pena - Necessidade ou não de o agente ter conhecimento da idade da vítima idosa para que incida a agravante do artigo 61, inciso II, alínea H, do Código Penal

PESQUISA PRONTA – STJ

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Em relação à agravante do art. 61, II, "h", do CP (crime contra idoso), o STJ, nas mais recentes decisões, concluiu se tratar de agravante de natureza objetiva, ou seja, sua incidência independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida.

2- TEMA: Não recolhimento de ICMS pode caracterizar crime contra a ordem tributária

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 28/08/2018

Nos casos de não repasse do ICMS aos cofres públicos, configura-se o crime previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90, quando o agente se apropria do valor referente ao tributo, ao invés de recolhê-lo ao fisco.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): HC 399109

Leia o [acórdão](#).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 2º da Lei 8.137/90 pune, no inciso II, a conduta de deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Trata-se de uma espécie de apropriação indébita praticada pelo substituto tributário, isto é, aquele a quem a lei atribui o recolhimento do tributo, embora não se trate do praticante do fato gerador. É o que ocorre, por exemplo, no caso de combustíveis, cujo ICMS deve ser retido antes que o produto chegue no revendedor.

O tipo não contém nenhum requisito expresso relativo a intenção fraudulenta ou à prática de atos que visem, como ocorre no art. 1º, à supressão ou à redução de tributo. Pune-se pura e simplesmente o ato de não repassar ao fisco o tributo descontado antecipadamente do sujeito substituído na relação tributária.

Há, no entanto, quem considere necessário o intuito fraudulento, pois, do contrário, resta apenas o inadimplemento, especialmente quando o agente declara para o fisco o valor descontado e devido, mas apenas não o recolhe.

O STJ, contudo, decidiu, por meio de sua Terceira Seção, que o tipo do art. 2º, inc. II não pressupõe nenhuma finalidade específica, nem exige que a conduta seja clandestina, isto é, praticada por meio da omissão da declaração do tributo que deveria ser repassado.

Com efeito, no julgamento do HC nº 399.109/SC (j. 22/08/2018), aquele órgão colegiado afastou eventuais divergências que pudessem existir – inclusive entre suas Turmas – para estabelecer que a situação do substituto tributário não se confunde com a do simples inadimplente.

No primeiro caso, o agente retém o valor correspondente ao tributo e não o repassa ao órgão fazendário. Ainda que declare a retenção nos documentos contábeis – o que em tese afasta o propósito fraudulento –, importa para a caracterização do crime o locupletamento decorrente da não transferência do valor descontado do contribuinte substituído. No segundo caso, por outro lado, não há substituição tributária nem desconto de nenhuma natureza, mas tão somente o não pagamento do tributo devido pelo próprio agente.

Em resumo, o ministro Rogério Schietti Cruz estabeleceu:

1) que o fato de o agente fazer o registro contábil e declarar para o fisco o imposto devido não afasta a tipicidade, tendo em vista que o delito não exige clandestinidade ou meios fraudulentos;

2) só comete o crime o agente que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária substitutiva (tão somente aquele que desconta ou cobra o tributo antecipadamente);

3) deve existir o dolo (tipo subjetivo geral) de se apropriar do tributo descontado e que deveria ser recolhido, sendo que isso se extrai das circunstâncias do caso concreto.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

27 de agosto de 2018

1- Mantida prisão preventiva de ex-chefe de gabinete investigada na operação Cadeia Velha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de agosto de 2018

2- 2ª Turma determina providências sobre vazamentos de colaborações sigilosas da Odebrecht

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Suspenso julgamento de recurso contra arquivamento de inquéritos de Aécio Neves e Jorge Viana

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma assegura medidas cautelares a ex-diretor da Dersa investigado em operação sobre desvios no Rodoanel de SP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 1ª Turma nega pedido para enviar à Justiça Federal ações da Operação Caixa de Pandora

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Inquérito sobre suposto caixa 2 de campanha de José Serra será remetido à Justiça Eleitoral

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- 1ª Turma: Pedido de vista suspende julgamento de inquérito contra Jair Bolsonaro por suposto crime de racismo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Mantidas penas aplicadas a corretores condenados no escândalo dos precatórios

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Rejeitado trâmite de HC que pretendia encerrar ação penal de ex-executivo da Embraer

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Ministro nega trâmite a recurso de ex-prefeita de cidade mineira denunciada por morte de jornalista

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

29 de agosto de 2018

11- Mantida na primeira instância ação contra acusado de desvio de verbas públicas noMT

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Negado HC a ex-prefeito de município paulista acusado de dispensa ilegal de licitação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13- Ministro Edson Fachin nega liminar em HCs impetrados por Eduardo Cunha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14- Mantida execução provisória da pena de condenado em esquema de fraude à companhia de energia do RS

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

30 de agosto de 2018

15- Ministro nega suspensão de ação penal em curso contra conselheiro do TCE-RR

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

16- Deputada Professora Dorinha é absolvida da acusação de dispensa ilegal de licitação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

27 de agosto de 2018

17- Falta de vaga em presídio adequado não autoriza concessão automática de prisão domiciliar

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de agosto de 2018

18- Não recolhimento de ICMS pode caracterizar crime

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19- Provas em ação penal originária não se dirigem exclusivamente ao relator

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

31 de agosto de 2018

Sexta Turma aplica princípio da insignificância a crime contra administração pública

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 019

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – O STF e a (in)constitucionalidade do art. 305 do CTB. Ministério Público de SP admitido como "amicus curiae".

É crime, nos exatos termos do que disposto no art. 305 do CTB:

“Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

O delito em tela se distingue daquele tratado no art. 304 basicamente por conta da *mens legis* que inspirou o legislador. No crime do art. 304, com efeito, o que se tutela, ao reclamar o auxílio do motorista, é a preservação da integridade física do ofendido, que, prontamente atendido, terá maiores chances de recuperação, por vezes se evitando, inclusive, uma consequência mais grave que poderia advir caso fosse deixado à mercê de sua própria sorte, sem qualquer espécie de socorro. No crime do art. 305, procura-se forçar o motorista a permanecer no local a fim de não impedir (ou, pelo menos, dificultar), a apuração dos fatos. Explica Heleno Cláudio Fragoso: “basicamente o legislador procura, incriminando a fuga, forçar o agente a permanecer no local do fato. O que se observa, porém, é que a fuga do motorista não tem sua objetividade jurídica no interesse da preservação da vida humana ou incolumidade da pessoa, sendo essencialmente incriminada porque perturba a ação da justiça, dificultando o esclarecimento do fato e a efetivação da responsabilidade jurídica (civil e criminal) do causador do acidente” (apud, Ruy Castro de Barros Monteiro, ob. cit., p.199).

Forte no princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), Damásio de Jesus lembra parecer elaborado por Ariosvaldo de Campos Pires, á época da discussão do projeto de lei que redundou no CTB, formulando a seguinte indagação: “Cometido um homicídio doloso, o sujeito não tem a obrigação de permanecer no local. Como exigir essa conduta num crime de trânsito? De observar o art. 8º, II, g, do Pacto de São José: ninguém tem o dever de se auto-incriminar” (Comentários ao CTB, p. 148).

A jurisprudência oscila, havendo decisões nos dois sentidos:

Inconstitucionalidade do dispositivo

“Quanto ao delito previsto no artigo 305 do CTB, o chamado crime de fuga, necessário tecer algumas considerações. Para alguns, de duvidosa constitucionalidade. Para quem ora vota, flagrantemente inconstitucional. Inicialmente, cumpre observar que a figura penal em estudo é a única a censurar, com incidência típica, a fuga. Até mesmo o sujeito que já foi condenado,

e esteja a cumprir pena, e que foge, não comete crime algum. A simples fuga, evidentemente não constitui crime. Quem comete qualquer outro crime, ainda que seja hediondo, e foge, também não comete um novo crime. Porque razão, então, aquele que se envolve em um crime de trânsito deveria permanecer no local? Para fazer prova contra si mesmo, se isto de ninguém é exigido? Dentro do sistema jurídico/penal, então, não há espaço para tal estranha figura penal. Alguém poderá dizer, entretanto, que a tipificação penal estimula a ajuda, a solidariedade, mas também aí haverá engano, pois existe outra previsão legal para tal situação, qual seja, a conduta descrita no artigo 304, e tanto não fosse suficiente, a causa de aumento descrita no artigo 302, parágrafo único, inciso III, que também se aplica às condutas adequadas ao artigo 303. Mais ainda é inconstitucional quando, em acidente sem vítima, pune o afastamento, como ocorre no caso concreto. É que a Constituição Federal (art. 5º, inc. LXVII) relaciona, expressamente, as possibilidades de prisão civil por dívida. E não é possível, ao legislador ordinário, ampliá-las. Veja-se que, se admitido o crime de fuga, em acidente sem vítima (para fugir à responsabilidade civil), na realidade estaria o cidadão sujeito à prisão, por tentar esquivar-se da responsabilidade em acidente de trânsito” (TJRS – Ap. Crim. n° 70019108901 – Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 24.10.2007).

Constitucionalidade

“Cabalmente demonstrada, outrossim, a ocorrência do crime tipificado no art. 305 do mesmo diploma legal, uma vez que o réu abandonou o palco dos acontecimentos antes que fossem realizadas as providências necessárias à identificação dos veículos e demais anotações (cf. Arnaldo Rizzardo, Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 4a ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pág. 639). O objetivo da norma em questão é coibir aqueles motoristas que fogem à responsabilidade civil ou criminal, bem como possibilitar sua posterior responsabilização. Sendo assim, o condutor responsável pelo sinistro tem obrigação de permanecer no local dos fatos, a fim de facilitar sua identificação (idem ob. cit., pág. 639)” (TJSP – Ap. Crim. n° 852365.3/4 - Rel. Penteado Navarro, j. 28.03.2007).

“Configura-se o delito do art. 305 do CTB se o agente após o atropelamento afasta-se do local e dirige-se à sua residência, onde é localizado somente no dia seguinte aos fatos por policiais encarregados de investigar o crime” (TJSC – Ap. Crim. n° 01.015672-5 – Rel. Genésio Noll, j. 18.09.2001).

Buscando colocar uma pá de cal na discussão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal vai analisar a constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. A matéria será debatida no Recurso Extraordinário (RE) 971959, de relatoria do ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, no Plenário Virtual da Corte.

No dia 06 de setembro de 2018, em decisão que deve ser comemorada, foi deferido pedido do MP de São Paulo para atuar no feito na qualidade de “amicus curiae”. Ao deferir o pleito do Parquet paulista, argumentou o Min. Relator: “Tendo em vista a relevância da questão discutida e a representatividade do ente postulante, defiro com fundamento no art. 323, §3º., do RISTF, o pedido para que possa intervir no feito na condição de ‘amicus curiae’, podendo apresentar memoriais e proferir sustentação oral”.

2 - Os Tribunais Superiores e a (não) aplicação do princípio da insignificância

Sabendo que o Direito Penal só deve ser aproveitado quando estritamente necessário (princípio da intervenção mínima), a sua aplicação fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle e à existência de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado. Dentro desse espírito, discute-se o princípio da insignificância.

Hoje, tanto STF quanto STJ têm reconhecido com frequência o princípio da insignificância, mas estabelecem alguns requisitos necessários. São eles: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; d) inexpressividade da lesão jurídica causada. **Esses vetores são rigorosamente observados pelo Setor do art. 28 CPP da Procuradoria-Geral de Justiça.**

Quanto ao primeiro vetor (mínima ofensividade da conduta do agente), o que se tem em mente é a repercussão, no plano social, da conduta delituosa. Nessa medida, o MP SP não tem admitido, salvo em raríssimas exceções, premiar com a insignificância sujeitos que reiteradamente praticam infrações penais. Essa postura leniente, na visão da jurisprudência dominante, tenderia a colocar em perigo a sociedade, porque resultaria até mesmo num incentivo implícito a que o agente voltasse a repetir atos semelhantes.

O segundo vetor (ausência de periculosidade da ação) diz respeito à análise da gravidade concreta do fato perpetrado, não se admitindo considerar irrelevantes penais – via de regra e, ad exemplum, delitos qualificados.

Quanto à terceira diretriz (reduzido grau de reprovabilidade), cuida-se de aquilatar qual foi o bem jurídico maculado. Se o patrimônio, pode, a princípio, admitir eventual bagatela, outros valores como o meio ambiente, a saúde pública ou a Administração Pública (a princípio), não podem.

Há, por fim, o quarto vetor, relativo à intensidade da afetação do bem jurídico. Só há atipicidade material quando tal lesão ou perigo forem de tal forma inexpressivos que não põem em risco a incolumidade do bem. Pode-se citar, a título de ilustração, o entendimento

atual do STJ no sentido de impedir o reconhecimento da insignificância quando o valor do bem jurídico ultrapassa a 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente ao tempo do fato. Esses vetores, insista-se, devem ser analisados em conjunto. Ausente algum dos requisitos, o crime de bagatela não deve ser reconhecido.

Vejamos alguns crimes – comuns no dia-a-dia do promotor de Justiça criminal - em que STF e STJ negam a aplicação da insignificância, reconhecendo sempre presente a tipicidade:

I) Crimes que tutelam bem jurídico difuso ou coletivo

A tendência do STJ é não admitir a tese da bagatela nas condutas que ofendem bens jurídicos que extrapolam o indivíduo, como, por exemplo, o patrimônio público, a moral administrativa, a fé pública, o meio ambiente etc. No que se refere à Administração Pública, o Tribunal editou recente Súmula:

Súmula 599 do STJ: “O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública”.

O Setor de Recursos Extraordinários e Especiais do MP de São Paulo, desde de 2008, tem tese no mesmo sentido da Súmula:

CRIME DE PECULATO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE

É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a Administração Pública, ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo. (D.O.E., 28/05/2008, p. 39). Tese-290

II) Apropriação indébita majorada

“Malgrado o valor irrisório do bem e a primariedade da paciente, inviabiliza-se o reconhecimento do crime bagatelar, porquanto o crime de apropriação indébita é majorada por ter sido cometida em razão do ofício, emprego ou profissão, circunstância concreta desabonadora, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, suficiente para impedir a aplicação do referido brocardo, pois fomenta exponencialmente a prática de outros crimes.” (STJ – HC 351.173/SC, j. 13/09/2016)

III) Furto qualificado

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos, como o dos autos, de furto cometido com rompimento de obstáculo ou em concurso de agentes, bem como quando o agente é reincidente delitivo, uma vez que, nesses casos, denota-se uma maior reprovabilidade da conduta.” (STJ – AgRg no AREsp 548.459/MS, j. 06/02/2018)

IV) Crimes tipificados na Lei 11.343/06

“De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta. Além disso, trata-se de delito de perigo abstrato, dispensando-se a demonstração de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma – saúde pública. Precedentes.” (STJ – AgRg no HC 442.072/MS, j. 21/06/2018)

“Prevalece na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. Precedentes.” (STJ – AgRg no REsp 1.733.645/SP, j. 05/06/2018)

V) Crimes praticados com violência ou grave ameaça a pessoa

“Quanto ao pleito de reconhecimento da atipicidade material da conduta imputada ao réu em razão do pequeno valor da res furtivae, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo. Precedentes.” (STJ – HC 395.469/SP, j. 20/06/2017).

O Setor de Recursos Extraordinários e Especiais do MP de São Paulo tem tese no mesmo sentido:

ROUBO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE

O princípio da insignificância não se aplica ao crime de roubo. (D.O.E., 15/04/2009, p. 94). Tese-311

VI) Crimes eleitorais

“1. A divulgação de propaganda criminoso dentro da cabine de votação e ao lado da urna eletrônica não pode ser considerada insignificante, pois viola a liberdade de escolha do eleitor no momento sigiloso de confirmação do voto. 2. Inaplicável o princípio da insignificância ao crime previsto no art. 39, § 5º, inciso III, da Lei nº 9.504/1997, porque o bem jurídico tutelado é a liberdade de exercício do voto. Precedentes. 3. Recurso especial eleitoral provido para restaurar a condenação imposta em sentença” (TSE – REspe 6672/GO, DJe 20/03/2017).

VII) Crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher

Súmula 589 do STJ: “É inaplicável o princípio da insignificância nos crimes ou contravenções penais praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas”.

O Setor de Recursos Extraordinários e Especiais do MP de São Paulo tem tese no mesmo sentido da Súmula:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA – LESÃO CORPORAL DOLOSA DE NATUREZA LEVE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – DESCABIMENTO.

No que se refere aos crimes praticados com violência ou grave ameaça contra mulher, no âmbito das relações domésticas, não se admite a aplicação do princípio da insignificância. Tese-397

VIII) Crimes envolvendo armas de fogo e munições

“É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que os delitos de porte de armas e munição de uso permitido ou restrito, tipificados nos artigos 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003, são crimes de mera conduta e de perigo abstrato, em que se presume a potencialidade lesiva, sendo inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida.” (STJ – AgRg no REsp 1.746.733/MG, j. 16/08/2018)

IX) Agente reincidente, portador de maus antecedentes ou criminoso habitual

É recomendável negar a incidência do princípio da insignificância nos casos em que o sujeito ativo ostenta reiteradas condenações criminais, pois se considera não cumprido o requisito relativo ao reduzido grau de reprovabilidade do comportamento:

“A reiteração delitiva, por denotar a maior reprovabilidade da conduta incriminada, deve ser considerada para fins de aplicação do princípio da insignificância, mormente porque referida excludente de tipicidade não pode servir como elemento gerador de impunidade.” (STJ – REsp 1.736.493/RS, j. 23/08/2018).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Tribunal do Júri. Quebra da incomunicabilidade entre os jurados. Membro do Conselho de Sentença que afirmou em plena fala da acusação que havia crime. Nulidade. Ocorrência.

INFORMATIVO 630 STJ - SEXTA TURMA

Deve ser declarado nulo o júri em que membro do conselho de sentença afirma a existência de crime em plena fala da acusação.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Durante seção plenária de julgamento pelo tribunal do júri, houve, por parte de um dos membros do conselho de sentença, expressa manifestação ouvida por todos e repreendida pelo juiz, acerca do próprio mérito da acusação, pois afirmou que havia "crime", durante a fala da acusação. Em tal hipótese, houve quebra da incomunicabilidade dos jurados, o que, por expressa disposição legal, era causa de dissolução do conselho de sentença e de imposição de multa ao jurado que cometeu a falta. Veja-se que, afirmar um jurado que há crime, em plena argumentação do Ministério Público, pode, sim, ter influenciado o ânimo dos demais e, pois, é de se reconhecer a nulidade, como adverte a doutrina: "a quebra da incomunicabilidade não implica apenas exclusão do jurado do conselho de sentença, mas a dissolução do conselho de sentença, se for constatada durante o julgamento, ou a nulidade absoluta do julgamento, caso somente seja constatada depois de encerrada a sessão."

PROCESSO: HC 436.241-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Sorteados os jurados que participarão do julgamento, o juiz os advertirá quanto à incomunicabilidade que devem guardar durante toda a sessão. Assim que sorteado e aceito pelas partes, o jurado "se constitui juiz", no dizer de Firmino Whitaker, devendo, por isso, se conservar incomunicável, "podendo somente dirigir-se ao presidente por ofício ou em voz alta perante o público" (Jury. 6ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1930, p. 21).

A intenção do legislador foi de garantir um voto livre e espontâneo, fruto, exclusivamente, da consciência do jurado, imune a qualquer espécie de influências externas ou sugestionamentos espúrios, que, por certo, ocorreriam caso se autorizasse que, durante o julgamento, pudesse

o julgador conversar livremente com seus pares ou com pessoas estranhas ao Conselho de Sentença.

É por isso mesmo que, em nosso sistema, não se admite que, uma vez suspenso o julgamento (dado ao adiantado da hora, por exemplo), possa o jurado tornar à sua casa. Ao contrário, em homenagem à incomunicabilidade, deve permanecer no prédio do Fórum, dormindo em local apropriado, fazendo suas refeições e atendendo suas necessidades ali mesmo, em situações que, não raras vezes, acarretam enorme transtorno e desconforto (v. art. 497, VIII). Mas, de qualquer sorte, são contratempus decorrentes do sistema de Júri adotado em nosso país e que impõe a incomunicabilidade entre os jurados. Antigas penalizações, previstas no revogado art. 458, § 1º e impostas ao jurado que quebrasse a incomunicabilidade (exclusão do Conselho de Sentença e pagamento de multa), foram revogadas na legislação atual.

Mas é preciso que se aplique de forma razoável esse preceito, a fim de coibir exageros em sua adoção, evitando o excessivo rigor naquilo que se interpreta como incomunicabilidade.

Aliás, a própria lei não decreta uma incomunicabilidade absoluta ao permitir que o jurado formule perguntas diretamente ao ofendido e às testemunhas (art. 473, § 2º) e, por meio do juiz, ao réu (art. 474, § 2º), requeira acareações, reconhecimentos e esclarecimentos dos peritos (art. 473, § 3º), manifeste sua habilitação para o julgamento (art. 480, §§ 1º e 2º), etc.

O que visa o legislador, em verdade, é impedir o jurado de exteriorizar o seu voto, influenciando na convicção dos demais (RT 432/299). Isso não implica em se decretar um isolamento absoluto do jurado, a quem é permitido, com a fiscalização do Juiz, por exemplo, manter diálogo na sala secreta desde que a respeito de assunto alheio ao julgamento (RT 427/351), mesmo que seja com o advogado de defesa (RT 562/358).

Em interessante julgado, esclarecendo o alcance da previsão legal de incomunicabilidade, assim se manifestou o STJ: “A incomunicabilidade não é isolamento do jurado, vedado comentar o fato em julgamento. Simples telefonema, por si só, não é vedado, notadamente quando dado antes dos debates. Além disso, só acarreta nulidade demonstrado o prejuízo” (REsp 1.052-RS, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 16.4.1991, DJ 6.5.1991, p. 5673). Mas já se entendeu de forma diversa, quanto ao telefonema (RT 581/299).

Também no STF a matéria foi ventilada, quando se tratou de interpretar de forma razoável a exata extensão do vocábulo incomunicabilidade, valendo que se confira: “Relativamente à segunda alegação, considerou-se que, de acordo com a ata da sessão de julgamento, o juiz-presidente suspendera a sessão durante 5 minutos para que os jurados comunicassem a terceiros que iriam participar do julgamento, sendo que as ligações teriam sido realizadas diante de todos os presentes na sessão, sem nenhuma referência ao processo por julgar. Ressaltou-se, também, que a incomunicabilidade dos jurados, nos termos do § 1º do art. 458

do CPP, não se revestiria de caráter absoluto, porquanto diria respeito apenas a manifestações atinentes ao processo” (AO n° 1047-RR – Rel. Joaquim Barbosa – Informativo do STF n° 490, de 26 a 30 de novembro de 2007).

De se ver, ainda, que a quebra da incomunicabilidade entre os jurados é causa de nulidade, conforme previsto no art. 564, III, j, do código. Não se exige, porém, a lavratura de um termo de incomunicabilidade, nem que ela seja certificada por oficial de justiça e conste da ata de julgamento (RT 735/559; RSTJ 89/460). Cumpre ao juiz, tornamos a salientar, velar pela incomunicabilidade entre os jurados e é por conta dessa incumbência que se critica o comportamento de alguns Magistrados que, de forma negligente, deixam o plenário por tempo exagerado, em ausência que impede qualquer fiscalização e que já deu causa, inclusive, à nulidade do julgamento (RT 452/350).

JURISPRUDÊNCIA

Comunicação permitida

“Não se constitui em quebra da incomunicabilidade dos jurados o fato de que, logo após terem sido escolhidos para o Conselho de Sentença, eles puderam usar telefone celular, na presença de todos, para o fim de comunicar a terceiros que haviam sido sorteados, sem qualquer alusão a dados do processo. Certidão de incomunicabilidade de jurados firmada por oficial de justiça, que goza de presunção de veracidade. Desnecessidade da incomunicabilidade absoluta. Precedentes. Nulidade inexistente” (STF – AO n° 1047-RO, Rel. Joaquim Barbosa, j. 28.11.2007, DJe 11.04.2008).

GARANTIA DA INCOMUNICABILIDADE. OPINIÃO EMANADA POR JURADO EM RELAÇÃO A FATOS ESTRANHOS AO MÉRITO DA CAUSA. INFLUÊNCIA NO RESULTADO DE JULGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA – “A garantia da incomunicabilidade entre os jurados relaciona-se à decisão propriamente dita, referindo-se às opiniões sobre o mérito da causa, evitando-se qualquer espécie de pressão sobre a deliberação do Conselho de Sentença. Na espécie, o pronunciamento do jurado, além de não guardar nenhuma pertinência com os fatos do processo, em nada prejudicou o convencimento dos seus pares, inexistindo teratologia a ser sanada. Precedente” (STJ – HC n° 168620-SP, Rel. Marco Aurélio Bellizze, j. 25.06.2013, DJe 01.07.2013).

“Hipótese em que se alega a quebra da incomunicabilidade de jurado que atendeu a ligação telefônica, durante o intervalo do julgamento. Não se justifica a anulação do julgamento quando não demonstrado efetivo prejuízo à defesa, especialmente se apurado – através da declaração de oficial de justiça – que a incomunicabilidade do jurado não fora quebrada, eis que seu contato com o ambiente externo ao do julgamento restringiu-se a assuntos não

relacionados ao caso” (STJ – REsp n° 468719-RS, Rel. Gilson Dipp, j. 13.05.2003, DJ 04.08.2003, p. 371).

2- Tema: Acordo de leniência e compartilhamento de provas

INFORMATIVO 913 STF - SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma negou provimento a agravo regimental para manter decisão que deferiu o compartilhamento de provas originalmente produzidas a partir de acordo de leniência, para a instrução de inquérito em trâmite no âmbito do Ministério Público estadual.

O compartilhamento visa promover a instrução de inquérito civil que investiga possível prática de ato de improbidade e lesão ao erário em razão do recebimento de valores destinados à campanha eleitoral de parlamentar federal.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

De acordo com a Turma do STF, no acordo de leniência em questão, o Ministério Público Federal (MPF) se compromete a não propor, contra os aderentes, qualquer ação de natureza cível ou penal em relação aos fatos e condutas nele revelados.

Todavia, não há óbice ao compartilhamento das provas, desde que o pedido se mostre adequadamente delimitado e justificado, na linha da jurisprudência da própria Corte (Pet 6.8457.463), observadas cautelas especiais quando se tratar de colaboração premiada e acordo de leniência. Dessa forma, **é legítimo o compartilhamento com o fim de instrução de inquérito que investiga pessoa a qual não celebrou acordo de leniência, desde que não acarrete eventual prejuízo aos aderentes do instrumento.**

DIREITO PENAL:

1-Tema: Exclusão de crime- Imunidade parlamentar e liberdade de expressão

INFORMATIVO 913 STF - PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma iniciou julgamento de inquérito instaurado contra deputado federal, por suposta prática do delito tipificado no art. 20, “caput” (1), da Lei 7.716/1989, por duas vezes, na forma do art. 70 (2) do Código Penal (CP).

De acordo com a denúncia, o parlamentar, durante palestra, teria se manifestado, de modo negativo e discriminatório, sobre quilombolas, indígenas, refugiados, mulheres e LGBTs (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros).

O ministro Marco Aurélio (relator) rejeitou a denúncia, no que foi acompanhado pelo ministro Luiz Fux.

O relator entendeu não configurado o conteúdo discriminatório das manifestações do acusado, as quais, além de se inserirem na liberdade de expressão prevista no art. 5º, IV (3), da Constituição Federal (CF), estão cobertas pela imunidade parlamentar, a que se refere o art. 53, da CF (4).

Observou, de início, que a narrativa contém a exposição de fato supostamente delitivo e das circunstâncias alusivas à prática. Foram individualizados os comportamentos imputados a título de ofensas dirigidas contra quilombolas e estrangeiros, estabelecendo-se vínculo de causalidade no tocante ao acusado, e especificadas as falas tidas como caracterizadoras do tipo penal.

Asseverou que, consoante se depreende do discurso proferido pelo acusado em relação a comunidades quilombolas, as afirmações, embora consubstanciem entendimento de diferenciação e até de superioridade, são desprovidas da finalidade de repressão, dominação, supressão ou eliminação, razão pela qual, tendo em vista não se investirem de caráter discriminatório, são incapazes de caracterizarem o crime previsto no art. 20, “caput”, da Lei 7.716/1989.

Considerou que os pronunciamentos do parlamentar contidos na peça acusatória estão vinculados ao contexto de demarcação e proveito econômico das terras e configuram manifestação política que não extrapola os limites da liberdade de expressão. Para o relator, não se pode confundir o interesse na extinção ou diminuição de reservas indígenas ou quilombolas com a supressão e eliminação dessas minorias. Ademais, o emprego, no discurso, do termo “arroba” não consiste em ato de desumanização dos quilombolas, no sentido de

comparação a animais, mas forma de expressão – de toda infeliz –, evocada a fim de enfatizar estar um cidadão específico do grupo acima do peso considerado normal.

Quanto à incitação a comportamento xenofóbico, reputou insubsistentes as premissas apresentadas pela acusação. O delito é de perigo abstrato, cuja tipicidade há de ser materializada teleologicamente, ou seja, embora não se exija que do discurso dito incitador sobrevenha a efetiva prática de atos discriminatórios, é imprescindível a aptidão material do teor das falas a desencadeá-los.

No caso, as afirmações do denunciado se situam no âmbito da crítica à política de imigração adotada pelo Governo e não revelam conteúdo discriminatório ou passível de incitar pensamentos e condutas xenofóbicas pelo público ouvinte. O próprio acusado diz não fazer distinção quanto à origem estrangeira do imigrante. A crítica também se insere na liberdade de manifestação de pensamento, insuscetível, portanto, de configurar crime.

Observou, por fim, que o convite referente à palestra se deu em razão do exercício do cargo de deputado federal ocupado pelo acusado, a fim de proceder à exposição de visão geopolítica e econômica do País.

O relator reconheceu a vinculação das manifestações apresentadas na palestra com pronunciamentos do parlamentar na Câmara dos Deputados. Concluiu que, existente o nexo de causalidade entre o que veiculado e o mandato, tem-se a imunidade parlamentar. As declarações, ainda que dadas fora das dependências do Congresso Nacional e eventualmente sujeitas a censura moral, quando retratam o exercício do cargo eletivo, a atuação do congressista, estão cobertas pela imunidade parlamentar e implicam a exclusão da tipicidade.

Em divergência, o ministro Luís Roberto Barroso votou pelo parcial recebimento da denúncia, tendo sido acompanhado pela ministra Rosa Weber.

Considerou que, apesar de as manifestações do acusado em relação aos estrangeiros estar protegida pela liberdade de expressão e pela imunidade parlamentar, os pronunciamentos sobre quilombolas, afrodescendentes e sobre “gays” configuram, respectivamente, os delitos previstos no art. 20 da Lei 7.716/1989 e de incitação ao crime e apologia de crime, constantes dos artigos 286 e 287 (5) do CP.

Segundo o ministro Barroso, os termos “arrobos e procriador”, usados pelo parlamentar, se referem a animais irracionais, e que, portanto, a equiparação de pessoas negras a bichos é um elemento plausível para fins de recebimento da denúncia.

Em relação aos “gays”, destacou trechos das manifestações do acusado no sentido de que preferiria um filho morto a vê-lo com um outro homem e que, se visse dois homens se beijando na sua frente, os agrediria.

Asseverou estar-se diante de tipo de discurso de ódio que o direito constitucional brasileiro não admite, que é o ódio contra grupos minoritários, historicamente violentados e vulneráveis. Para o ministro, a proteção dos direitos fundamentais das minorias é um dos papéis mais importantes de um tribunal constitucional. Ninguém é melhor do que ninguém, somos todos iguais e devemos nos comportar com o mínimo de fraternidade, sem prejuízo da mais ampla liberdade de expressão.

Salientou que a homofobia mata, de acordo com dados estatísticos revelados sobre assassinatos contra integrantes de comunidades “gays”, e que, em razão disso, não devemos tratar com indiferença discursos de ódio, de agressão física em relação a pessoas que já sofrem outras dificuldades e outros constrangimentos na vida.

O modo como foram tratadas as pessoas negras, os quilombolas e as pessoas de orientação sexual “gay”, nas declarações do acusado, comporta o recebimento da denúncia e o prosseguimento do processo para que o dolo específico seja verificado, as testemunhas sejam ouvidas e a defesa produza provas.

Não receber a denúncia, neste caso, significa transmitir uma mensagem errada para a sociedade brasileira de que é possível tratar com menosprezo, desprezo, diminuição e menor dignidade as pessoas negras ou os homossexuais.

Em seguida, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Também chamada de imunidade substancial, material, real, inviolabilidade ou indenidade, a imunidade parlamentar absoluta está prevista no artigo 53, *caput*, da CF/88, nos seguintes termos: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. **São igualmente invioláveis Deputados Estaduais e Vereadores, estes nos limites do Município em que exercem a vereança.**

De acordo com a maioria, a imunidade parlamentar absoluta torna o fato atípico. Deve, contudo, existir vínculo (conexão) entre as palavras e/ou opiniões do parlamentar e o exercício da sua função. Estando o parlamentar nas dependências do parlamento, presume-se o nexa. Esse elo, porém, não será presumido nos casos em que o parlamentar encontrar-se fora das dependências da casa legislativa respectiva, demandando prova.

Se a manifestação extrapola as dependências do parlamento – ainda que nele proferida –, o próprio STF vem admitindo o afastamento da imunidade:

“In casu, (i) a entrevista concedida a veículo de imprensa não atrai a imunidade parlamentar, porquanto as manifestações se revelam estranhas ao exercício do mandato legislativo, ao afirmar que “não estupraria” Deputada Federal porque ela “não merece”; (ii) o fato de o parlamentar estar em seu gabinete no momento em que concedeu a entrevista é fato meramente accidental, já que não foi ali que se tornaram públicas as ofensas, mas sim através da imprensa e da internet;

(...)

(i) A imunidade parlamentar incide quando as palavras tenham sido proferidas do recinto da Câmara dos Deputados: “Despiciendo, nesse caso, perquirir sobre a pertinência entre o teor das afirmações supostamente contumeliosas e o exercício do mandato parlamentar” (Inq. 3814, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, unânime, j. 07/10/2014, DJE 21/10/2014). (ii) Os atos praticados em local distinto escapam à proteção da imunidade, quando as manifestações não guardem pertinência, por um nexo de causalidade, com o desempenho das funções do mandato parlamentar” Inq. 3.932/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 09/09/2016.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

03 de setembro de 2018

1- Ministro nega liminar em HC de acusado de divulgar "fake news" na internet

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Negado habeas corpus a advogado condenado por corrupção de menores

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

04 de setembro de 2018

3- 1ª Turma: Pedido de vista suspende julgamento de recurso interposto com base em laudo de DNA

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma determina aplicação de medidas cautelares a empresário investigado na Operação Câmbio Desligo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Pedido de vista suspende julgamento de HC impetrado em favor de ex-diretor da Dersa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Encerrada ação penal contra assessora que emitiu parecer favorável a inexigibilidade de licitação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

05 de setembro de 2018

7- Ministro nega HC que pedia suspensão de execução da pena de empresário por crime tributário

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Ministro nega HC a acusada de matar o marido empresário do setor hoteleiro em Natal (RN)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Relator mantém prisão preventiva de ex-prefeito de município paranaense

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Ministro substitui prisão preventiva de ex-presidente da Dersa por medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Prisão preventiva de ex-presidente do Banco Prosper é substituída por medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Ministro Fachin nega pedido de Lula para dar efeito suspensivo ao acórdão do TRF-4

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

05 de setembro de 2018

13- Mantido trancamento de ação penal contra ex-presidente do Bradesco por suposta prática de corrupção

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

06 de setembro de 2018

14- Restabelecida sentença que absolveu advogado da acusação de defender partes contrárias

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- Confirmada remessa de ação contra ex-governador Marcelo Miranda para a Justiça Federal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 020

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Termo inicial da prescrição da pretensão executória (PPE). Releitura jurisprudencial.

Reza o art. 112, inc. I, primeira parte, do CP:

“Art. 112 – No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr

I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação (...).”

Este dispositivo, contudo, vem sendo objeto de releitura pelos nossos Colendos Tribunais. A 5ªT do STJ, de forma pioneira, decidiu que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (STJ. HC 137924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 02/08/2010).

Nesse mesmo sentido decidiu o STF (RE nº 696.533/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgamento em 06.02.2018, DJe em 02.03.2018), reconhecendo que o termo a quo da prescrição da pretensão executória não é o dies a quo recursal para a acusação, mas, sim, o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa.

O TJ SP também tem precedentes seguindo o raciocínio dos Tribunais Superiores:

“A pretensão executória (e respectivo prazo de prescrição) só nasce com o encerramento do processo cognitivo, não com o trânsito em julgado da sentença para a acusação (no caso sub examine houve recurso da defesa e o trânsito em julgado para ambas as partes que acarreta o término do processo condenatório só ocorreu em 2016). Antes do encerramento do processo de conhecimento só flui o prazo prescricional da pretensão punitiva. Aliás, é desprovido de lógica pretender-se que o prazo para a execução (e conseqüente curso da pretensão executória) inicie-se em data anterior à da formação do respectivo título executivo. Em outras palavras, se a execução definitiva não pode ser iniciada porque o processo condenatório não se encerrou, não há como iniciar-se o cômputo do prazo prescricional para o exercício desse mesmo direito de execução” (Agravo em Execução Penal nº 9000021-32.2017.8.26.0451, Desembargador Relator: Dr. José Raul Gavião de Almeida).

2 – A resposta dos jurados reconhecendo materialidade e autoria, porém, absolvendo o réu quando a única tese suscitada pela defesa técnica e em autodefesa foi a negativa de autoria: consequências.

Os quesitos a serem apreciados pelo Conselho de Sentença, seguindo mandamento legal, versarão sobre questões de fato e indagarão se o acusado deve ser absolvido. Devem ser redigidos em proposições afirmativas (nunca na forma negativa), simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão.

O legislador, com a reforma do procedimento do júri no ano de 2008, quis simplificar a quesitação. Na sua elaboração, o juiz presidente levará em conta os termos da pronúncia (que delimita os debates em plenário) ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação (acórdão que manda o réu a julgamento do júri), do interrogatório do réu, em ato de autodefesa e das alegações das partes, externadas no plenário do júri, durante os debates.

O júri brasileiro, tradicionalmente, adotou o sistema francês, através do qual o veredicto é obtido por meio das respostas dos jurados aos quesitos, que versam sobre o tema debatido nos autos e no plenário, formulados pelo juiz presidente. Apartou-se, assim, do sistema americano (ou inglês), em que uma única indagação é feita aos julgadores leigos, de forma clara e objetiva, qual seja, se o réu tem ou não culpa (*guilty or not guilty*). Considerando os princípios norteadores do júri brasileiro, sobretudo o sigilo da votação e a incomunicabilidade entre os jurados, o sistema francês parece, de fato, o mais adequado.

Com o advento, porém, da Lei 11.689/2008, apesar de persistirem os princípios gerais, os dois sistemas passaram a coexistir no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, entre as várias formulações dirigidas ao Conselho de Sentença, típicas do sistema francês, haverá um quesito próprio indagando se o acusado deve ser absolvido, próprio do sistema anglo-americano.

O legislador, portanto, na construção do questionário (conjunto de quesitos), modificou a estrutura anterior, demasiadamente prolixa e que ensejava inúmeras nulidades, determinando a formulação dos quesitos em proposições simples e distintas, de maneira a se evitar a ambiguidade e a complexidade.

Um tema interessante tem surgido no dia-a-dia do promotor de Justiça: **quando a negativa de autoria é a única tese da defesa, se o Conselho de Sentença se manifesta positivamente a respeito dos quesitos relativos à materialidade e à autoria, a absolvição gera contradição?**

O quesito indagando se o jurado absolve o réu, como já tivemos a oportunidade de mencionar, é novidade introduzida pela Lei nº 11.689/08, responsável por atrair ao procedimento do júri brasileiro uma característica inerente ao sistema criminal americano, despertando, no entanto, indisfarçável controvérsia acerca de sua compatibilidade com o nosso sistema.

A novidade veio sob a justificativa de tornar mais simples o procedimento de votação nos crimes dolosos contra a vida ao facilitar a elaboração e, principalmente, a compreensão dos quesitos pelos jurados.

Em que pese ser quesito obrigatório, e, para alguns, campo fértil para os jurados absolverem por motivo de foro íntimo ou por qualquer outro motivo insondável, **não inviabiliza a apelação do Ministério Público com base na alegação de que teria havido julgamento contrário à prova dos autos.**

O STJ pacificou o tema, tendo a Terceira Seção entendido que continua vigente e válida a apelação do Parquet (art. 593, inciso III, letra "d", do Código de Processo Penal), quando há absolvição do réu, pelo terceiro quesito.

Ou seja, ainda que tenham os jurados respondido "sim" ao quesito genérico da absolvição (terceiro), pode o Ministério Público manejar apelação com base na alegação de que houve julgamento contrário à prova dos autos, submetendo à instância recursal, nos termos da lei processual penal, a análise do substrato fático-probatório apresentado ao conselho de sentença.

Em suma, a absolvição do réu pelos jurados com base no art. 483, inc. III, do Código de Processo Penal, não constitui decisão irrecorrível, podendo o Tribunal de origem, em sede de apelação, cassá-la, ao verificar que a conclusão alcançada pelo Conselho de Sentença é absolutamente dissociada das provas apresentadas no transcorrer da instrução e em plenário. Tal hipótese (art. 593, inc. III, 'd', do CPP), apesar de excepcional, não ofende a soberania dos veredictos (art. 5º, inc. XXXVIII, 'c', da Constituição Federal), pois exige a submissão do caso a novo júri, e caracteriza um mínimo de controle sobre o Conselho de Sentença, como corolário do duplo grau de jurisdição, no intuito de evitar excessos e arbitrariedades.

Enfrentando o caso em exame, ocorrido na comarca de Piracicaba, **figurando como representante do Ministério Público o Dr. Luciano Coutinho**, os jurados foram indagados acerca da materialidade delitiva, respondendo afirmativamente. Questionados sobre a relação de causalidade, novamente ofertaram resposta positiva, e, interpelados sobre a autoria, mais uma vez a resposta foi afirmativa, porém, formulado o quesito obrigatório "o jurado absolve o réu", o conselho de sentença, por maioria, respondeu "sim".

Ocorre que, consoante a ata de julgamento, expressão material de todo o desenrolar do ato processual, que a única tese sustentada pela defesa técnica foi a negativa de autoria. Nesse panorama os nossos Tribunais, sem desdouro da soberania dos veredictos, estão alertando que a Constituição e a Lei Penal Adjetiva não conferem aos juízes leigos o direito de decidir a seu bel prazer, com idiosincrasias, mas sim, respeitado seu convencimento, desde que

minimamente amparado por elementos fático-jurídicos constantes dos autos, tanto é assim que, como bem anotou o diligente promotor de justiça oficiante em primeiro grau, a Lei prevê recurso contra decisões arbitrárias dos jurados, em manifesta afronta à prova colacionada no caderno processual. A solução para tal incongruência, com efeito, era a sabiamente prevista pelo legislador no art. 490, caput, do Código de Processo Penal, conforme o qual:

"Se a resposta a qualquer dos quesitos estiver em contradição com outra ou outras já dadas, o presidente, explicando aos jurados em que consiste a contradição, submeterá novamente à votação os quesitos a que se referirem tais respostas".

Embora tenha o parquet requerido tal esclarecimento, o juiz presidente o indeferiu, entendendo que as consequências de uma ou outra resposta foram explicitadas aos jurados, cuja decisão não necessita de fundamentação, o que, nos moldes acima alinhavados, não deve prevalecer, pois flagrante a contradição nas respostas, geradora de nulidade nos termos do art. 564 do Diploma Processual Penal.

Neste sentido:

PROCESSUAL PENAL. JÚRI. ALEGAÇÃO DEFENSIVA CIFRADA UNICAMENTE NA NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE NOS DOIS PRIMEIROS QUESITOS. RESPOSTA AFIRMATIVA DOS JURADOS QUANTO AO TERCEIRO QUESITO (OBRIGATÓRIO) ABSOLVENDO O RÉU. CONTRADIÇÃO. REPETIÇÃO DA SÉRIE QUESITÁRIA.

1 - Se a tese da defesa foi, única e exclusivamente, negativa de autoria, a absolvição reconhecida pelos jurados, no terceiro quesito (obrigatório) conflita com a resposta afirmativa dos leigos para os dois primeiros. 2 - Plausível, portanto, e até recomendada a repetição da série quesitária, após explicação aos jurados sobre o ocorrido, nos termos do art. 490 do Código de Processo Penal. 3 - Reconhecimento da falha pelo tribunal de origem que não merece reparo. 4 - Constrangimento ilegal suscitado pela defesa, in casu, que não se perfaz. 5 - Ordem denegada. (HC 391.950/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

3 – Fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Súmulas 718 e 719 do STF.

A pena de reclusão deve ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, semiaberto ou aberto, como dispõe o art. 33, caput, 1ª parte, do CP. O § 2º do mesmo dispositivo estabelece os parâmetros para que o juiz imponha o regime adequado de acordo com a extensão da pena a que se chegou após a aplicação do sistema trifásico do art. 68.

Considerando que a disciplina legal estabelece especificamente o regime de cumprimento de acordo com a quantidade da pena aplicada, o critério a ser seguido pelo juiz deve ser o legalmente instituído. Não lhe compete, somente em virtude da gravidade abstrata do crime – que já é considerada para a cominação da pena –, estabelecer um regime mais severo. Em suma, a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. É, aliás, o que estabelecem as súmulas 718 do STF e 440 do STJ:

“A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”

“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.”

A essas súmulas se segue a 719, que assim dispõe:

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

A fundamentação é a mesma dos enunciados anteriores (motivação para o estabelecimento do regime de pena), mas, não obstante possa parecer, não é redundante.

Novamente: o art. 33 do Código Penal estabelece, de acordo com a quantidade da pena aplicada, o regime inicial ao qual deve ser submetido o condenado, sendo que o juiz não pode estabelecer um regime diferente apenas em virtude de sua opinião sobre a gravidade do crime (súmula nº 718). Isso não quer dizer, todavia, que ao juiz seja proibido estabelecer um regime de cumprimento de pena mais severo do que indica a pena aplicada. É possível que as circunstâncias ou as consequências de determinada conduta delituosa indiquem concretamente a necessidade de encarceramento em modalidade mais severa do que a pena aplicada – estritamente limitada pelos parâmetros legais – pode sugerir. Neste caso, se o juiz fundamentar suficientemente sua decisão, é possível a imposição do regime mais restritivo de liberdade.

Daí porque a súmula 719, que permite a imposição do regime mais severo desde que haja motivação idônea, não é redundante em relação às anteriormente citadas, que simplesmente proíbem que se considere apenas a opinião do julgador em detrimento do sistema legal de aplicação do regime de pena.

Tem-se, em síntese, que a gravidade abstrata do crime, já considerada para a cominação da pena pelo legislador, não pode servir de fundamento para a imposição de regime mais severo

do que indica a extensão da pena aplicada. Se, no entanto, o caso concreto revela que o regime mais severo é necessário para que as finalidades da execução penal sejam efetivamente cumpridas, é possível ao juiz impô-lo.

Embora já relativamente antigas, as citadas súmulas mantêm seus fundamentos, que vêm sendo plenamente aplicados no âmbito dos tribunais superiores:

“I – O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos tem direito à cumprir a pena em regime aberto (art. 33, § 2º, c, do CP). II – A imposição de regime de cumprimento de pena mais gravoso deve ser fundamentada, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima (art. 33, § 3º, do CP) . III – O entendimento sumulado da Corte é no sentido de que a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada (Súmula 718) e a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719). IV – Ordem concedida.” (STF: HC 131.129/SP, DJe 03/08/2017)

“5. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". 6. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 4 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.” (STJ: HC 462.091/SP, DJe 14/09/2018)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Não demonstrado prejuízo, a ausência do órgão acusatório na audiência para oitiva de testemunhas não enseja a nulidade do ato.

PESQUISA PRONTA STJ - [Análise da nulidade ou não da audiência de oitiva de testemunha em razão da ausência do órgão acusatório](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O legislador, a exemplo do verificado no procedimento do júri, concentrou no rito comum, todos os atos de instrução em uma audiência única, na qual as partes apresentarão, ainda, alegações finais orais e o juiz proferirá a sentença. Optou com isso, francamente, pela oralidade que tem, por características, a predominância da palavra falada, a imediatidade da relação do juiz com a prova e a hiperconcentração dos atos processuais.

Qual a consequência diante do não comparecimento do MP em audiência? Vem prevalecendo o que segue:

“Sobre a ausência de membro do Parquet na oitiva de testemunhas, não se caracteriza a nulidade, em razão da sua não-obrigatoriedade, exigindo comprovação de efetivo prejuízo” (STJ – REsp n° 1115275-SC, Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 13.09.2011, DJe 04.11.2011).

“A ausência do Ministério Público na audiência de instrução constitui nulidade relativa que, para ser declarada, deve ser alegada em momento processual oportuno e demonstrado o efetivo prejuízo ao réu. Aplicação do princípio pas nullité sans grief” (STJ – REsp n° 174290, Rel. Hélio Quaglia Barbosa, RT 841/511).

Vale lembrar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) julgou improcedente, por maioria dos votos, o Procedimento de Controle Administrativo 0000071-07.2015.2.00.0000, movido pela Associação do Ministério Público de Pernambuco, considerando violação do princípio da legalidade a realização de audiências de instrução nos processos criminais sem a participação de um representante do Ministério Público.

A decisão foi tomada durante a 238ª Sessão Ordinária do Conselho, ocorrida nesta terça-feira (27/09), na sede do órgão. A Recomendação n. 1, de 13/11/2014, do Conselho da Magistratura de Pernambuco, sugere aos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) que realizem audiências de instrução sem a participação do representante do Ministério Público, desde que tenha havido prévia intimação pessoal para comparecer aos referidos julgamentos.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Crimes contra a vida- Ciúme como qualificador em crime de homicídio

PESQUISA PRONTA STJ - [Análise da possibilidade ou não de o ciúme caracterizar o motivo torpe que qualifica o crime de homicídio](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Prevê o inciso I do §2º do art. 121 do CP o homicídio praticado por motivo torpe, isto é, quando a razão do delito for vil, ignóbil, repugnante, abjeta. O clássico exemplo está estampado logo na primeira parte do inciso em comento, com o homicídio mercenário ou por mandato remunerado.

Discute-se se o ciúme é ou não motivo torpe. Vem prevalecendo que deve ser analisado o caso concreto. Cabe ao Tribunal do Júri decidir se o homicídio foi motivado por ciúmes, assim como analisar se referido sentimento, no caso concreto, qualifica o crime.

No mesmo sentido com relação à vingança:

“A verificação se a vingança constitui ou não motivo torpe deve ser feita com base nas peculiaridades de cada caso concreto, de modo que não se pode estabelecer um juízo a priori, positivo ou negativo” (REsp 21.261-PR, DJ 4/9/2000; REsp 256.163-SP, DJ 24/4/2006; REsp. 417.871-PE, DJ 17/12/2004, e HC 126.884-DF, DJe 16/11/2009. REsp 785.122-SP). Na mesma linha, entendeu o STF: “a vingança, por si só, não substantiva o motivo torpe; a sua afirmativa, contudo, não basta para elidir a imputação de torpeza do motivo do crime, que há de ser aferida à luz do contexto do fato.” (HC 83.309-MS).

2- Tema: Casa de prostituição. Tipicidade. Art. 229 do Código Penal. Exploração sexual. Elemento normativo do tipo. Violação à dignidade sexual e tolhimento à liberdade. Inexistência. Fato atípico.

INFORMATIVO 631 STJ- SEXTA TURMA

O estabelecimento que não se volta exclusivamente à prática de mercância sexual, tampouco envolve menores de idade ou do qual se comprove retirada de proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não dá origem a fato típico a ser punido na seara penal.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

A questão de direito delimitada na controvérsia trata da interpretação dada ao artigo 229 do Código Penal. Registre-se que, mesmo após a alteração legislativa introduzida pela Lei n. 12.015/2009, a conduta consistente em manter Casa de Prostituição segue sendo crime. Todavia, com a novel legislação, passou-se a exigir a "exploração sexual" como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal. Dessa forma, crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual. Nesse sentido, o bem jurídico tutelado não é a moral pública mas sim a dignidade sexual como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, dentre os quais, o do artigo 229. E o sujeito passivo do delito não é a sociedade mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual. Assim, se não se trata de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco há notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal.

PROCESSO: REsp 1.683.375-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 14/08/2018, DJe 29/08/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A nossa legislação, com o advento da Lei 12.015/2009, insistiu em punir a manutenção de prostíbulos, mas deu-lhe nova configuração, porque agora exige um estabelecimento onde haja exploração sexual. De lugar destinado a encontros libidinosos passou-se para estabelecimento onde haja exploração sexual.

A profunda inovação introduzida pela Lei 12.015/2009 foi substituir casa de prostituição ou lugar destinado a encontro para fins libidinosos por estabelecimento em que ocorra a exploração sexual, expressão muito mais pertinente (para o fim de incriminação da conduta), permitindo abranger não só os prostíbulos, mas qualquer espaço que venha a servir de abrigo habitual para a prática de comportamentos contra a dignidade sexual de alguém, ou seja, comportamentos que denotem "exploração sexual".

Em resumo: o que está reprovado, agora, não é o sexo (a libidinagem), mas sim, a exploração.

3- Tema: Execução de sentença penal condenatória. Pena substitutiva de prestação pecuniária. Descumprimento. Arresto de bem de família. Descabimento. Reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

INFORMATIVO 631 STJ- SEXTA TURMA

Havendo expressa previsão legal de reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, não há falar em arresto para o cumprimento forçado da pena substitutiva.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

De início, tratando-se de pena substitutiva, fixada com base no artigo 44 do Código Penal, tem-se que o eventual descumprimento da obrigação dá ensejo à reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, por força do comando expresso da norma do parágrafo 4º do referido artigo. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. Ressalta-se que a execução das penas restritivas, assim como de modo geral de todas as alternativas à prisão, demanda um mecanismo coercitivo, capaz de assegurar o seu cumprimento, e este só pode ser a pena privativa de liberdade. Assim, não há falar em arresto para o cumprimento forçado da pena substitutiva já que a reconversão da pena é medida que, por si só, atribui coercividade à pena restritiva de direitos.

PROCESSO: REsp 1.699.665-PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por unanimidade, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A primeira espécie de pena restritiva de direitos indicada pelo artigo 43 do Código Penal é a prestação pecuniária (e que não se confunde com a multa), introduzida pela Lei 9.714/98.

Consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

O valor pago a título de prestação pecuniária será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º, CP).

Por conta de seu caráter real, temos corrente lecionando que seu inadimplemento não deve acarretar sua reconversão em pena privativa de liberdade, devendo ser executada. Essa tese não encontrou eco nos Tribunais Superiores.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

10 de setembro de 2018

1- Ministro mantém prisão preventiva de três investigados na Operação Lava-Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de setembro de 2018

2- 2ª Turma arquivou inquérito que investigava senadora Kátia Abreu por caixa dois

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- 2ª Turma encerra ações penais sobre importação de pequena quantidade de sementes de maconha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Rejeitada denúncia contra o deputado Jair Bolsonaro por incitação ao racismo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 1ª Turma homologa entrega voluntária de extraditanda

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Inquérito contra o senador Fernando Bezerra (MDB-PE) é arquivado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12 de setembro de 2018

7- Suspensos efeitos de decisão do STJ que determinou soltura de deputado condenado

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Mantida prisão preventiva de ex-prefeito de Igarapava (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13 de setembro de 2018

9- Ex-governador do RN tem prisão preventiva substituída por medidas cautelares alternativas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14 de setembro de 2018

10- Liminar substitui por medidas cautelares prisão preventiva de pastores evangélicos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

10 de setembro de 2018

11- Suspensa ação penal contra prefeito de Belo Horizonte

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de setembro de 2018

12- Quinta Turma nega habeas corpus a ex-prefeito de Indaiatuba (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12 de setembro de 2018

13- STJ restabelece ordem de prisão contra o empresário Deusmar de Queirós

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13 de setembro de 2018

14- Negado pedido de salvo-conduto ao ex-governador Anthony Garotinho

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- Indeferidos habeas corpus do ex-governador Beto Richa e de sua esposa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 021

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Crime de estelionato, competência para julgamento e o STJ

O estelionato está tipificado no art. 171 do Código Penal e consiste em obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Da simples leitura do tipo percebe-se que, para existir o crime, necessário se faz a presença de três elementos:

- a) fraude: lesão patrimonial realizada por meio de malicioso engano;
- b) vantagem ilícita (se a vantagem é devida, o crime é de exercício arbitrário das próprias razões);
- c) prejuízo alheio: a vítima deve sofrer um prejuízo patrimonial que corresponda à vantagem indevida obtida pelo agente.

Quando o tipo se refere a vantagem ilícita e a prejuízo alheio fica claro que a primeira pressupõe o segundo, pois quem obtém ilicitamente algum bem está evidentemente lesando o patrimônio do *tertius* e lhe impõe um prejuízo. O crime é, portanto, de duplo resultado, consumando-se somente após a efetiva obtenção da vantagem indevida, correspondente à lesão patrimonial de outrem.

Dadas as diversas circunstâncias em que o estelionato pode ser cometido, não raro surgem dúvidas a respeito do juízo competente para julgamento, pois nem sempre quem sofre o prejuízo e quem obtém a vantagem se encontram no mesmo local e, em tais situações, pode haver certa dificuldade para estabelecer com precisão onde o estelionatário realmente alcançou o proveito de seu ardil.

Em julgamentos recentes, a Terceira Seção do STJ tem diferenciado as situações nas quais a vítima é induzida, mediante fraude, a efetuar um pagamento esperando receber algo em troca de outras situações em que, também iludida, espera receber um pagamento por algo por ela dado em troca:

“1. Situação em que a vítima foi enganosamente induzida pelo investigado, à época seu namorado, a deixar que ele vendesse seu carro. No entanto, o investigado vendeu o automóvel, apropriou-se do valor da venda, oferecendo como pagamento dois cheques de terceiros que foram devolvidos: o primeiro, porque a assinatura não conferia e o segundo, porque o dono do talão de cheques havia solicitado a baixa junto ao banco sacado.

2. Nos termos do art. 70 do CPP, a competência será de regra determinada pelo lugar em que se consumou a infração e o estelionato, crime material tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no momento e lugar em que o estelionatário auferir proveito econômico em prejuízo da vítima.

3. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre quando a vítima é arditosamente induzida a, voluntariamente, depositar na conta do estelionatário o preço de uma mercadoria que jamais chega a receber, da hipótese (como a dos autos) em que a vítima, também iludida por um artil, é levada a crer que o pagamento pelo produto por ela vendido foi ou será devidamente efetuado e, em consequência disso, voluntariamente entrega a mercadoria. Na primeira das situações (em que pagamentos são feitos pela vítima ao estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade financeira da vítima. Tratando-se de pagamento por meio de cheque, transferência bancária ou cartão de crédito, isso ocorre quando os valores saem da entidade financeira sacada. Por esse motivo, em tais casos entende-se que o local da obtenção da vantagem ilícita é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária. Já na segunda hipótese, em que a vítima é a vendedora do produto, o estelionatário auferir proveito econômico em prejuízo da vítima quando recebe a mercadoria e não chega a pagar por ela. Em tais situações, por óbvio, o local em que é obtida a vantagem ilícita é o local da retirada do produto.” (CC 158.703/DF, j. 22/08/2018)

No caso julgado, a vítima havia entregado o automóvel para que seu namorado o vendesse e esperava receber o valor correspondente à alienação. O indivíduo efetuou a venda, mas não repassou o dinheiro à proprietária, apropriando-se indevidamente da quantia. Devido às circunstâncias, estabeleceu-se a competência no local em que retirado o bem, onde se obteve a vantagem.

Se, ao contrário, a vítima pretendesse comprar um veículo e fosse induzida a efetuar o pagamento ao estelionatário, considerar-se-ia competente o juízo do local em que o dinheiro tivesse efetivamente saído da esfera de disponibilidade da vítima. No caso de um pagamento por cheque ou por transferência interbancária, por exemplo, a competência recairia no local da agência bancária em que a vítima mantivesse sua conta, pois o momento da saída do numerário corresponderia à obtenção da vantagem pelo agente.

2 – ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL. Passo a passo para a sua concretização.

Com a publicação da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução 183/18, fica reforçada, no âmbito da persecução criminal, a **Justiça Consensual Negociada**, prevendo o acordo de não-persecução penal.

Visando subsidiar os colegas no manejo deste importante instrumento de política criminal, o **CAOCRIM disponibiliza na sua página uma pasta “JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA”, com modelos de acordo e petições.**

Nesta oportunidade, parece importante destacar os seguintes aspectos:

PREVISÃO NORMATIVA

O “acordo de não-persecução” está previsto no artigo 18 da Resolução n. 181/2017 CNMP, nos seguintes termos:

“Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

§ 1o Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2o, da Lei no 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2o A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3o O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4o Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 5o Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6o Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

§ 7o O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8o É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 9o Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO

A Resolução 181/17 dialoga de forma legítima com a CF. Não trata de Direito Penal ou Direito Processual Penal. Cuida, na verdade, de instrumento de política criminal.

Vislumbra-se nessa iniciativa importante manifestação do funcionalismo penal na medida em que a Resolução editada navega naquilo que se denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis da política criminal.

A política criminal, segundo Figueiredo Dias, tem a função de “servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização” (Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT. 1999. p. 42).

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas.

A alegação de que o acordo de não-persecução viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal merece ser rebatida. Lembramos que tal princípio não está expressamente previsto na CF/88. Países que anunciam expressamente o princípio da obrigatoriedade na sua Constituição, como a Itália, trabalham na mesma Carta a Justiça Penal Negociada desde a fase extraprocessual. O Conselho da Europa recomenda aos países do Continente respostas alternativas na solução das lides penais (Recomendação 87). Entre nós, as Regras de Tóquio (<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>) orientam no mesmo sentido.

PRESSUPOSTOS PARA O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO

A Resolução n. 181/2017 exige, para a celebração do acordo de não persecução, a presença cumulativa dos seguintes pressupostos:

a) existência de procedimento investigatório.

ATENÇÃO: A primeira versão da Resolução n. 181/2017 tratou do acordo somente em sede do procedimento investigatório criminal (PIC), presidido pelo MP. Com a alteração promovida pela Resolução 183 passa a ser também cabível nos autos do inquérito policial.

b) não ser o caso de arquivamento dos autos, existindo justa causa (lastro probatório mínimo) para a denúncia-crime.

ATENÇÃO: Oferecida a denúncia, fica vedado o acordo de não persecução penal.

c) cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

ATENÇÃO: Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (art. 18, § 13).

d) o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime.

ATENÇÃO: A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

CONDIÇÕES PARA O ACORDO (cumulativas ou alternativas):

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; **II** – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; **III** – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; **IV** – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; **V** – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

NÃO CABIMENTO DO ACORDO:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; **II** – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; **III** – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2o, da Lei no 9.099/95;

ATENÇÃO: diz o art. 76, § 2o, da Lei 9.099/95:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; **II** - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; **III** - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

IV - não se aplica o acordo aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina; **V** – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da

pretensão punitiva estatal; VI – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006; VII – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

FORMALIDADES PROCEDIMENTAIS:

O acordo será formalizado nos autos do PIC ou do IP, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor (art. 18, § 3o.).

Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo (art. 18, § 4o.).

ATENÇÃO: *Constou expressamente da Resolução que o acordo poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia (art. 18, § 7º).*

HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL:

Os autos, com o acordo, serão submetidos à apreciação judicial. Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação (art. 18, § 5o.). Se considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, diz o art. 18, §6o., que o juiz fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

FISCALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES FIXADAS NO ACORDO

É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo (art. 18, § 8o.).

Extrai-se da Resolução que a comprovação do cumprimento das condições pelo investigado – ou a impossibilidade de fazê-lo – figura como uma das condições para a manutenção do acordo, consubstanciando-se assim em uma demonstração de sua responsabilidade pessoal. Inverte-se, com isto, a tradicional forma de fiscalização de condições e medidas que

acompanham benefícios processuais ou executórios, pois o investigado passa a assumir um comportamento ativo, tanto que previsto o oferecimento da denúncia como uma consequência imediata da não comprovação.

(DES)CUMPRIMENTO DO ACORDO

Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres assumidos pelo investigado, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

ATENÇÃO: O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Impossibilidade da execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

PESQUISA PRONTA STJ - [Análise da possibilidade ou não de execução provisória de penas restritivas de direitos](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Apesar de a LEP condicionar a execução da pena restritiva ao trânsito em julgado da condenação, sabemos que o STF, desde o HC 126.292/SP, admite execução provisória no caso de condenação confirmada (ou imposta) em julgamento de 2º. grau.

Ora, se a Suprema Corte assim decidiu em se tratando de pena privativa de liberdade, não enxergamos motivos aparentes que impeçam aplicar esse mesmo raciocínio para as penas alternativas.

Todavia, a 3ª. Seção do STJ (composta pelas Quinta e Sexta Turmas) entende que não é possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. O Supremo Tribunal Federal vem adotando o mesmo entendimento, limitando a execução provisória para as penas privativas.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Condenação alcançada pelo período depurador – Possibilidade de configurar maus antecedentes

STJ

Processo: AgRg no AREsp 1306931/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. APTIDÃO PARA CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 83 DO STJ. PRETENSÃO DE REDUZIR PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Com efeito, "a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, como no presente caso, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal" (AgRg no REsp 1719831/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018). Incidência da Súmula 83 do STJ.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Temos doutrina buscando criar, por meio da analogia, prazo depurador para os maus antecedentes. Nesse sentido, leciona Cezar Bitencourt:

“Convém destacar, ademais, a necessidade de respeitar a limitação temporal dos efeitos dos ‘maus antecedentes’, adotando-se o parâmetro previsto para os ‘efeitos da reincidência’ fixado no art. 64 do CP, em cinco anos, com autorizada analogia. Advogando a mesma tese, sustenta Salo de Carvalho, in verbis: ‘o recurso à analogia permite-nos limitar o prazo de incidência dos antecedentes no marco dos cinco anos – delimitação temporal da reincidência -, visto ser a única orientação permitida pela sistemática do Código Penal’” (Tratado de Direito Penal, vol. 1, p. 755-6).

A 2ª Turma do STF tem julgado nesse entendimento:

“Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos (HC 142.371/SC, j. 30/05/2017)”. Na 1ª Turma, todavia, há decisões admitindo o aumento: “Condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo decurso do prazo de 5 anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes” (ARE 925136 AgR/DF, j. 02/09/2016). Em virtude da relevância do tema e da controvérsia que o cerca, o STF reconheceu a repercussão geral, ainda pendente de julgamento (RE 593.818 RG/SC). O STJ, por sua vez, segue a orientação de que o aumento é admissível: “É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, à luz do artigo 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência, mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do artigo 59 do Código Penal” (AgRg no AREsp 1.075.711/MG, j. 18/05/2017).

O STJ, contudo, não sem razão, vem decidindo no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes. O emprego da analogia sustentado pelo STF não tem cabimento na hipótese, pois não existe lacuna a ser suprida, mas silêncio eloquente do legislador. O prazo depurador foi criado para a reincidência, não para maus antecedentes, importante ferramenta para o magistrado cumprir a ordem constitucional de individualização da pena.

2- Tema: Crime do art 244-B da Lei 8.069/90- Delito Formal

STJ:

PROCESSO: REsp 1674743/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018

EMENTA:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 244-B, DA LEI 8.069/90. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. CONSUMAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso Especial 1.127.954/DF, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que, para consumação do delito de corrupção de menores art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, pois o mencionado delito possui natureza formal. Precedente.

2. As Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício passaram a adotar o entendimento jurisprudencial no sentido de que o crime de corrupção de menores, delito de natureza formal, consuma-se independente do menor infrator já ter praticado outros atos infracionais, inexistindo qualquer exigência da comprovação da efetiva corrupção para que se considere praticado o mencionado delito. Precedentes.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Discute-se o momento consumativo do crime de corrupção de menores, art. 244-B, do ECA. Para uns, trata-se de crime formal, sendo suficiente para a consumação que o menor pratique (ou seja induzido a praticar) infração penal, dispensando a prova da subsequente corrupção da vítima. Para outros o delito é material, não bastando que o adolescente pratique (ou seja induzido a praticar) a infração penal, sendo necessária, ainda, a sua efetiva corrupção.

Pondo uma “pá de cal” na discussão, o próprio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 500, segundo a qual a configuração do crime previsto no art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor (leia-se criança ou adolescente), por se tratar de delito formal.

3- Tema: Inviabilidade da continuidade delitiva entre roubo e extorsão

STJ:

PROCESSO: AgInt no REsp 1672216/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018

EMENTA:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. ESPÉCIES DIVERSAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Em se tratando de ações diversas e com desígnios autônomos, não há falar na existência de crime único entre os delitos de roubo e extorsão, mantendo-se incólume o concurso material.

Para se concluir em sentido diverso, seria necessário o revolvimento do arcabouço fático-probatório, providência inviável no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

2. Conforme entendimento pacífico desta Corte, não há continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão, porque de espécies diferentes.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Da leitura do art. 71 do CP percebe-se que a configuração do crime continuado depende da presença dos seguintes requisitos:

- (A) Pluralidade de condutas;
- (B) Pluralidade de crimes da mesma espécie;
- (C) Elo de continuidade

O crime, portanto, aproxima-se do concurso material ao exigir condutas provocando vários crimes. Diferencia-se, no entanto, ao restringir sua aplicação a crimes da mesma espécie, dentro de um elo de continuidade.

Atualmente, parece pacificado nos Tribunais Superiores que crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo tipo penal, protegendo igual bem jurídico.

Em resumo: crimes da mesma espécie = mesmo tipo penal + igual bem jurídico.

O MP SP, Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais, tem inúmeras teses nesse sentido:

a) CRIME CONTINUADO - ROUBO E LATROCÍNIO - INADMISSIBILIDADE

O roubo e o latrocínio atingem bens jurídicos diversos. Impossível o reconhecimento da continuidade delitiva. (D.O.E., 12/06/2003, p. 30) Tese 012

b) ROUBO – EXTORSÃO – CRIME CONTINUADO – INADMISSIBILIDADE - RESTRITO

Se o agente subtrai objetos da vítima e a obriga a assinar cheques ou retirar dinheiro de caixa eletrônico pratica crimes de roubo e extorsão em concurso material. (D.O.E., 12/06/2003, p. 32) Tese 113

c) CRIME CONTINUADO – EXTORSÃO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO – INADMISSIBILIDADE

A extorsão e a extorsão mediante seqüestro, embora do mesmo gênero, são de espécies diferentes. Impossível o reconhecimento da continuidade delitiva. (D.O.E., 19/05/2004, p. 32) Tese 174

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

17 de setembro de 2018

1- Ministro atende pedido da PGR para arquivamento de inquérito de Renan Calheiros e Romero Jucá

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18 de setembro de 2018

2- 2ª Turma absolve senador Renan Calheiros (MDB/AL) da acusação de peculato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Mantida execução da pena de ex-vice-presidente da Mendes Júnior condenado na Lava-Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Rejeitado HC de condenado pela morte de jornalista de Teresina (PI) em colisão de trânsito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro nega nulidade de ação penal na Justiça estadual contra indígenas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Negada anulação de interceptações telefônicas em inquérito contra delegado do PR

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 022

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Lei 13.715/18: dispõe sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente.

A condenação criminal pode ter efeitos que ultrapassam a execução forçada da sanção penal imposta. Há efeitos que decorrem automaticamente da sentença condenatória, como a obrigação de indenizar o dano causado e o confisco dos instrumentos e produtos do crime, assim como há outros que dependem da natureza do crime cometido e da devida fundamentação do juiz.

Dentre estes últimos, destacamos a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão. Trata-se de **efeito novo da condenação disposto no art. 92, inc. II, do Código Penal**, cujo propósito é evitar que condenados pela prática de delitos que contrariam a natureza do poder familiar em sentido amplo mantenham seu exercício em detrimento dos interesses de quem está submetido a esse poder.

O citado dispositivo (art. 92, II) foi alterado pela Lei 13.715/18, que entrou em vigor 25 de setembro de 2018. A sua redação permitia o efeito apenas nos crimes cometidos contra filho, tutelado ou curatelado. Com a entrada em vigor da Lei 13.715/18 ampliaram-se as possibilidades de incapacidade, pois inserem-se entre as vítimas que atraem o mesmo efeito a pessoa igualmente titular do poder familiar e outros descendentes além do filho. Vejamos, em comparação, as redações antiga e atual do dispositivo:

Redação dada pela Lei 7.209/94	Redação dada pela Lei 13.715/18
II – a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;	II – a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

Por fim, a Lei 13.715/18 alterou o art. 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente para – assim como fez no art. 92, inc. II, do CP – ampliar sua incidência: “A condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente”.

2 – Lei 13.718/18 e os novos crimes contra a dignidade sexual.

A Lei 13.718/18 introduz diversas modificações na seara dos crimes contra a dignidade sexual. Sua ementa “Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria causa de aumento de pena referente ao estupro coletivo e corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).”

Em resumo, inserem-se no Código Penal: a) o art. 215-A, que tipifica a importunação sexual; b) o art. 218-C, que trata da divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos; c) o § 5º no art. 217-A para tornar expresso na lei o fato de que o consentimento e a experiência sexual do vulnerável são irrelevantes para a caracterização do crime; d) o inciso IV no art. 226 para aumentar de um a dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva.

Além disso, foram modificadas as redações dos artigos 225 e 234-A. No art. 225, a nova regra atinge a natureza da ação penal, que nos crimes contra a dignidade sexual passa a ser pública incondicionada. E, no art. 234-A, causas de aumento de pena foram reajustadas e ampliadas.

Vejamos a seguir em que consistem, exatamente, tais novidades.

1) IMPORTUNAÇÃO SEXUAL

O art. 215-A introduz em nosso ordenamento jurídico o crime de importunação sexual, consistente em:

“Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”. A pena é de reclusão de um a cinco anos, se o ato não constitui crime mais grave.

Considerando a pena cominada, a infração pode ser considerada de médio potencial ofensivo, admitindo a possibilidade de suspensão condicional do processo.

Em virtude da inserção deste tipo penal, a Lei 13.718/18 revoga a contravenção penal do art. 61 do Decreto-lei 3.688/41 (importunação ofensiva ao pudor). **Não se pode falar, no entanto, em abolição criminis relativa à contravenção, pois estamos, na verdade, diante do princípio da continuidade normativo-típica. O tipo do art. 61 da LCP é formalmente revogado, mas seu conteúdo migra para outra figura para que a importunação seja punida com nova roupagem.**

Logo, inquéritos ou processos em curso tendo como objeto a contravenção (ex: “encoxada” nos transportes coletivos), ajustando-se a conduta praticada ao novo tipo (art. 215-A), continua sendo punida. Contudo, sabendo que a pena do crime é mais grave do que aquela anunciada no preceito

secundário da contravenção, não pode retroagir, aplicando-se aos casos pretéritos a pena do art. 61 da LCP.

Sujeitos do crime

Trata-se de crime comum, que não exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, assim como pode vitimar qualquer pessoa.

Note-se apenas que praticar, na presença de alguém menor de quatorze anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem, caracteriza o crime do art. 218-A do CP, punido com reclusão de dois a quatro anos.

Conduta

Consiste em praticar (levar a efeito, fazer, realizar) ato libidinoso, isto é, ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso.

O tipo exige que o ato libidinoso seja praticado contra alguém, ou seja, pressupõe uma pessoa específica a quem deve se dirigir o ato de autossatisfação. Assim é não só porque o crime está no capítulo relativo à liberdade sexual, da qual apenas indivíduos podem ser titulares, mas também porque somente desta forma se evita confusão com o crime de ato obsceno. Com efeito, responde por importunação sexual quem, por exemplo, se masturba em frente a alguém porque aquela pessoa lhe desperta um impulso sexual; mas responde por ato obsceno quem se masturba em uma praça pública sem visar a alguém específico, apenas para ultrajar ou chocar os frequentadores do local.

O preceito secundário do art. 215-A contém subsidiariedade expressa: aplicam-se as penas da importunação sexual se a conduta não caracteriza crime mais grave. Por isso, a falta de anuência da vítima não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento, que aqui deve ser compreendido no sentido próprio que lhe confere o tipo do estupro – obrigar alguém à prática de ato de libidinagem –, não no sentido usual, de mal-estar, de situação embaraçosa, ínsita ao próprio tipo do art. 215-A e um de seus fundamentos.

O tipo penal abrange situações como a ocorrida, certa vez, na cidade de São Paulo, quando uma mulher se encontrava num ônibus e foi surpreendida pela conduta de um homem que, masturbando-se, ejaculou em seu pescoço.

Voluntariedade

É o dolo, consistente na vontade consciente de praticar o ato libidinoso contra alguém.

O tipo ainda contém um elemento subjetivo: o crime se tipifica somente se o agente atuar com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro.

Consumação e tentativa

Consuma-se o crime com a prática do ato libidinoso. Apesar de teoricamente possível, na prática nos parece improvável a caracterização da tentativa, pois, se o agente inicia a execução de qualquer ato libidinoso, há de se reconhecer a consumação. Antes disso, ocorrem apenas atos preparatórios.

2) DIVULGAÇÃO DE CENA DE ESTUPRO E DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, E DE SEXO OU PORNOGRAFIA

Têm sido comuns, já há alguns anos, situações em que pessoas são surpreendidas pela divulgação de imagens de sua intimidade na rede mundial de computadores. Seja em decorrência de colaboração involuntária da própria pessoa, que se deixa fotografar ou filmar, ou ainda envia imagens íntimas a alguém próximo, em caráter confidencial, e acaba surpreendida pela deslealdade, seja por violação da intimidade sem o conhecimento do interessado, são muitos os casos envolvendo anônimos e famosos que, repentinamente, veem-se envolvidos na constrangedora situação de ter sua intimidade exposta virtualmente a bilhões de pessoas. Há ainda os casos de estupros registrados pelos próprios autores e depois divulgados, o que certamente acentua a já gravíssima ofensa à dignidade sexual da vítima.

Na esfera da dignidade sexual, não havia nada que pudesse indicar uma conduta típica. Não obstante a divulgação ilícita de fotos de uma pessoa nua possa caracterizar ofensa à dignidade sexual em sentido amplo, o certo é que, na situação anterior à Lei 13.718/18, não havia amparo adequado a quem fosse vitimado por esta espécie de conduta (a maioria subsumia o comportamento apenas ao tipo da injúria majorada na forma do art. 141, inc. III, do CP – em razão de ter sido cometida por meio facilitador da divulgação da ofensa). Pois o art. 218-C do Código Penal introduz a punição de quem promove a divulgação de cena de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento dos envolvidos, bem como de quem possibilita a publicação de cenas reais de estupro ou de estupro de vulnerável:

“Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia”. A pena é de reclusão de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A pena cominada denota mediana potencialidade ofensiva e admite a suspensão condicional do processo.

O dispositivo contém dois parágrafos. No primeiro, a pena é aumentada de um a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação. O segundo traz causa excludente da ilicitude em determinadas circunstâncias em que as condutas são praticadas.

Sujeitos do crime

O crime é comum, isto é, pode ser cometido por qualquer pessoa.

Também não se exige qualidade especial do sujeito passivo, mas, se a vítima mantém ou manteve relação íntima de afeto com o autor, aumenta-se a pena de um a dois terços (§1o.).

Além disso, tratando-se de vítima menor de dezoito anos, o comportamento do agente pode subsumir-se ao disposto nos arts. 241 ou 241-A, ambos do ECA, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Conduta

São nove as ações nucleares que compõem o tipo penal: oferecer (propor para aceitação), trocar (permutar, substituir), disponibilizar (permitir o acesso), transmitir (remeter de um lugar a outro), vender (ceder em troca de determinado valor) ou expor à venda (oferecer para a alienação), distribuir (proporcionar a entrega indeterminada), publicar (tornar manifesto) ou divulgar (difundir, propagar). Vê-se, portanto, que, ao contrário do que ocorre em figuras semelhantes tipificadas no ECA, não são punidas as condutas de aquisição, posse e armazenamento.

O tipo é misto alternativo, razão pela qual a prática de mais de uma ação nuclear, no mesmo contexto fático, configura apenas um crime, mas nada impede – aliás, recomenda-se – que o juiz analise eventual multiplicidade de condutas na aplicação da pena-base (circunstâncias do crime).

As condutas típicas podem ser praticadas pelas mais diversas formas. O tipo faz referência à expressão qualquer meio e ainda esclarece que se incluem aqueles de comunicação de massa ou sistemas de informática ou telemática, isto é, qualquer meio que permita a transmissão de arquivos de fotos ou vídeos (e-mail, Skype, WhatsApp, Messenger, etc.) ou que admita a transmissão audiovisual (streaming), inclusive em tempo real.

Os objetos materiais do crime são fotografias, vídeos ou outros registros audiovisuais que:

a) contenham cena de estupro ou de estupro de vulnerável: trata-se de violência sexual real, ao mesmo tempo registrada e depois difundida por qualquer meio. O tipo menciona também as cenas de estupro de vulnerável, mas devemos ter em mente que o vulnerável aqui é apenas quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Tratando-se de estupro de vulnerável menor de quatorze anos, a difusão das imagens não caracteriza este crime, mas um dos correlatos tipificados no ECA (arts. 241 ou 241-A), como veremos logo adiante;

b) façam apologia ou induzam a sua prática: não é necessário que as imagens veiculem cenas sexuais. O que se busca punir é a divulgação de material que de alguma forma faça apologia ou induza a prática de estupro, como um vídeo em que alguém defenda a legitimidade da prática ou de alguma forma a conclame.

c) consistam em registros de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima: não se trata de cenas de violência sexual, mas de sexo, nudez ou pornografia sem que a pessoa fotografada ou gravada tenha dado consentimento para a difusão. É o caso, por exemplo, do casal que grava a si

mesmo, ou permite que outrem o faça, e um deles, ou terceiro, promove a difusão das imagens sem autorização.

O crime do art. 218-C é expressamente subsidiário, ou seja, tem lugar apenas se a conduta não constitui crimes mais graves, que, no caso, são os artigos 241 e 241-A do ECA. O art. 218-C, aliás, é uma combinação dos núcleos típicos que compõem os dois dispositivos que visam à proteção de crianças e adolescentes. Dessa forma, se a conduta consiste em vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual com cena envolvendo criança ou adolescente, o crime é o do art. 241 do ECA, punido com reclusão de quatro a oito anos. Tratando-se das demais condutas envolvendo menores de idade, o crime é o do art. 241-A, punido com reclusão de três a seis anos.

O § 2º estabelece excludente da ilicitude para as situações em que o fato é praticado em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica, desde que sejam adotados recursos que impossibilitem a identificação da vítima. Se, por exemplo, um jornal televisivo exhibe cena de estupro que tenha sido gravada e divulgada pelo próprio autor do crime, e o faça para facilitar a identificação daquele indivíduo, preservando a identidade da vítima, não se cogita a ocorrência do crime.

Inserem-se também na justificante as condutas praticadas com prévia autorização de quem foi registrado nas imagens, desde que maior de dezoito anos. Se menor, o consentimento não tem relevância e incidem as regras do ECA.

Voluntariedade

É o dolo, consistente em praticar uma das ações nucleares típicas. Não se exige elemento subjetivo específico, nem mesmo finalidade de lucro nas condutas de vender e de expor à venda.

Consumação e tentativa

O crime se consuma no momento em que praticada uma das ações típicas.

Certas modalidades podem fazer com que o crime seja permanente, como a exposição à venda, a disponibilização (acesso permanente por meio de página em endereço eletrônico, por exemplo) e a divulgação (que também pode ser promovida continuamente por meio eletrônico).

A tentativa se afigura possível, exceto na conduta de oferecer, que não nos parece passível de fracionamento (até o ato de oferecimento, há apenas preparação).

Majorante

Segundo o § 1º, o crime tem a pena majorada de um a dois terços se cometido:

a) por quem mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima: relação íntima de afeto pode ser o casamento, a união estável ou o namoro. Não se inserem nesta definição relações casuais, sem maior vínculo entre o agente e a vítima, situações que se subsumem à forma básica do caput.

Afinal, o fundamento da punição mais severa é a traição da confiança normalmente existente entre pessoas que mantêm ou mantiveram um relacionamento por relevante período de tempo;

b) se tiver finalidade de vingança ou humilhação: no caso da finalidade de vingança ou humilhação, por outro lado, não há necessidade de prévia relação íntima de afeto, embora o mais comum seja que ela exista. Com efeito, trata-se aqui do denominado revenge porn, em que alguém, normalmente depois de terminado um relacionamento amoroso, divulga na internet imagens ou vídeos íntimos do ex-parceiro. Mas o aumento pode incidir ainda que o autor e a vítima tenham tido apenas um encontro casual.

3) IRRELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO E DA EXPERIÊNCIA SEXUAL NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

No art. 217-A do Código Penal a Lei 13.718/18 inseriu o § 5º, que assim dispõe:

“As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela já ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime.”

Para bem compreender as implicações da nova disposição, façamos uma análise do tipo objetivo do estupro de vulnerável.

No art. 217-A pune-se o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima menor de quatorze anos (caput) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência (§ 1º) – pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) promoveu extensa alteração no tratamento dispensado pela lei à pessoa que padece de impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Como exemplo, temos a revogação dos incisos do art. 3º do Código Civil, que antes considerava absolutamente incapaz aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Atualmente, o indivíduo que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade é tratado como relativamente incapaz (art. 4º, inciso III).

Isso ocorre sobretudo por influência do art. 6º da Lei nº 13.146/15, segundo o qual a deficiência não “afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I – casar-se e constituir união estável; II – exercer direitos sexuais e reprodutivos [destacamos]; III – exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV – conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V – exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI – exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

No campo penal, a entrada em vigor do Estatuto suscitou dúvidas a respeito da influência do disposto no inciso II acima transcrito na caracterização do crime de estupro de vulnerável, especificamente no

caso do § 1º do art. 217-A do Código Penal, que pune a conduta de praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. A dúvida é a seguinte: se o deficiente é plenamente capaz para “exercer direitos sexuais e reprodutivos”, qual a razão para rotulá-lo como vulnerável e, portanto, incapaz de consentir para o ato sexual? Existe uma contradição entre os documentos legais?

Esse conflito era apenas aparente, mas, com a inserção do § 5º do art. 217-A, torna-se real. Vejamos.

Não por acaso, os sujeitos passivos do estupro de vulnerável são separados entre o caput e o § 1º do art. 217-A:

1) O menor de quatorze anos: Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o Código Penal considerava, pelo disposto art. 224, presumidamente violenta a relação sexual com menor de quatorze anos. Havia, então, extenso debate a respeito da natureza da presunção, isto é, se relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar concretamente a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

Com a edição da Lei 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no Código o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no caput, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

A maioria da doutrina já lecionava não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 – este sim expresso sobre a presunção de violência. Fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração.

E, atendendo ao propósito da lei, o STJ firmou orientação no sentido de afastar pretensões para apurar concretamente a vulnerabilidade, como se extrai do enunciado da súmula nº 593:

“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”.

Não obstante ter-se pacificado a matéria, decidiu o legislador inserir, no próprio tipo penal, disposição expressa de que manter relação sexual com menor de quatorze anos é sempre crime, ainda que a vítima tenha consentido, ou mesmo que se demonstre sua experiência sexual anterior.

Dessa forma, a nova disposição legal não modifica, na prática, a orientação que já vinha sendo adotada a respeito do estupro de vulnerável em razão da idade. Apenas torna inequívoca, pela via legislativa, a interpretação já consagrada sobre o caput do art. 217-A.

2) aquele que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência: Esta situação, extraída

do § 1º do art. 217-A, em tudo difere da anterior – daí porque dissemos não ter sido por acaso que o legislador cindiu o tipo penal entre o caput e o § 1º para tratar do sujeito passivo do crime.

Neste caso, assim como ocorria em relação ao menor de quatorze anos, o ordenamento anterior à Lei 12.015/09 presumia a violência por meio do mesmo art. 224 do Código Penal.

Uma vez em vigor a referida lei, o tipo do § 1º do art. 217-A passou a punir o ato de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Iniciando pela última hipótese, em que a vítima não pode, por qualquer causa, oferecer resistência, podemos citar como exemplos as situações da pessoa que, embora não padeça de nenhuma anomalia mental, embriaga-se até a inconsciência e, inerte, é submetida ao ato sexual sem que possa resistir; ou da pessoa que é induzida, por meio de drogas, à inconsciência por alguém que tem o propósito de com ela manter relação sexual não consentida.

No caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como ocorre no caso do menor de quatorze anos. Aqui caracteriza-se o crime se o agente mantiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento. É imprescindível, portanto, ao contrário do que se verifica no caput, apurar concretamente se a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental tinha ou não discernimento para a prática do ato.

Nessa linha, o Estatuto da Pessoa com Deficiência em nada interfere na caracterização do crime de estupro de vulnerável, pois desde a edição da Lei 12.015/09, em que a presunção de violência foi extirpada do nosso ordenamento jurídico, é necessário apurar se a enfermidade ou a deficiência mental de que padeça alguém ocasiona a falta de discernimento. As disposições do art. 6º do Estatuto podem servir para reforçar a indicação do Código Penal, mas não há mudança substancial na incidência do tipo.

No entanto, o acréscimo do § 5º no art. 217-A provoca efetivo conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código Penal. Com efeito, se a disposição legal estabelece que se caracteriza o crime independentemente do consentimento da vítima, impede-se que se apure se a enfermidade ou a deficiência mental provoca a falta de discernimento para consentir, o que acaba restringindo a abrangência do estatuto que visa a garantir a maior autonomia possível às pessoas com deficiência.

A nova disposição contraria, ademais, o próprio § 1º, que, como demonstramos linhas acima, pressupõe, sem a menor sombra de dúvida, que o portador de enfermidade ou doente mental seja desprovido de capacidade de compreender a natureza do ato consentido. Ora, se é assim, a capacidade de consentimento deve afastar o delito.

Diante disso, parece-nos mais adequado interpretar restritivamente a regra inserida no § 5º, que deve se ater às situações que envolvam o caput do art. 217-A, ou seja, os menores de quatorze anos. No

caso dos deficientes, faz-se interpretação sistemática para compatibilizar os sistemas de proteção penal e de tutela de direitos relativos à liberdade individual. Isto nada mais é do que a aplicação da teoria do diálogo das fontes, segundo a qual, diante de eventuais conflitos normativos, ao invés de simplesmente excluir-se uma norma pela outra deve-se buscar compatibilizá-las para que se garanta uma aplicação coerente e coordenada. Devemos ter em mente, ademais, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tem inspiração na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, realizada em Nova York em 2007 e incorporada em nosso ordenamento jurídico com status constitucional. Segundo seu art. 19, os Estados subscritores “reconhecem o igual direito de todas as pessoas com deficiência de viver na comunidade, com a mesma liberdade de escolha que as demais pessoas, e tomarão medidas efetivas e apropriadas para facilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo desse direito e sua plena inclusão e participação na comunidade (...)”. Ora, diante de disposição tão clara, que se sobrepõe ao texto da lei ordinária, não há como admitir que a Lei 13.718/18 incida para limitar a liberdade de escolha de alguém que, não obstante seja deficiente, é capaz de se autodeterminar.

4) AÇÃO PENAL

Antes da Lei 12.015/2009, a ação penal regra nos crimes sexuais era de iniciativa privada, de acordo com o que estabelecia o caput do art. 225. Havia, contudo, quatro exceções:

- a) procedia-se mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;
- b) procedia-se mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador;
- c) procedia-se mediante ação pública incondicionada se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte;
- d) a ação penal era pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do STF, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real (aplicando-se o mesmo ao atentado violento ao pudor).

Com a reforma de 2009, a regra passou a ser ação penal pública condicionada, transformando-se em pública incondicionada quando a vítima fosse:

I – menor de 18 anos; ou

II – pessoa vulnerável

A Lei 13.718/18 altera novamente a sistemática da ação penal, que passa a ser sempre pública incondicionada.

Ora, a regra geral determina que os crimes são de ação penal pública incondicionada a não ser que a lei disponha em sentido contrário. Dessa forma, teria sido de melhor técnica a simples revogação do art. 225, que se tornou absolutamente desnecessário.

5) ESTUPRO COLETIVO E ESTUPRO CORRETIVO

O art. 226 do Código Penal contém majorantes relativas aos crimes contra a dignidade sexual.

O inciso I aumenta a pena de quarta parte se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas, ao passo que o inciso II majora de metade a pena se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

A Lei 13.718/18 inseriu no dispositivo o inciso IV (o III já havia sido revogado pela Lei 11.106/05), que aumenta de um a dois terços a pena nas formas coletiva e corretiva do estupro. A forma coletiva se caracteriza pelo concurso de dois ou mais agentes; a corretiva é cometida com o propósito de controlar o comportamento social ou sexual da vítima.

Notamos inicialmente que o estupro coletivo nada mais é do que uma forma de concurso de pessoas, já existente no inciso I e cuja única diferença é a fração de aumento. Trata-se de deslize do legislador? Pode ser, mas, a nosso ver, é plenamente possível compatibilizar ambos os dispositivos.

O projeto que originou a Lei 13.718/18 propunha nova redação ao inciso I, que passaria a ter duas alíneas majorando a pena para os crimes cometidos: a) em local público, aberto ao público ou com grande aglomeração de pessoas, ou em meio de transporte público; b) durante a noite, em lugar ermo, com o emprego de arma, ou por qualquer meio que dificulte a possibilidade de defesa da vítima.

O Senado, no entanto, rejeitou a alteração sob o argumento de que não seria razoável estabelecer punição mais severa apenas em razão do local ou do momento do dia em que o crime fosse cometido. Se a redação que seria conferida ao inciso I foi rejeitada, e não houve menção à revogação do dispositivo, resta-nos a conclusão de que a majorante do concurso de pessoas nele veiculada permanece em vigor juntamente com o novo inciso IV, que pune com ainda maior severidade o estupro coletivo.

É possível, todavia, compatibilizar as disposições dos incisos I e IV.

O inciso I, com efeito, nunca se restringiu ao crime de estupro, aplicando-se a quaisquer das figuras tipificadas nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual. O inciso IV, por sua vez, é específico para os crimes de estupro (inclusive de vulnerável). Logo, a partir da Lei 13.718/18, o concurso de pessoas pode ensejar causas de aumento diversas a depender da natureza do crime praticado: se estupro, aumenta-se a pena de um a dois terços segundo o inciso IV; nos demais casos, o aumento é de um quarto, conforme determina o inciso I.

É bem-vinda a elevação da causa de aumento para o estupro coletivo, tendo em vista que, neste caso, as lesões sexuais e não sexuais causadas na vítima são muito mais graves, desumanizando-a num grau extremo.

Já a majorante do estupro corretivo abrange, em regra, crimes contra mulheres lésbicas, bissexuais e transexuais, no qual o abusador quer "corrigir" a orientação sexual ou o gênero da vítima. A violação tem requintes de crueldade e é motivada por ódio e preconceito, justificando a nova causa de aumento. A violência é usada como um castigo pela negação da mulher à masculinidade do homem. Uma espécie doentia de 'cura' por meio do ato sexual à força. A característica desta forma criminosa é a pregação do agressor ao violentar a vítima. Os meios de comunicação indicam casos em que os agressores chegam a incitar a "penetração corretiva" em grupos das redes sociais e sites na internet (o que, isoladamente, pode caracterizar o crime do art. 218-C – apologia ou induzimento à prática do estupro – caso sejam veiculados fotografias ou registros audiovisuais).

6)

GRAVIDEZ, DOENÇA SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEL E VÍTIMA IDOSA OU DEFICIENTE

Finalmente, a Lei 13.718/18 altera os incisos III e IV do art. 234-A do Código Penal.

O inciso III antes aumentava de metade a pena nos crimes contra a dignidade sexual dos quais resultasse gravidez. Agora o aumento passa a ser de metade a dois terços.

O legislador busca, com a presente majorante, punir mais severamente o comportamento do autor, considerando, para tanto, a nefasta consequência do crime para a vítima (e familiares). Cuidando-se de consequência da infração penal, parece claro não necessitar ser alcançada pelo dolo (vontade consciente) do agente.

O inciso IV antes majorava de um sexto até a metade a pena se o agente transmitisse à vítima alguma doença sexual de que sabia ou devia saber ser portador. Agora, além de a majoração ser maior (de um a dois terços), há outras circunstâncias que se agregam à transmissão de doença sexualmente transmissível: a condição da vítima idosa ou deficiente.

Para os efeitos da majorante, idoso é quem conta ao menos sessenta anos de idade, conforme estabelece o art. 1º da Lei 10.741/03. O conceito de pessoa portadora de deficiência é trazido pelo art. 2º da Lei nº 13.146/15, in verbis:

“Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III – a limitação no desempenho de atividades; e

IV – a restrição de participação.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-TEMA: TRÁFICO DE DROGAS - MOMENTO DO INTERROGATÓRIO - ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO

STJ: Processo: HC 445.422/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018

Ementa:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. ÚLTIMO ATO DA INSTRUÇÃO. MAIOR EFETIVIDADE A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Por ocasião do julgamento do HC n. 127.900/AM, ocorrido em 3/3/2016 (DJe 3/8/2016), o Pleno do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o rito processual para o interrogatório, previsto no art. 400 do Código de Processo Penal, deve ser aplicado a todos os procedimentos regidos por leis especiais. Isso porque a Lei n. 11.719/2008 (que deu nova redação ao referido art. 400) prepondera sobre as disposições em sentido contrário previstas em legislação especial, por se tratar de lei posterior mais benéfica ao acusado (*lex mitior*), visto que assegura maior efetividade a princípios constitucionais, notadamente aos do contraditório e da ampla defesa.

2. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica dos feitos já sentenciados (CF, art. 5º, XXXVI), houve modulação dos efeitos da decisão: a Corte Suprema estabeleceu que essa orientação somente deve ser aplicada aos processos cuja instrução ainda não se haja encerrado.

3. Uma vez que a audiência de instrução e julgamento ocorreu no dia 16/8/2017, depois, portanto, da publicação da ata daquele julgamento, prevalece a nova compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, qual seja, a de que, em se tratando de crime previsto na Lei n. 11.343/2006, o interrogatório deve ser o último ato da instrução, à luz, especialmente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

4. Embora, em regra, a decretação da nulidade de determinado ato processual requeira a comprovação de prejuízo concreto para a parte - em razão do princípio do *pas de nullité sans grief* -, o prejuízo à

defesa é evidente e corolário da própria inobservância da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Uma vez que o interrogatório constitui um ato de autodefesa, não se deu ao paciente a possibilidade de esclarecer ao Magistrado eventuais fatos contra si alegados pelas testemunhas ao longo da instrução criminal.

5. Ordem concedida para anular o Processo n. 0027939-49.2016.8.19.0014, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes - RJ, desde a audiência de instrução e julgamento, com a determinação de que seja realizada nova instrução probatória, dessa vez com a observância de que o interrogatório do paciente seja o último ato da instrução”.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Pode-se definir o interrogatório como sendo a resposta dada pelo acusado às perguntas que lhe são formuladas para esclarecimento do fato delituoso e suas circunstâncias. Seguindo moderna tendência, o interrogatório do acusado é o último ato da instrução (art. 400 CPP), o que realça seu caráter de meio de defesa. Nele deverão as partes estar presentes, quando poderão formular perguntas ao acusado.

Contudo, algumas leis (CPPM e lei de drogas, por exemplo), anteriores à reforma do CPP de 2008, inauguram a instrução com o interrogatório. A constitucionalidade dessas leis está sendo copiosamente questionada nos Tribunais Superiores. Com fulcro na natureza do interrogatório (meio de prova e de defesa), réus pleiteiam que sua oitiva encerre a instrução. A tese vingou.

No julgamento do HC 127900, realizado no dia 03.03.2016, relator o Min. Dias Toffoli, o STF já havia anunciado que aos crimes militares, embora sujeitos ao Código de Processo Penal Militar, aplica-se a regra do art. 400 do CPP, **razão pela qual o interrogatório do réu deve ser realizado ao final da instrução criminal**. Esse entendimento, conforme o julgado que modulou seus efeitos, deve ser aplicado a todas as instruções ainda em curso, bem como aos processos de natureza penal eleitoral e aos procedimentos penais regidos por legislação especial. É que importa, segundo a Corte, em regra mais benéfica ao réu, assegurar-lhe a ampla defesa e o contraditório. Também por força desse julgado, não mais tem aplicação a Súmula nº 15 do Superior Tribunal Militar, *in verbis*: “A alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 Jun 08, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União”.

Agora, como percebemos, o STJ adota a mesma postura, mas em relação à Lei de Drogas.

2- TEMA: AÇÕES PENAIS SOBRE CONTRABANDO SÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, INDEPENDENTEMENTE DA TRANSNACIONALIDADE

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 27/09/2018

A questão tem sido recorrente nas consultas feitas pelos colegas ao CAOCrim.

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, no âmbito de um conflito de competência, que **o julgamento do crime de contrabando cabe à Justiça Federal**.

Ao analisar o conflito de competência suscitado por um juízo federal, o ministro Sebastião Reis Júnior, relator, afirmou que o tema já foi objeto de inúmeros julgados no STJ, com posições antagônicas, o que indicava a necessidade de submeter novamente o tema à deliberação do colegiado.

Segundo ele, tendo em vista o enunciado da Súmula 151 do tribunal, sobre a competência da Justiça Federal para os casos de contrabando e descaminho, seria “desarrazoada a adoção de entendimento diverso, notadamente sem um motivo jurídico relevante para tanto”.

Sebastião Reis Júnior lembrou que a própria dicção do enunciado sumular já parte da premissa de que os crimes são federais, tratando apenas de esclarecer qual juízo federal seria o competente.

“Assim, lastreado em tais fundamentos, entendo que o crime de contrabando, tal como o delito de descaminho, é de competência federal, independentemente da existência de indícios de transnacionalidade na conduta”, afirmou.

O ministro destacou que ambos os crimes tutelam prioritariamente interesses da União, à qual compete privativamente definir os produtos de ingresso proibido no país, além de exercer a fiscalização aduaneira e das fronteiras, motivos que reforçam a competência da Justiça Federal para tais casos.

Transnacionalidade:

A Terceira Seção voltou a apreciar o assunto porque no julgamento do CC 149.750, em 2017, o colegiado modificou a orientação predominante, ao decidir que o crime de contrabando só seria de competência federal quando presentes indícios de transnacionalidade da conduta.

Sebastião Reis Júnior afirmou que a modificação decorreu da aplicação equivocada de um precedente referente a crime distinto. Ele disse que a nova compreensão prevaleceu até que a Terceira Seção acolheu, em agosto de 2018, um voto do ministro Reynaldo Soares da Fonseca no CC 159.680 e definiu a competência federal para o julgamento do crime de descaminho, ainda que inexistentes indícios de transnacionalidade.

Sobre o caso:

O conflito de competência julgado na Terceira Seção diz respeito ao inquérito sobre um gerente de bar que foi preso em flagrante enquanto vendia maços de cigarro trazidos do Paraguai. O caso foi distribuído ao juízo do Foro Central Criminal de Barra Funda (Justiça estadual), em São Paulo, que acolheu a representação do Ministério Público e declinou da competência em favor da Justiça Federal.

A Justiça Federal suscitou o conflito alegando que não haveria indícios de transnacionalidade na conduta do indiciado, circunstância que afastaria a competência federal para o processamento do crime em apuração.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): CC 160748

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Por conta da orientação anterior, inúmeros casos de contrabando, sem transnacionalidade, foram remetidos para as esferas estaduais, culminando com o **AVISO 212/18 do PGJ**, no qual foi recomendado aos órgãos de execução trabalharem, nos casos aportados nas promotorias, com os tipos penais dos arts. 274 e 278, ambos do CP, sem ignorar outros dispositivos aplicáveis, como receptação (art. 180 do CP). **Agora, com a solução dada pela 3ª. Seção do STJ, o referido AVISO fica superado, pois o delito de contrabando, mesmo sem transnacionalidade, é de competência da Justiça Federal.**

3- TEMA: DECISÃO DO JUÍZO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO FAZ COISA JULGADA MATERIAL

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 25/09/2018

Atipicidade em audiência de custódia não impede oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta terça-feira (25), entendeu que a decisão de relaxamento de prisão, proferida em audiência de custódia, não configura coisa julgada que vincule o titular da ação penal, nem impede posterior oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos. Por maioria de votos, foi indeferido o Habeas Corpus (HC) 157306, ajuizado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que manteve a tramitação de ação penal contra uma jovem presa em flagrante, juntamente com outras 17 pessoas, a caminho de uma manifestação contra o impeachment da ex-presidente da República Dilma Rousseff, ocorrida em São Paulo (SP), em setembro de 2016.

Na audiência de custódia, o juiz plantonista, ao analisar o auto de prisão em flagrante, considerou que não havia indícios da prática dos crimes de associação criminosa e corrupção de menores, e concluiu que os elementos de prova indicavam que a recorrente estava pacificamente reunida com os demais autuados para participarem de uma manifestação pública e determinou o relaxamento da prisão. Com o prosseguimento das investigações, o Ministério Público do Estado de São Paulo ofereceu denúncia contra os jovens, supostamente envolvidos com um grupo de “Black Blocs”, pelos delitos de associação para o crime e corrupção de menores porque, além dos denunciados, havia três adolescentes. Também integrava o grupo um capitão do Exército que atuava infiltrado.

A defesa pede o trancamento da ação penal, sob a alegação de constrangimento ilegal pois, ao reconhecer não haver motivação para a prisão em flagrante, o juiz teria entendido que a conduta praticada pela ré seria atípica. Segundo a defesa, como Ministério Público não recorreu da decisão de relaxamento da prisão, não poderia ter oferecido uma denúncia baseada somente em provas obtidas mediante uma prisão “reconhecidamente ilegal por conta da atipicidade dos fatos que a motivaram”.

Em voto pelo indeferimento do pedido, o relator do HC 157306, ministro Luiz Fux, observou que o trancamento de ação penal em habeas corpus ocorre apenas em situações excepcionais nas quais se

constate de imediato ilegalidade flagrante ou abuso de poder. No entendimento do relator, o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público não configura essas situações.

Segundo ele, a decisão do juízo na audiência de custódia quanto à atipicidade da conduta se refere unicamente aos aspectos da prisão em flagrante, não fazendo, dessa forma, coisa julgada e não justificando o trancamento da ação penal. O ministro salientou que a audiência de custódia possibilita ao juiz formar convencimento sobre a necessidade de se determinar algum dos tipos de prisão processual (preventiva ou provisória) ou de se determinar a imposição de medidas cautelares diversas.

O relator destacou que, no caso dos autos, a audiência de custódia, foi analisada por um juiz plantonista, incompetente para a apreciação do mérito ou determinar o arquivamento do feito. Ele ressaltou que a atuação do Judiciário na fase pré-processual se justifica unicamente para proteger direitos e garantias dos investigados. Segundo ele, qualquer consideração feita sobre eventual tipicidade da conduta, não produz efeito de coisa julgada, pois não havia sentença.

Votaram com o relator os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso e Rosa Weber. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que deferia a ordem para trancar a ação penal. Segundo ele, ao afastar as prisões em flagrante o juiz avançou no mérito e assentou a atipicidade do fato. Para o ministro, mesmo que tenha havido erro procedimental do juiz substituto, não é possível oferecer denúncia a partir dos mesmos fatos, pois o Ministério Público não apresentou recurso contra a decisão.

Processo: [HC 157306](#)

DIREITO PENAL:

SÚMULA 617 STJ: “A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena.”

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O livramento condicional é uma medida penal consistente na liberdade antecipada do reeducando, etapa de preparação para a soltura plena e importante instrumento de ressocialização. Decorre do sistema progressivo de cumprimento de pena (sua concessão, porém, não pressupõe a passagem por todos os regimes prisionais). É concedido após o cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos que, em linhas gerais, dizem respeito à pena imposta e à parcela que deve ser cumprida, bem como à aptidão do condenado para a liberdade antecipada.

Uma vez concedido, o livramento condicional deve ser revogado se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do benefício, assim como se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior a vigência do benefício. E pode ser revogado o livramento se o condenado descumpre alguma das condições estabelecidas pelo juiz no ato de concessão do benefício.

Mas há possibilidade de que o livramento seja prorrogado ou mesmo suspenso.

Com efeito, cometido um crime na vigência do livramento condicional, o art. 145 da Lei de Execução Penal estabelece ser possível ao juiz ordenar a prisão do condenado e suspender o curso do benefício, cuja revogação dependerá de decisão final.

O art. 89 do Código Penal, por sua vez, em disposição que não se confunde com a suspensão, determina que o juiz não poderá declarar extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado por crime cometido na vigência do livramento. Trata-se aqui da prorrogação do benefício.

Sempre houve controvérsia a respeito da necessidade de decisão judicial sobre a prorrogação, ou seja, havia quem sustentasse que a prorrogação era automática, ao passo que outros defendiam a tese de que somente se prorrogava o benefício por decisão do juiz. Portanto, caso não houvesse, até o final do prazo do livramento, pronunciamento judicial que o estendesse, a pena deveria ser extinta.

Havia decisões tanto no STJ quanto no STF impondo a necessidade de prorrogação expressa. Esta orientação se firmou ultimamente em diversos julgados nos quais os tribunais superiores estabeleceram que, transcorrido o período do livramento sem que o juiz o houvesse prorrogado – ou suspenso –, a pena deveria ser declarada extinta:

“2. À luz do disposto no art. 86, I, do Código Penal e no art. 145 da Lei das Execuções Penais, se, durante o cumprimento do benefício, o liberado cometer outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, aguardará a conclusão do novo processo instaurado. 3. A suspensão do livramento condicional não é automática. Pelo contrário, deve ser expressa, por decisão fundamentada, para se aguardar a apuração da nova infração penal cometida durante o período de prova, e, então, se o caso, revogar o benefício. Precedente. 4. Decorrido o prazo do período de prova sem ter havido a suspensão cautelar do benefício, tampouco sua revogação, extingue-se a pena privativa de liberdade. Precedentes.” (STF: HC 119.938/RJ, j. 03/06/2014)

“III – Decorrido o período de prova do livramento condicional sem que seja suspenso ou revogado, a pena deve ser extinta, nos termos do art. 90 do Código Penal. IV – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que não há prorrogação automática do livramento condicional.” (STJ: HC 454.451/SP, j. 11/09/2018)

Com a edição da súmula 617, o STJ dirime qualquer dúvida que pudesse restar sobre sua orientação quanto à impossibilidade de se prorrogar automaticamente o livramento condicional.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

24 de setembro de 2018

1- Ministro nega liberdade a acusados de matar policial em briga com ciganos no interior da Bahia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Relator nega nulidade de ação penal em que promotor de justiça de SP foi condenado por sonegação de documento

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

25 de setembro de 2018

3- 1ª Turma determina imediato cumprimento da condenação do senador Acir Gurgacz

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma garante à defesa de Geddel acesso a material apreendido em apartamento em Salvador

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Atipicidade em audiência de custódia não impede oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- 2ª Turma impõe recolhimento domiciliar e uso de tornozeleira eletrônica a ex-diretor de Engenharia da Dersa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Novo pedido de vista adia julgamento de recurso interposto com base em laudo de DNA

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- 2ª Turma absolve deputado Newton Cardoso Junior da acusação de crime ambiental e de falsidade ideológica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Novo pedido de vista suspende julgamento sobre arquivamento de inquéritos contra políticos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Mantida prisão preventiva de acusado de ser operador financeiro de ex-prefeito de Cabedelo (PB)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Ministro nega liberdade a acusado de liderar organização criminosa voltada para contrabando de cigarros em SP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12- Íntegra do voto do ministro Celso de Mello em recurso que discute arquivamento de inquérito contra senador

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de setembro de 2018

13- Depoimento de Marcelo Odebrecht envolvendo ex-presidente Lula será enviado para Justiça Federal no DF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

25 de setembro de 2018

14- Homem condenado por porte de 21 kg de crack mesmo sem laudo definitivo não consegue habeas corpus

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

15- MP pode usar dados bancários enviados pela Receita, sem autorização judicial, após processo administrativo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de setembro de 2018

16- Sexta Turma rejeita fundamento de registro inaudível de provas e afasta nulidade de sessão do júri

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

17- Negado pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso do ex-governador Anthony Garotinho

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18- Indeferida liminar para suspender efeitos de condenação criminal do ex-governador Garotinho

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 023

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Lei 13.721/18: Estabelece prioridades para a realização de exame de corpo de delito

Sabemos que determinados crimes, dada a sua natureza, deixam vestígios materiais, ao passo que outros, sem resultado naturalístico, não permitem que se constatem vestígios (facta transeuntes). Em relação aos primeiros, por força de expressa disposição do art. 158 do CPP, há necessidade da realização do exame de corpo de delito:

“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

Há quem enxergue na exigência do exame de corpo de delito um verdadeiro retrocesso, reminiscência do velho sistema da prova legal (ou tarifado), em contraste com o princípio do livre convencimento, adotado com todas as letras por nosso Código. Feroz, nesse aspecto, a crítica de José Frederico Marques, ao salientar que “na verdade, fora do sistema da prova legal, só um Código como o nosso, em que não há a menor sistematização científica, pode manter a exigibilidade do auto de corpo de delito sob pena de considerar-se nulo o processo. Que isso acontecesse ao tempo da legislação do Império, ainda se compreende. Mas que ainda se consagre tal baboseira num estatuto legal promulgado em 1941, eis o que não se pode explicar de maneira razoável” (Elementos de direito processual penal, 1997, vol. II, p. 335).

Parece, contudo, que pretendeu o legislador cercar-se de certas garantias contra acusações injustas e, em virtude disso, preferiu relacionar a prova do fato (e, em última análise, a condenação do réu), à existência do exame de corpo de delito, vinculando o juiz a tal prova, como no antigo sistema tarifado. Seria, destarte, justificável tal cautela, pois, conforme indaga Tourinho Filho, “se, com os exames de corpo de delito, muitos erros judiciários têm sido cometidos, a que extremos não chagaríamos, se a lei os dispensasse?” (Código de Processo Penal comentado, São Paulo: Saraiva, 2005, 9ª. ed. 2005, p. 247).

A prioridade para a realização do exame deve se estabelecer de acordo com a natureza do crime e do natural perecimento dos vestígios. É lógico, portanto, que em crimes contra a pessoa, por exemplo, exames cadavéricos e para constatar lesões corporais sejam efetuados o quanto antes, pois a própria natureza do objeto do exame faz com que os vestígios desapareçam – ou mesmo se alterem – com muita facilidade.

Mas, com a finalidade de conferir maior celeridade à elucidação de determinados crimes, a Lei 13.721/18 estabelece prioridades em virtude da condição da vítima. De acordo com o novo parágrafo único do art. 158 do CPP, deve ser realizado com precedência o exame que envolva:

I – violência doméstica e familiar contra a mulher;

II – violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência.

No primeiro caso, a expressão violência não é necessariamente pessoal, mas relacionada ao conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher extraído do art. 5º da Lei 11.340/06. Em resumo: qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Trata-se, portanto, de um conceito amplo, que pode envolver inclusive crimes contra o patrimônio. Já a violência mencionada no inciso II, para os efeitos da prioridade para o exame, é a violência pessoal.

Os conceitos de criança, adolescente, idoso e pessoa com deficiência são também extraídos de leis especiais.

O art. 2º da Lei 8.069/90 dispõe que se considera criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Idoso, segundo o disposto no art. 1º da Lei 10.741/03, é a pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. E a pessoa com deficiência é “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 2º da Lei 13.146/15).

Dessa forma, a partir de hoje, autoridades policiais que presidem inquéritos policiais em trâmite para apurar crimes cometidos contra os sujeitos acima mencionados devem estabelecer prioridade para a realização de exames de corpo de delito.

2 – Crimes envolvendo o serviço “Yellow” (disponibilização de bicicletas compartilháveis)

Há algum tempo entrou em funcionamento na cidade de São Paulo um serviço denominado Yellow, consistente na disponibilização de bicicletas compartilháveis, cuja utilização é paga de acordo com o tempo em que o veículo permanece à disposição do usuário. Ao contrário de outros sistemas em que a bicicleta deve ser retirada e devolvida em local específico, o serviço permite que o usuário a deixe em qualquer lugar dentro da área de cobertura, onde ficará estacionada até que outra pessoa naquela mesma área decida utilizá-la.

Para evitar furtos, a bicicleta é equipada com um cadeado, destravado por meio do aplicativo quando o usuário inicia a utilização e travado manualmente quando o veículo é estacionado. Além disso, o GPS instalado permite que a empresa acompanhe a localização de cada unidade, o que também serve para inibir a prática de subtrações e ocultações.

Têm sido relativamente comuns, no entanto, episódios nos quais indivíduos são surpreendidos conduzindo pelas vias públicas bicicletas que tiveram o cadeado rompido, isto é, que, no momento da abordagem, não estavam sendo utilizadas mediante contratação do serviço, pois haviam sido subtraídas em algum momento anterior. Isso tem levantado certa controvérsia a respeito da adequada imputação ao indivíduo abordado conduzindo a bicicleta: furto ou receptação?

Um ou outro, a depender das circunstâncias.

O indivíduo surpreendido conduzindo um veículo – seja qual for – sobre o qual pesam indícios de se tratar de produto de crime faz surgir a suspeita da prática de receptação. Mas ainda que sua punição não se vincule à punição do crime antecedente, as circunstâncias do cometimento deste último devem ser apuradas não só porque a receptação é crime parasitário, isto é, que depende da ocorrência de um crime anterior, do qual deve haver mínimos elementos, mas também porque o fato antecedente é invariavelmente de ação penal pública, o que obriga a autoridade policial a instaurar de ofício o inquérito policial.

A apuração do furto deve se iniciar com diligências como a pesquisa do local em que o último cliente havia deixado a bicicleta, dado de suma importância que pode, por exemplo, levar a polícia a obter imagens de câmeras de segurança que tenham captado o momento da subtração. Caso ali se identifique o indivíduo surpreendido conduzindo a bicicleta, afasta-se o crime de receptação para a imputação do furto. Caso contrário, outras diligências podem ser executadas para apurar a identidade do furtador.

É também salutar que a autoridade policial providencie o exame pericial no veículo subtraído, pois, tratando-se de crime que deixa vestígio em razão do rompimento do cadeado, o exame cumpre o disposto nos arts. 158 e 171 do CPP:

“Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

“Nos crimes cometidos com destruição ou rompimento de obstáculo a subtração da coisa, ou por meio de escalada, os peritos, além de descrever os vestígios, indicarão com que instrumentos, por que meios e em que época presumem ter sido o fato praticado.”

Aliás, surge aqui uma questão interessante: o ato de romper o cadeado qualifica o furto por rompimento de obstáculo à subtração da coisa?

A resposta passa pela antiga controvérsia a respeito da necessidade de que o obstáculo seja exterior ao objeto subtraído.

Com efeito, há quem sustente que o obstáculo deve ser estranho, pois, se integrar o próprio objeto da subtração, perde a característica de obstáculo. Era o que ensinava Nélson Hungria:

“Não é obstáculo, no sentido legal, a resistência inerente à coisa em si mesma. Assim, não é furto qualificado a subtração da árvore serrada pelo próprio agente, ou da porção de pano por ele cortada à respectiva peça, ou do pedaço de chumbo que violentamente destaca de um encanamento. É indeclinável que haja violência exercida contra um obstáculo exterior à coisa.” (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: v. 7, 1958, p. 41)

Guilherme de Souza Nucci, após ponderar que se filiava à mesma corrente de Hungria, explica por que a orientação adequada não deve se ater apenas à localização do obstáculo:

“No caso do ladrão que destrói o vidro de uma das janelas do carro, estaria ele, em verdade, estragando a própria coisa que pretende levar. Essa primeira impressão cessa quando percebemos que há coisas cujo obstáculo à sua subtração é inerente ao próprio objeto desejado. É o exemplo do veículo. O vidro de um carro não funciona exclusivamente como protetor do motorista contra chuva ou vento, mas também é um obstáculo natural aos que pretendem subtraí-lo.” (Código Penal comentado. 13. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 797)

No caso das bicicletas disponibilizadas no sistema Yellow, o cadeado eletrônico é fixado no próprio veículo. Seguida a orientação exposta por Nucci, seu rompimento deve qualificar o furto, especialmente se considerarmos que sua única função é impedir a subtração. Mas a orientação geral na jurisprudência é de que o rompimento de obstáculo inerente à coisa não qualifica o crime.

Superada a questão do furto, resta-nos a receptação.

Caso não se reúnam indícios de que o indivíduo foi o autor da subtração, nele pode recair a responsabilidade pela receptação.

Isto porque o artigo 180 do Código Penal se compõe de diversas ações típicas por meio das quais alguém pode praticar a receptação:

“Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.”

Nota-se que um dos núcleos do tipo é o verbo conduzir. Nas situações em que alguém é surpreendido conduzindo um veículo objeto de furto, roubo, estelionato ou apropriação indébita cabe ao Ministério Público demonstrar que o crime anterior ocorreu e que, no

momento em que foi abordado, o agente conduzia o veículo sabendo que se tratava de produto de crime.

Essa demonstração se faz analisando as circunstâncias. No caso de quem é surpreendido conduzindo a bicicleta anteriormente subtraída a prova é relativamente simples porque o próprio veículo traz a evidência do furto: não só o cadeado rompido, mas outras características que podem identificar que se trata de propriedade da empresa que presta o serviço. Neste caso, dificilmente convenceria o indivíduo que se justificasse afirmando que não sabia do que se tratava. Afinal, a não ser que tenha solicitado o serviço, não há explicação plausível para a posse do veículo.

Note-se ademais que nas situações em que indivíduos são surpreendidos conduzindo automóveis furtados ou roubados, o STJ firmou a tese de que cabe a eles a comprovação de licitude da negociação envolvendo tais veículos, o que, aliás, não significa inversão do ônus da prova:

“1.2. Ademais, ‘a conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do [acusado], caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova’” (AgRg no REsp 1.529.699/SP, j. 19/06/2018)

Ora, dadas as evidências do crime antecedente no caso do indivíduo que conduz a bicicleta furtada, não há razão para orientação diversa.

Em suma, não é possível afirmar a priori qual a classificação adequada para a conduta do indivíduo surpreendido conduzindo a bicicleta subtraída. São as circunstâncias do caso concreto que devem indicar a direção da imputação.

O presente estudo foi provocado pela colega **Adriana Ribeiro Soares de Moraes**, Secretária da 3ª. Promotoria de Justiça da Barra Funda.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Execução Penal. Progressão de Regime. Inexistência de vaga em estabelecimento adequado. Impossibilidade de concessão imediata da prisão domiciliar. Necessidade de aplicação das providências estabelecidas pelo RE 641.320/RS.

INFORMATIVO 632 STJ- RECURSOS REPETITIVOS

A inexistência de estabelecimento penal adequado ao regime prisional determinado para o cumprimento da pena não autoriza a concessão imediata do benefício da prisão domiciliar, porquanto, nos termos da Súmula Vinculante n. 56, é imprescindível que a adoção de tal medida seja precedida das providências estabelecidas no julgamento do RE 641.320/RS, quais sejam: (i) saída antecipada de outro sentenciado no regime com falta de vagas, abrindo-se, assim, vagas para os reeducandos que acabaram de progredir; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; e (iii) cumprimento de penas restritivas de direitos e/ou estudo aos sentenciados em regime aberto.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Levando em conta a finalidade reeducativa (ressocializadora) da pena, a progressão de regime consiste na execução da reprimenda privativa de liberdade de forma a permitir a transferência do reeducando para regime menos rigoroso (mutação de regime), desde que cumpridos determinados requisitos.

Prevalece o entendimento de que não existe progressão em saltos (regime fechado para o aberto). A Exposição de Motivos da LEP, no item 120, afirma que se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Nesse mesmo sentido temos a súmula 491 do STJ. Em agosto de 2016, entretanto, o STF editou a súmula vinculante 56, que anuncia que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Quais seriam esses parâmetros? Vejamos:

I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas: os ministros lembraram que as vagas no regime semiaberto e aberto não são inexistentes, mas sim insuficientes. Diante disso, surge como alternativa antecipar a saída de sentenciados que já estejam no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir. Exemplo: “A” progrediu para o semiaberto e não existem vagas em estabelecimento apropriado. Em vez de “A” ir

direto ao aberto, ele passa para o semiaberto e outro preso que já estava no semiaberto vai para o aberto, já que este último estava mais próximo da progressão para o aberto. Evita-se, com isso, a progressão por salto;

II) a liberdade eletronicamente monitorada: utilização de tornozeleiras eletrônicas para permitir a fiscalização do cumprimento da pena;

III) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto: para os ministros, “se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos”. Tendo em vista que as penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade (mesmo em regime aberto), os ministros entenderam que “ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar”. Aqui, vale observar, o STF contrariou a súmula 493 do STJ, segundo a qual “é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

2- Tema: Contravenção penal - VIAS DE FATO - praticada no ambiente doméstico e familiar contra a mulher. Prisão preventiva. Não cabimento.

INFORMATIVO 632 STJ- SEXTA TURMA

A prática de contravenção penal, no âmbito de violência doméstica, não é motivo idôneo para justificar a prisão preventiva do réu.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Inicialmente cumpre destacar que a prática de vias de fato é hipótese de contravenção penal (art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/1941), e não crime, o que contraria o disposto no art. 313, II, do Código de Processo Penal. Deste modo, em se tratando de aplicação da cautela extrema, não há campo para interpretação diversa da literal, uma vez que não há previsão legal que autorize a prisão preventiva contra autor de uma contravenção, mesmo na hipótese específica de transgressão das cautelas de urgência já aplicadas.

PROCESSO: HC 437.535-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. Acd. Min. Rogerio Schietti Cruz, por maioria, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A prisão preventiva se justifica, nos termos do art. 312 do CPP, como forma de preservação da ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal e como garantia da futura aplicação da lei penal. Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho, “na técnica processual, as providências cautelares constituem os instrumentos através dos quais se obtém a antecipação dos efeitos de um futuro provimento definitivo, exatamente com o objetivo de assegurar os meios para que esse mesmo provimento definitivo possa ser conseguido e, principalmente, possa ser eficaz” (Presunção de Inocência e prisão cautelar. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 53). Tem, portanto, inegável caráter de uma prisão cautelar de natureza processual e, por conta disso, deve preencher os requisitos típicos de toda e qualquer medida cautelar.

Aliadas a essas características temos as condições do art. 313 do CPP, segundo as quais se admite a prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, desde que não decorrido o quinquênio depurador;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

O inciso III – que nos interessa neste momento – alargou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, possibilitando ao juiz decretar a prisão provisória em face do agressor, “para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. O texto do dispositivo faz expressa menção a crime, mas não a contravenção. Diante disso, indaga-se: a prisão preventiva que visa a garantir o cumprimento de medidas protetivas pode decorrer da prática de contravenção penal?

Segundo decidiu o STJ no HC 437.535/SP, não é possível estender a incidência do dispositivo às contravenções penais.

A decisão foi proferida por maioria.

A ministra Maria Thereza de Assis Moura – relatora – justificou a manutenção da prisão no fato de que o paciente infringiu por duas vezes as medidas protetivas que lhe haviam sido impostas, o que, considerando os elementos do caso concreto, caracterizava risco à

manutenção da ordem pública. Ainda segundo a ministra, interpretação sistemática das regras relativas à segregação cautelar e à garantia de cumprimento das medidas protetivas autorizam a preventiva inclusive no caso de contravenção:

“De tudo o quanto visto, creio que não há falar em desatenção ao disposto no artigo 313 do Código de Processo Penal – acaso se proponha uma interpretação literal do dispositivo. Em uma abordagem sistêmica do ordenamento jurídico, considerando especialmente a mens legis da norma especial denominada Maria da Penha – artigo 20 – e o disposto no artigo 282, § 4.º, do citado Estatuto Processual Repressivo, entende-se pela abrangência também das contravenções penais praticadas com violência doméstica e familiar contra a mulher nas hipóteses de prisão – ressalte-se que no caso em apreço ainda não fora ofertada denúncia quanto ao fato de 2017, que pode ser ou não tipificado como crime.”

E, para reforçar seu argumento, a ministra citou diversos julgados em que o STJ ampliou a incidência do art. 41 da Lei 11.340/06 às contravenções penais. Este dispositivo, com efeito, proíbe a aplicação das disposições da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista. A orientação a que se chegou no tribunal impede a transação penal e a suspensão condicional do processo inclusive nas contravenções, que não estão expressas na lei.

Mas prevaleceu o voto do ministro Rogério Schietti Cruz, que, atendo-se ao texto expresso do art. 313, inciso III, concluiu ser impossível estender a prisão preventiva às contravenções penais:

“Em se tratando de aplicação da cautela extrema, entendo não haver campo para interpretação diversa da literal.

Assim, sem olvidar o caráter reprovável dos atos praticados pelo ora paciente contra a ex-companheira, nem da sua recalcitrância no descumprimento de medidas protetivas anteriormente aplicadas, não há previsão legal que autorize a prisão preventiva contra autor de uma contravenção, mesmo na hipótese específica de transgressão das cautelas de urgência diversas já aplicadas

No caso dos autos, nenhum dos fatos praticados pelo agente – puxões de cabelo e torção de braço, os quais, a propósito, não geraram lesão corporal, e discussão no interior de veículo, onde tentou arrancar à força dos braços da ex-companheira o filho que têm em comum –, configura crime propriamente dito.

Logo, a meu ver, vedada está a incidência do aludido dispositivo, tendo em vista a notória ofensa ao princípio da legalidade estrita da decisão que decretou a constrição cautelar do acusado.”

Em voto-vista, o ministro Sebastião Reis Júnior acompanhou a divergência argumentando que as possibilidades de decretação da prisão preventiva devem ser interpretadas à luz das regras gerais para a medida excepcional, regras estas que se referem a crimes, como o caput do art. 312. Para o ministro, não sendo o caso de crime, afasta-se a possibilidade de prisão:

“Parece-me claro, que nos casos em que estamos diante de violência doméstica contra mulher, não existindo “crime”, nem em resposta ao descumprimento de medidas cautelares diversas pode ser decretada a prisão. Não há autorização legal para tanto.

No caso, como dito mais acima, estamos diante de contravenção penal, regulada em lei própria e específica, o que por si só já a diferencia de crime.

Além do mais, não posso deixar de perceber que, no caso, a denúncia cuidou de vias de fato, que permite, no máximo, prisão simples de 3 meses ou multa. Há, portanto, risco concreto de que, preso, o paciente não só permanecerá em regime mais gravoso que aquele possível em caso de condenação, como também, considerando que a denúncia foi recebida em abril de 2017, tendo o feito não se encerrado até o momento, o prazo dessa, se efetivada, ultrapassará, certamente, o total da pena imposta.”

Embora o posicionamento da Ministra Maria Thereza quanto à possibilidade de decretação da prisão preventiva nos casos de contravenções penais praticadas no âmbito da violência doméstica ou familiar tenha restado vencido, cremos que razão assiste à eminente relatora, que, no caso concreto, fundamentou de forma escorreita a necessidade da custódia cautelar do paciente. Este, para além de praticar vias de fato, descumpriu medidas cautelares de urgência anteriormente impostas pelo magistrado de origem. Negar a possibilidade de prisão preventiva nestes casos, redundaria em completa ineficiência das normas que compõem um regramento jurídico inovador em nosso sistema e focado na proteção integral e efetiva das mulheres vítimas de violência no ambiente doméstico-familiar.

Importante destacar, também, que, no caso em comento, julgado pelo Colendo STJ, o agente praticou as contravenções penais em meados de junho de 2017. Atualmente, o posicionamento da Ministra ganharia um reforço, eis que, a recente Lei n. 13.641, de 03 de abril de 2018, acrescentou um delito à Seção IV da Lei Maria da Penha, com o título “Do crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, descumprimento de medidas protetivas de urgência”, com a seguinte redação:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Evidencia-se, assim, que o legislador adotou, uma vez mais, clara opção de continuar editando normas visando garantir a efetividade da proteção integral das mulheres vítimas de violência doméstica, na medida em que, além de criminalizar a conduta do agressor que descumpre medidas protetivas, também proibiu à autoridade policial a concessão de fiança, reservando tal análise para a autoridade judiciária.

Portanto, compartilhamos e recomendamos o posicionamento da eminente Ministra Maria Theresa de Assis Moura no sentido de que, para as contravenções penais praticadas no âmbito da violência doméstica antes da entrada em vigor da Lei 13.641/18, é cabível a decretação da prisão preventiva do agente se, no mesmo contexto, ele estiver violando medidas protetivas anteriormente impostas.

DIREITO PENAL:

1 -Tema: Tráfico de Drogas e causa de aumento do art. 40, III da Lei n. 11.343/2006

STJ- PROCESSO: HC 450.926/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018

Ementa:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III DA LEI N. 11.343/2006. EFETIVO COMÉRCIO AOS FREQUENTADORES DAS LOCALIDADES ESPECIALMENTE PROTEGIDAS. DESNECESSIDADE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O tráfico de drogas terá sua pena majorada quando cometido nas dependências (interior, compartimentos, cômodos) ou imediações (redondeza) de estabelecimentos prisionais (cadeias, penitenciárias e Fundação CASA), de ensino (escolas, faculdades, universidades, cursos técnicos) ou hospitalares (postos de saúde, hospitais, manicômios), de sedes de

entidades estudantis (agregações de estudantes, como sede da UNE), sociais, culturais (museus, exposições), recreativas (clubes, parques), esportivas (hipódromo, estádios, ginásios), ou beneficentes (orfanatos, asilos, casas de caridade), de locais de trabalho coletivo (empresas em geral, fazendas), de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza (cinema, teatro, shows, mesmo que ao ar livre), de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social (ambulatórios ou casas de recuperação), de unidades militares (batalhão) ou policiais (delegacias) ou em transportes públicos (ônibus, rodoviárias, pontos de táxi).

O Superior Tribunal de Justiça, **discordando do STF**, tem posicionamento consolidado no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária comprovação da efetiva mercancia aos frequentadores dessas localidades.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

2- Tema: Corrupção passiva é consumada mesmo que o ato seja estranho às atribuições do servidor

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 04/10/2018

“O crime de corrupção passiva não exige nexos causal entre a oferta ou promessa de vantagem indevida e eventual ato de ofício praticável pelo funcionário público. O nexo causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.”

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A corrupção passiva é tipificada no art. 317 do Código Penal nos seguintes termos:

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

De acordo com a maioria da doutrina, a corrupção passiva só existe se houver um nexo entre a vantagem solicitada ou aceita e a atividade exercida pelo funcionário corrupto. Logo, se, não

obstante funcionário público, o agente exerce função completamente estranha ao ato em razão do qual recebeu a vantagem ou aceitou a promessa, ou seja, se não é competente para a realização do ato comercializado, não há sentido em falar em crime de corrupção, pois lhe falta um dos extremos legais constitutivos do tipo, podendo, nessa hipótese, ocorrer exploração de prestígio, estelionato, etc. É neste sentido também a lição de Cleber Masson:

“O art. 317, caput, do Código Penal é taxativo ao determinar que na corrupção passiva a conduta de solicitar ou receber vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, deve necessariamente ocorrer ‘em razão da função pública’, ou seja, opera-se uma negociação entre a vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida e a prática ou a omissão de algum ato de ofício inserido no rol de atribuições do funcionário público. Este raciocínio nos leva às seguintes conclusões:

a) não há corrupção passiva se o ato não é da atribuição do funcionário público que solicitou, recebeu ou aceitou a promessa de vantagem indevida, embora tenha ele assim agido a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função. Nesse caso, estará caracterizado o crime de tráfico de influência (CP, art. 332). Exemplo: o professor de uma escola estadual recebe dinheiro do pai de um aluno envolvido em diversas confusões para influir na decisão do diretor do estabelecimento de ensino, sendo este último o responsável pela condução de procedimento instaurado para apurar as faltas do discente, o qual pode acarretar sua expulsão; (...)” (Direito Penal (Esquematizado) – Parte Especial. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2014. v. 3 -4 ed.-, p. 662)

Em recente decisão, no entanto, o STJ afastou o requisito do nexo entre a comercialização do ato e a atribuição do funcionário público para praticá-lo.

No caso julgado (REsp 1.745.410/SP), dois funcionários públicos que trabalhavam em um aeroporto aceitaram vantagem indevida para facilitar o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional, embora não exercessem função de controle imigratório. Para o STJ, tais indivíduos cometeram o crime de corrupção passiva, ainda que sua função não pudesse ser diretamente utilizada para que fosse atingido o propósito do corruptor.

Argumentou-se na decisão que se faz necessária uma mudança de perspectiva para conferir maior possibilidade de punição adequada a atos relativos ao comércio da função pública, o que se faz tanto para prestigiar a probidade administrativa quanto para potencializar os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Segundo a ministra Laurita Vaz, a expressão “em razão dela” (ou seja, da função), contida no tipo do art. 317, permite que sejam abrangidos atos indiretamente ligados à função exercida pelo agente:

“Trata-se, a meu ver, de nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da administração pública.”

Cuida-se, portanto, de uma mudança de perspectiva, pois a orientação a respeito desta matéria sempre seguiu no sentido de que era imprescindível o nexos entre a conduta do agente público e a realização do ato comercializado.

Inteiro teor da [decisão](#)

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

01 de outubro de 2018

1- AP 470: concedido livramento condicional a Cristiano Paz

Clique aqui para [ler](#) a íntegra da notícia

02 de outubro de 2018

2- Ministro nega trâmite a recurso de vereador de cidade pernambucana preso por tráfico de drogas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Negado habeas corpus a advogado acusado de matar esposa em Belém (PA)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Relator nega HC de executivo do Banco Original acusado de crime contra o sistema financeiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5-2ª Turma suspende julgamento de recurso em que deputado pede manutenção de inquérito no STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- 1ª Turma recebe denúncia contra deputado estadual do RN por corrupção passiva

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

01 de outubro de 2018

7- Mulher que tentou levar maconha ao marido preso tem prisão substituída por proibição de novas visitas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Não é possível reconhecer organização criminosa como antecedente de lavagem de dinheiro antes da Lei 12.850

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

03 de outubro de 2018

9-Violação do direito ao silêncio torna ilícito depoimento de testemunha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

04 de outubro de 2018

10- Ministra nega pedido de liberdade ao ex-governador André Puccinelli

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 024

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

Art. 305 do CTB. Constitucionalidade. NOTA TÉCNICA – CAOCRIM

Introdução:

É crime, nos exatos termos do que disposto no art. 305 do CTB:

“Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:

Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa”.

O delito em tela se distingue daquele tratado no art. 304 basicamente por conta da *mens legis* que inspirou o legislador. No crime do art. 304, com efeito, o que se tutela, ao reclamar o auxílio do motorista, é a preservação da integridade física do ofendido, que, prontamente atendido, terá maiores chances de recuperação, por vezes se evitando, inclusive, uma consequência mais grave que poderia advir caso fosse deixado à mercê de sua própria sorte, sem qualquer espécie de socorro. No crime do art. 305, procura-se forçar o motorista a permanecer no local a fim de não impedir (ou, pelo menos, dificultar), a apuração dos fatos.

Forte no princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), temos doutrina lecionando que o tipo em apreço (art. 305 do CTB) é inconstitucional.

A jurisprudência, contudo, oscila, havendo decisões nos dois sentidos:

Inconstitucionalidade do dispositivo

“Quanto ao delito previsto no artigo 305 do CTB, o chamado crime de fuga, necessário tecer algumas considerações. Para alguns, de duvidosa constitucionalidade. Para quem ora vota, flagrantemente inconstitucional. Inicialmente, cumpre observar que a figura penal em estudo é a única a censurar, com incidência típica, a fuga. Até mesmo o sujeito que já foi condenado, e esteja a cumprir pena, e que foge, não comete crime algum. A simples fuga, evidentemente não constitui crime. Quem comete qualquer outro crime, ainda que seja hediondo, e foge, também não comete um novo crime. Porque razão, então, aquele que se envolve em um crime de trânsito deveria permanecer no local? Para fazer prova contra si mesmo, se isto de ninguém é exigido? Dentro do sistema jurídico/penal, então, não há espaço para tal estranha figura penal. Alguém poderá dizer, entretanto, que a tipificação penal estimula a ajuda, a solidariedade, mas também aí haverá engano, pois existe outra previsão legal para tal

situação, qual seja, a conduta descrita no artigo 304, e tanto não fosse suficiente, a causa de aumento descrita no artigo 302, parágrafo único, inciso III, que também se aplica às condutas adequadas ao artigo 303. Mais ainda é inconstitucional quando, em acidente sem vítima, pune o afastamento, como ocorre no caso concreto. É que a Constituição Federal (art. 5º, inc. LXVII) relaciona, expressamente, as possibilidades de prisão civil por dívida. E não é possível, ao legislador ordinário, ampliá-las. Veja-se que, se admitido o crime de fuga, em acidente sem vítima (para fugir à responsabilidade civil), na realidade estaria o cidadão sujeito à prisão, por tentar esquivar-se da responsabilidade em acidente de trânsito” (TJRS – Ap. Crim. n° 70019108901 – Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 24.10.2007).

Constitucionalidade

“Cabalmente demonstrada, outrossim, a ocorrência do crime tipificado no art. 305 do mesmo diploma legal, uma vez que o réu abandonou o palco dos acontecimentos antes que fossem realizadas as providências necessárias à identificação dos veículos e demais anotações (cf. Arnaldo Rizzardo, Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 4a ed., Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pág. 639). O objetivo da norma em questão é coibir aqueles motoristas que fogem à responsabilidade civil ou criminal, bem como possibilitar sua posterior responsabilização. Sendo assim, o condutor responsável pelo sinistro tem obrigação de permanecer no local dos fatos, a fim de facilitar sua identificação (idem ob. cit., pág. 639)” (TJSP – Ap. Crim. n° 852365.3/4 - Rel. Penteado Navarro, j. 28.03.2007).

“Configura-se o delito do art. 305 do CTB se o agente após o atropelamento afasta-se do local e dirige-se à sua residência, onde é localizado somente no dia seguinte aos fatos por policiais encarregados de investigar o crime” (TJSC – Ap. Crim. n° 01.015672-5 – Rel. Genésio Noll, j. 18.09.2001).

Buscando colocar uma pá de cal na discussão, o Plenário do Supremo Tribunal Federal vai analisar a constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. A matéria será debatida no Recurso Extraordinário (RE) 971959, de relatoria do ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, no Plenário Virtual da Corte.

No dia 06 de setembro de 2018 foi deferido pedido do Ministério Público de São Paulo para atuar no citado feito na qualidade de “amicus curiae”.

Parecer do CAOCRIM: constitucionalidade:

A controvérsia existente sobre a constitucionalidade do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro deve ser dirimida a favor da compatibilidade do dispositivo com a ordem constitucional.

Com efeito, não convencem os argumentos de que a punição contraria direitos constitucionais relativos à não produção de provas autoincriminatórias.

É indiscutível que ao investigado e ao acusado é garantido ao direito ao silêncio e à não produção de provas contra si mesmo. É em razão disso, aliás, que este tribunal já considerou ilegal o ato de compelir o investigado a participar da reconstituição do crime (HC 69.026/DF, rel. min. Celso de Mello, DJ 04/09/92), a fornecer padrões gráficos para o exame grafotécnico (RT 760/542) e, mais recentemente, julgou incompatível com a Constituição Federal a condução coercitiva para interrogatório (ADPF's 395 e 444).

Ocorre que não obstante o tipo do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro faça referência à conduta de se afastar do local do acidente “para fugir à responsabilidade penal ou civil (...)” não se pode concluir que a permanência do agente significa que a responsabilidade lhe será necessariamente atribuída, nem muito menos que tão caras garantias constitucionais lhe serão negadas. Não é pelo fato de permanecer no local do acidente que o condutor é compelido a prestar esclarecimentos ou a praticar atos que possam provar algo contra si. Veja-se, por exemplo, o que ensina José Eduardo de Souza Pimentel a este respeito:

“Quando o art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro impõe ao condutor o dever de permanecer no local do acidente, não o obriga a fazer prova contra si. Na verdade, o dever de não se afastar do local do acidente existe para os condutores envolvidos, independente da culpa que possam ter pelo fato. Em consequência, a atitude do condutor – de permanecer no local ou fugir – não induz presunção alguma de sua responsabilidade, civil ou criminal, realçando a idéia de que a colaboração com a justiça e a auto-incriminação não são faces da mesma moeda.

O STF tem afirmado que o exercício do direito de permanecer em silêncio é prerrogativa fundamental e a compreende com o seguinte contorno: “O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (*nemo tenetur se detegere*) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado” (HC no 79.812-SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.02.2001)

Não passa despercebido à Corte, porém, que essa garantia “tem sido objeto de críticas da sociedade e dos meios de comunicação, no sentido de se conferir um *bill of indemnity*”, advertindo-nos sobre o equívoco de se “atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas” (HC92.225 – DF, Decisão monocrática, j. 14/8/2007). No campo dos direitos fundamentais,

competete ao interprete, antes de mais nada, identificar precisamente os contornos e limites de cada direito.

Com essas premissas, o STF concedeu, nos autos do HC referido, salvo-conduto a investigado por CPI para garantir ao paciente “o tratamento próprio à condição de *acusado* ou *investigado*, assegurando-se lhe o direito de: i) não assinar termo de compromisso na qualidade de testemunha; e ii) sobre os assuntos que não haja dever legal de sigilo, permanecer calado, em seu depoimento perante a CPI, sem que, por esse motivo específico, seja preso ou ameaçado de prisão”. Essa Decisão, contudo, trouxe expressa ressalva, que, para nós, constitui a chave para o deslinde da questão: “com relação aos fatos que não impliquem autoincriminação, persiste a obrigação de o depoente prestar informações”, ou seja, colaborar com o trabalho da comissão.

É lícito entender que o dever de permanecer no local do acidente corresponde ao dever de comparecer perante uma CPI, à Polícia ou em Juízo. Honra-se, com isso, a dignidade e a administração da justiça, sem tisonar a garantia constitucional do direito ao silêncio, cujos contornos são mais restritos e intimamente relacionados àqueles fatos ilícitos que poderão, eventualmente, ser atribuídos ao investigado.

Por isso, não vemos incompatibilidade entre o crime de fuga do local do acidente e o art. 5º, LXIII, CF”. (<http://jedupimentel.blogspot.com/2010/07/decisao-do-tj-splevanta-polemica-sobre.html>)

O crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro é cometido contra a administração da Justiça, pois, com o afastamento do local do acidente, dificulta-se sobremaneira a colheita dos elementos sobre a dinâmica do acidente. Muito mais do que garantir a identificação dos condutores envolvidos, esta figura punitiva visa a inibir o desmantelamento da cena do acidente.

De fato, a experiência demonstra, por meio dos incontáveis exames periciais que tivemos a oportunidade de analisar ao longo dos anos, que a cena preservada do acidente é importantíssima fonte de informação sobre como se deram os fatos. Desde marcas de frenagem e fragmentos dispersos pela via até a posição dos veículos após uma colisão podem formar indícios capazes de explicar a dinâmica dos fatos com muita eloquência, às vezes até mais do que os relatos dos motoristas.

Dessa forma, o condutor que se afasta do local do acidente muitas vezes provoca, na prática, a alteração e a completa descaracterização da cena em que se deram os fatos, o que acaba por prejudicar a colheita dos elementos e, de forma geral, a apuração do acidente. É

praticamente uma forma de fraude processual intentada para impedir a adequada investigação.

Ora, se o ordenamento constitucional garante ao investigado que ninguém lhe obrigue a falar e, no geral, a se comportar ativamente para produzir provas que lhe incriminem, nega-lhe, sem a menor dúvida, a possibilidade de agir para impedir a produção de provas pela autoridade incumbida de investigação. Aliás, há situações em que nem mesmo se admite a omissão que impeça a investigação, tanto que o suspeito de um crime pode ser conduzido coercitivamente para reconhecimento.

Se é assim, não há razão plausível para tachar de inconstitucional um tipo penal que tutela sobretudo a eficaz apuração de acidentes de trânsito.

Não há – insista-se – na punição do abandono do local do acidente nenhuma ofensa ao direito de não se autoincriminar, porque a permanência no local não provoca presunção de culpa de quem esteja envolvido. É durante a efetiva apuração dos fatos que o agente poderá, se assim desejar, manter-se calado e deixar de praticar certas condutas que lhe possam incriminar, como, por exemplo, submeter-se ao teste de alcoolemia para apurar embriaguez durante a condução do veículo.

E nem se diga que o tipo deve ser rechaçado porque inibe que o motorista fuja para não se autoincriminar. Ora, afirmar isso equivale a erigir a fuga a um direito, um despropósito que, levado às últimas consequências, impediria até mesmo punições no âmbito da execução penal contra condenados fugitivos.

Não há, de fato, um direito à fuga, seja qual for a situação. Em nenhum dispositivo em que são estabelecidos os direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal há correspondência – nem mesmo indireta – ao direito de fugir. Nem a Lei de Execução Penal, no elenco dos direitos do preso (art. 41), estabelece algo do qual se possa extrair – sequer remotamente – um direito à fuga, o que é natural, tendo em vista que a existência de um direito só se justifica se seu titular puder exigir-lo da quem é obrigado a prestá-lo.

Ademais, se a fuga em si não é no geral tipificada criminalmente, há condutas que, decorrentes dela, acarretam punição, como o crime de favorecimento pessoal (art. 348 do CP). Ora, fosse a fuga um direito derivado da não produção de provas autoincriminatórias, aquele que auxiliasse alguém a subtrair-se à ação de autoridade pública não poderia ser punido, pois estaria apenas prestando ajuda a quem agia licitamente.

Da mesma forma, a existência de um direito à fuga impediria a decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, medida imposta justamente diante de elementos indicadores de que o provável autor do crime, uma vez condenado, não poderá ser

efetivamente compelido a cumprir a pena. Um dos critérios de aferição da necessidade da prisão preventiva neste caso é justamente a fuga já concretizada ou a ponto de se concretizar.

E nem se fale que a punição da fuga do local do acidente é desproporcional porque autores de crimes graves não recebem o mesmo tratamento quando invariavelmente se evadem após a prática delituosa. Isto porque em casos como furtos, latrocínios e estupros, crimes dolosos, é natural que o agente se evada logo após a conduta. Não faria sentido nenhum esperar que, após estuprar ou matar alguém para subtrair algum bem, o criminoso permanecesse no local dos fatos para garantir apoio à vítima ou para não dificultar a apuração. Mas não ocorre o mesmo em relação às cenas de acidentes de trânsito, que, aliás, não são necessariamente criminosos e, mesmo quando o são, caracterizam-se pelo resultado involuntário. Ora, se o agente não quis produzir nenhum dano, é natural que dele se exija a permanência no local para que a dinâmica dos fatos seja prontamente esclarecida.

Há, no mais, inúmeros doutrinadores que afirmam a proporcionalidade e a constitucionalidade do tipo penal, tanto porque não é possível comparar a situação que o fundamenta com a prática de infrações penais dolosas, como porque as já mencionadas garantias constitucionais não são violadas pela tipificação:

“Quanto ao fato de que o agente estará fazendo prova contra si, também não configura inconstitucionalidade, já que não se está atingindo o princípio constitucional da ampla defesa, pois esta é de ordem processual, dizendo respeito ao processo penal, e aqui se trata de uma conduta anterior à existência do processo. O que pode ser objetado é que se trata de uma incoerência do legislador, pois não se pune a fuga do agente de crime hediondo, enquanto o Código de Trânsito Brasileiro pune a fuga de mero causador de acidente. Porém, tal não redundaria em inconstitucionalidade, sendo apenas um tratamento diferenciado em lei especial.

(...)

Ademais, a legislação estrangeira tem igual tipo penal (v.g. Código Penal do Canadá, art. 252, e a legislação de trânsito da França), não tendo ninguém questionado a inconstitucionalidade ou mesmo a impropriedade da previsão” (Marcellus Polastri Lima, *Crimes de Trânsito, Aspectos Penais e Processuais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 189).

“Primeiro lugar, em acidente de trânsito, raras são as vezes em que condutor de veículo será preso, e mesmo que venha a ser preso, o tipo incriminador do art. 305 do CTB não obriga que o condutor do veículo fale qualquer coisa que seja, ou se

submeta a qualquer exame. Não é demais dizer que em sede de código de trânsito, será lavrado termo circunstanciado, fato que não conduz à prisão.

(...)

Não vislumbro nenhum absurdo em impor sanção àquele que se afastar do local do evento, pois o direito de ir e de vir está condicionado a Lei, onde no inciso II do art. 5º, da CF, está disposto que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude de Lei’, e foi em decorrência de lei votada e aprovada pelo Legislador ordinário que foi criada a regra. Aos que a violarem, resta a imposição legal, como em tantos crimes previstos no Código Penal.

O preceito não incrimina a negativa em assumir a autoria ou o direito ao silêncio. A única imposição é de que não deva se afastar do local, pois todos devem colaborar com a administração da Justiça.

(...)

Protege a norma jurídica, também, a boa administração da Justiça, que é um bem jurídico digno de tutela penal, ou seja, com assento constitucional. Assim é porque a justiça é inerente do Estado Social e Democrático de Direito e, sem este, não há como garantir-se a liberdade e aos demais bens jurídicos” (*É inconstitucional o art. 305 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro)? In: Revista dos Juizados – Doutrina e Jurisprudência, ano V, nº IV, jul./dez. 2000, p. 57/61*).

E, finalmente, são várias as decisões em tribunais estaduais nas quais se confirma com propriedade a constitucionalidade do artigo 305 do Código de Trânsito:

“O tipo penal do art. 305 do CTB não define uma conduta auto-incriminadora ao agente que permanece no local do acidente, uma vez que esse pode exercer a prerrogativa constitucional de permanecer em silêncio. Constitucionalidade do dispositivo firmada pelo Órgão especial deste Sodalício. Se a confissão do agente, que afirmou que mesmo percebendo ter colidido em outro veículo, seguiu seu percurso normalmente, vem respaldada pela oitiva testemunhal em juízo, a condenação pelo art. 305 do CTB é medida que se impõe. Não há como desclassificar a conduta do art. 15 da Lei 10.826 /03 para a do art. 132 do Código Penal , quando resta patente que o agente efetuou disparos de arma de fogo em via pública para cima, para intimidar as vítimas de acidente de trânsito e não para expor à perigo suas vidas ou saúde.” (TJ/MS – Apelação 0007197-71.2015.8.12.0001, Data de publicação: 07/12/2016)

“(...) 3. Quanto à alegada inconstitucionalidade do artigo 305 do CTB. Inicialmente, cumpre destacar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou a respeito. A matéria será debatida no Recurso Extraordinário (RE) 971959, de relatoria do ministro Luiz Fux, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, no Plenário Virtual da Corte. Esta Câmara, por unanimidade, nos autos da Apelação nº 0036877-77.2013.8.19.0001, de Relatoria do Des. Gilmar Augusto Teixeira, havia se manifestado no sentido da instauração do competente Incidente de Inconstitucionalidade. Em consulta ao site desta Corte, verifiquei que o Incidente tomou o nº 0028234-31.2016.8.19.0000, tendo como relatora a Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção. O respectivo julgamento foi realizado em 27/3/2017, conforme pesquisa no site do TJERJ. Decidiu o Órgão Especial no sentido de não conhecer do Incidente, ao argumento de que o OE já se manifestara a respeito da questão em outro Incidente, qual seja, o de nº 0063828-48.2012.8.19.0000, no qual entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo. Assim, impõe-se afastar a tese defensiva de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103, § 4º, do Regimento Interno deste Tribunal, o qual prevê a obrigatoriedade da observância da decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se sufragada por dezessete votos, até que em sentido diverso decida o c. STF. E, no caso em questão, dúvidas não há de que o Recorrente afastou-se do local do acidente com o fim de fugir às suas responsabilidades, praticando, então, o delito do art. 305 da Lei específica. Assim, impõe-se seja mantida a condenação.” (TJ/RJ - Apelação 00004564120138190049, Data de publicação: 05/04/2017)

Mesmo o tribunal de Justiça de São Paulo, cujo órgão especial chegou a declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do dispositivo, tem decidido que a punição da fuga do local do acidente não contraria direitos e garantias constitucionais:

“O exercício do direito de autodefesa permite que o réu se mantenha em silêncio ou até falte com a verdade sobre os fatos que lhe são imputados, mas não o autoriza a afastar-se do local do acidente para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída. A permanência do condutor do veículo no local do acidente não implica, por si só, no reconhecimento da culpa. Política legislativa que visa à colaboração com a administração da justiça nos crimes de trânsito e procura fomentar a solidariedade entre o agente causador e a vítima, tendo em vista a modalidade culposa do delito, cujo resultado não se pretendia. Ausência de violação do princípio de não autoincriminação – Considerando que a decisão

do Órgão Especial deste Eg. Tribunal de Justiça que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 305 do CTB se deu de forma incidental; que, até o presente julgamento, não houve declaração de inconstitucionalidade do dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal; e que há jurisprudência em sentido contrário no Superior Tribunal de Justiça, impossível a reforma da decisão de primeiro grau. Presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos. Recurso não provido.” (TJ/SP – Apelação 0028177-36.2016.8.26.0576, Data de publicação: 28/08/2018).

Note-se que o acórdão faz referência a jurisprudência contrária à inconstitucionalidade no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. E, de fato, em recente decisão o Tribunal da Cidadania estabeleceu, citando precedentes, que o art. 305 do Código de Trânsito é constitucional:

“5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ‘o art. 305 do Código de Trânsito, que tipifica a conduta do condutor de veículo que foge do local do acidente, para se furtar à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída, não viola a garantia da não auto-incriminação, que assegura que ninguém pode ser obrigado por meio de fraude ou coação, física e moral, a produzir prova contra si mesmo’ (HC 137.340/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 20/9/2011, DJe 03/10/2011)” (RHC 36.434/ES, Data de publicação: 28/06/2018)

Conclusão:

Pelas razões expostas, concluímos que o dispositivo questionado é compatível com a ordem constitucional, motivo pelo qual deve ser mantido plenamente eficaz como forma de resguardar a administração da Justiça no âmbito de apuração dos acidentes de trânsito.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Chip de aparelho celular- Falta Grave- Prescindibilidade da perícia para atestar a funcionalidade do objeto.

STJ- PROCESSO: HC 395.878/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017

Ementa:

PROCESSUAL PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE DE "CHIP" TELEFÔNICO. FALTA GRAVE. PERÍCIA PARA ATESTAR A FUNCIONALIDADE DO OBJETO. PRESCINDIBILIDADE. APREENSÃO DE OUTROS COMPONENTES PARA PERMITIR A COMUNICAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo entendimento da Terceira Seção deste Tribunal Superior, a posse de aparelho celular, bem como de seus componentes essenciais, tais como "chip", carregador ou bateria, isoladamente, constitui falta disciplinar de natureza grave após o advento da Lei n. 11.466/2007.

III - Ademais, a jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de ser prescindível, para a configuração da falta grave, a realização de perícia no aparelho telefônico ou nos componentes essenciais, dentre os quais o "chip", a fim de demonstrar o funcionamento.

Habeas corpus não conhecido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O encerramento genérico DO ART. 50, VII, da LEP (aparelho telefônico, de rádio *ou similar*), presente também nos arts. 319-A e 349-A, ambos do CP, permite ao juiz realizar interpretação analógica, abrangendo qualquer aparelho de transmissão de informação. O

STJ e o STF incluem, ainda, a posse de acessórios essenciais para o funcionamento do aparelho telefônico, pois a *ratio essendi* da norma é proibir a comunicação entre os presos ou destes com o meio externo. Entender em sentido contrário, permitindo a entrada fracionada do celular, seria estimular a burla às medidas disciplinares da Lei de Execução Penal (HC 298.535/SP, Rel. Min. Ericson Marinho (desembargador convocado do TJ/SP), DJe 12/12/2014).

2- Tema: Execução Penal- Superveniência de nova condenação a PPL e incompatibilidade com cumprimento da pena alternativa anteriormente imposta.

STJ- PROCESSO: REsp 1728864/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO À REPRIMENDA RESTRITIVA DE DIREITOS. CONVERSÃO DA PENA ALTERNATIVA EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DAS REPRIMENDAS.

1. Havendo nova condenação no curso da execução e não sendo compatível o cumprimento concomitante da reprimenda restritiva de direitos com a privativa de liberdade anteriormente imposta, faz-se necessária a unificação das penas.

2. Recurso provido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O CP, nos §§ 4º. e 5º. do art. 44, prevê duas hipóteses de conversão (ou reconversão) da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

O artigo 44, §4º, anuncia a primeira hipótese de conversão: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão”.

A detração, novidade trazida pela Lei nº 9.714/98, deve respeitar, sempre, saldo mínimo de trinta dias.

A segunda hipótese de conversão está no §5º. Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão da pena alternativa, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Nota-se que, neste caso de conversão, o legislador, ao contrário do §4º, não previu a detração.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Violação de Direito Autoral - Art. 184, § 2º, do Código Penal

STJ- PROCESSO: AgRg no AREsp 1281475/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 349 DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IDENTIFICAÇÃO DOS TITULARES DOS DIREITOS AUTORAIS VIOLADOS. PRESCINDIBILIDADE. REsp 1485832/MG JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 574/STJ. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE. REsp 1193196/MG JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. REGIME SEMIABERTO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS

(...)

2. A Terceira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1485832/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 12/08/2015, DJe 21/08/2015, firmou entendimento de que é suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente. Incidência da Súmula n. 574/STJ.

3. A Terceira Seção desta Corte Superior, sob a égide dos recursos repetitivos, art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1193196/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 26/09/2012, DJe 04/12/2012, decidiu no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S E DVD'S "piratas".

(...)

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 184, § 2º, do CP tipifica diversos comportamentos criminosos relativos à violação de direitos autorais cometida com intuito de lucro.

A prática desse crime é extremamente difundida, tanto que se multiplicaram as postulações para que sua atipicidade fosse reconhecida em virtude da aceitação social da conduta criminosa, o que acabou resultando na edição da súmula n° 502, que ratifica a tipicidade.

Normalmente, a apuração desse crime decorre de operações policiais realizadas nos locais onde se concentram os indivíduos que vendem CD's e DVD's reproduzidos irregularmente. Os produtos apreendidos, que constituem o corpo de delito, são examinados por peritos, que constatam se realmente se trata de falsificação.

Ocorre que, não raras vezes, as autoridades policiais apreendem centenas ou milhares de exemplares com apenas um agente. Para agilizar a apuração do crime, normalmente os exames periciais são feitos por amostragem, ou seja, sobre parte dos produtos apreendidos, não sobre a totalidade.

Em razão disso, vários pleitos foram formulados para afastar a caracterização do crime nas situações em que a perícia não tivesse sido feita sobre todo os produtos, pois, segundo argumentavam, isso contrariava o art. 158 do Código de Processo Penal.

A tese, no entanto, não prosperou. O STJ decidia reiteradamente que a materialidade delitiva do art. 184, § 2º, do CP poderia ser determinada apenas por meio do exame pericial por amostragem. Para sedimentar esta orientação, o tribunal editou a súmula n° 574.

2- Tema: Quinta Turma afasta reincidência por delito de porte de droga para uso pessoal

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 09/10/2018

Apesar de sua caracterização como crime no artigo 28 da Lei 11.343/06, o porte de drogas com a finalidade de consumo pessoal tem previsão de punição apenas com medidas distintas da restrição de liberdade, sem que haja possibilidade de conversão dessas medidas para prisão em caso de descumprimento.

Além disso, considerando que mesmo contravenções penais puníveis com pena de prisão simples não configuram hipótese de reincidência, seria desproporcional considerar delito anterior de porte de entorpecente como óbice para, após condenação por novo crime, aplicar a redução da pena estabelecida pelo artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas.

Ao adotar essa tese, já aplicada pela Sexta Turma, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) mudou seu entendimento sobre o tema e pacificou a jurisprudência da corte. No caso analisado, os ministros da Quinta Turma afastaram a reincidência com base no delito de porte de drogas para consumo próprio e, em virtude das circunstâncias pessoais favoráveis

do réu, reduziram para um ano e oito meses de reclusão a pena que lhe havia sido imposta pelo tráfico de 7,2 gramas de crack.

Por unanimidade, o colegiado estabeleceu o regime inicial aberto para cumprimento da pena, com a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, que deverão ser fixadas pelo juízo das execuções criminais.

A reincidência tinha sido reconhecida pela Justiça de São Paulo em razão do cometimento anterior do delito previsto pelo artigo 28 da Lei de Drogas. Com o afastamento da possibilidade de redução da pena, a condenação foi fixada em cinco anos de reclusão, em regime inicial fechado.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Comentamos em boletim anterior, no mês de setembro, que a Sexta Turma do STJ havia afastado a reincidência em virtude da condenação anterior por porte de drogas para consumo pessoal. Em síntese, considerou-se que, não obstante a infração mantenha seu caráter criminoso, é desproporcional, diante da inexistência de sanção privativa de liberdade, sopesar a condenação para os efeitos da reincidência.

Há alguns dias, a Quinta Turma proferiu decisão semelhante, modificando sua orientação para aderir àquela inaugurada pela Sexta Turma, o que acaba por pacificar no tribunal o entendimento de que são incabíveis os efeitos da reincidência em decorrência de condenações pela prática das condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/06.

De acordo com a decisão proferida no HC 453.437/SP – concedido de ofício por unanimidade –, não se justifica que a condenação por porte de drogas para consumo pessoal – ao qual não se comina sanção privativa de liberdade – agrave a pena pela reincidência porque sequer a condenação anterior por contravenção penal – à qual normalmente se comina prisão simples – tem esse efeito:

“Cabe ressaltar que as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o artigo 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade”.

Trata-se, como se pode observar, dos mesmos argumentos já lançados pela Sexta Turma na decisão anterior.

A prevalecer tal entendimento pacificado agora no STJ há a possibilidade – como ocorreu no caso julgado – que condenados por tráfico de drogas, já punidos pelo porte para uso próprio, sejam beneficiados pela causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, que pressupõe primariedade e bons antecedentes:

“No caso, verifico que a redutora não foi aplicada apenas em razão da reincidência e, tendo em vista o afastamento dessa agravante, a benesse deve ser reconhecida e aplicada na fração máxima de dois terços, sobretudo em razão da não expressiva quantidade de droga apreendida (7,2 gramas de crack)”.

Ocorre que a aplicação de tal tese no STF encontra resistência, sendo o entendimento da Corte Suprema do país o que mais tutela o bem jurídico protegido:

“Agravamento regimental no agravo de instrumento. Matéria Criminal. Prequestionamento. Ofensa reflexa. Precedentes. **Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 de Lei nº 11.343/06): natureza jurídica de crime. Precedentes.** 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. Inadmissível em recurso extraordinário o exame de ofensa reflexa à Constituição Federal e a análise de legislação infraconstitucional. 3. **A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a conduta de portar droga para consumo pessoal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não perdeu seu caráter criminoso.** 4. Agravo regimental não provido” (AI 741.072-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 25.5.2011, grifos nossos).

“**1.** Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘rigor técnico’, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos Crimes e das Penas’, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão ‘reincidência’, também não se pode emprestar um sentido ‘popular’, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até

mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). **6.** Ocorrência, pois, de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. **7.** Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado” (RE 430.105-QO, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJe 2.4.2007; destacamos).

Mais recente:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO DE IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **CONDENAÇÃO DEFINITIVA ANTERIOR PELA PRÁTICA DO DELITO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 APTA A GERAR REINCIDÊNCIA. OCORRÊNCIA DE ‘DESPENALIZAÇÃO’. PRECEDENTES. PEDIDO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE E CONTRÁRIO À JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”** (HC 127.333 São Paulo, Relatora Ministra Cármen Lúcia, 27/3/2015; destacamos).

Portanto, na visão deste Centro de Apoio Operacional Criminal, a posição firmada pelo STF, no sentido de que a condenação pelo crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas é apta a gerar reincidência, é a que mais se coaduna com os interesses da sociedade, devendo assim tal entendimento ser abraçado pelas Promotorias de Justiça Criminais.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

08 de outubro de 2018

1- Ministro nega habeas corpus a servidor do MPF acusado de matar pai e filho em briga de vizinhos em Brasília

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

09 de outubro de 2018

2- Restabelecida sentença que absolveu médico da acusação de desvio de verbas públicas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- 1ª Turma absolve deputado federal Paulo Magalhães da acusação de caixa doiseletoral

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 1ª Turma: esposa tem legitimidade para propor queixa-crime contra autor de postagem que sugere relação extraconjugal do marido

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro condiciona prisão de Garotinho ao julgamento definitivo da possibilidade de prisão em 2ª instância

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

08 de outubro de 2018

6- Por ofensa ao princípio da individualização, Sexta Turma reduz pena de réu condenado a 40 anos por tráfico

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9 de outubro de 2018

7- Quinta Turma afasta reincidência por delito de porte de droga para uso pessoal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Mantida transferência de suspeito de envolvimento na morte de Marielle Franco para presídio federal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10 de outubro de 2018

9- Vara federal de Curitiba é competente para julgar denunciados da segunda fase da Operação Hashtag

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 025

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-TEMA: TRANSAÇÃO PENAL À REVELIA DO MP. IMPOSSIBILIDADE. CORREIÇÃO PARCIAL

O art. 76 da Lei 9.099/95 cuida da medida despenalizadora da transação penal. Dentre diversas alternativas possíveis ao legislador brasileiro, para dar conteúdo ao preceito constitucional que mencionou “transação penal”, a Lei n. 9.099 preferiu a alternativa que, a um só tempo, mais se aproximasse do que usualmente informa o próprio exercício da ação penal pelo Ministério Público e, o mais importante, evitasse o tradicional processo-crime.

Como bem explica Antonio Suxberger, promotor de Justiça do DF, no livro *Leis Penais Especiais Comentadas por artigos* (Ed. Juspodivm), o instituto da transação penal, portanto, não materializa oportunidade no exercício da ação penal pelo Ministério Público. Trata-se de alternativa que se coloca, nos crimes de menor potencial ofensivo, para se evitar o manejo da ação penal. Se cabível o benefício, sua oferta é tarefa de rigor a ser realizada pelo Ministério Público. E, como hipótese de manejo pelo titular da ação penal de solução alternativa ao processo, considerada a obrigatoriedade dessa atuação, a transação só terá lugar quando afirmativo o juízo de opinio delicti realizado pelo Ministério Público.

Desse modo, previamente à proposta a que se refere o art. 76, o Ministério Público deverá certificar-se da análise que sempre se dará diante de *notitia criminis*: requisitar diligências ou mesmo a instauração de investigação para melhor informar sua opinio delicti, promover desde logo o arquivamento do apuratório ou concluir que o caso é de exercício da ação penal e seguidamente promover os respectivos atos de persecução em juízo.

Tal advertência se mostra relevantíssima porque só caberá a transação penal nos casos que assim autorizarem o exercício da ação penal pelo Ministério Público. A análise da viabilidade de exercício da ação penal, portanto, sempre antecede a apreciação a respeito do cabimento da transação penal. Assim, só se poderá cogitar de transação penal se o caso autorizar o exercício da própria ação penal.

Muito se discutiu, quando da edição da Lei n. 9.099, a respeito da natureza jurídica do instituto da transação penal e o critério orientador do juízo no tocante à formulação da proposta. Por ocasião da apresentação do Projeto de Lei n. 1.480/1999, que originou a Lei do JECRIM, já se esclarecia que se cuidava de uma “discricionariedade controlada”, também chamada de “discricionariedade regrada”. Essa compreensão impunha, pois, que a análise do cabimento do benefício compete, verdadeiramente, ao titular da ação (no caso da ação penal pública, o Ministério Público).

No entanto, tal titularidade na aferição do cabimento do benefício não implica que possa ele decidir sobre a oferta ou não da proposta. Cabe a ele, sim, verificar se o caso autoriza o exercício da transação penal e, na hipótese de resposta afirmativa, a subsequente oferta do benefício ao autor do fato é medida de rigor. Logo, a chamada “discricionariedade” não se confunde com oportunidade. Aplica-se, para a transação penal, a inteligência insculpida na primeira parte do art. 24 do CPP, que estabelece o seguinte: “Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público”. No JECRIM, então, a partir de uma interpretação extensiva do que consta no CPP, tem-se que, nos crimes de ação penal pública, a transação penal será promovida por oferta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa pelo Ministério Público.

Entende-se que o manejo da transação penal pelo Ministério Público substancia um verdadeiro poder-dever, orientado, então, pela obrigatoriedade de sua oferta se o caso assim autorizar. Tal compreensão nos leva imediatamente à solução cabível em caso de recusa injustificada de oferta da proposta pelo Ministério Público.

Por ocasião da edição da Lei n. 9.099, alguns autores minoritariamente sustentaram que, por se tratar de benefício com aptidão de extinguir a punibilidade do fato imputado ao agente criminoso (autor do fato), a recusa do Ministério Público em ofertar a proposta poderia ser suprida pela oferta deduzida pelo próprio juiz da causa. Isso se daria porque a transação penal seria um direito público subjetivo do autor do fato.

Ainda que argumentando pelo cabimento da proposta no caso, não poderá o juiz se sobrepor à manifestação negativa do Ministério Público e ofertar a proposta de transação penal. Nas hipóteses de incidência das medidas despenalizadoras, cuja oferta dependa do Ministério Público (transação penal e sursis processual), a solução para a negativa de proposta pelo Ministério Público encontra-se na interpretação extensiva do que dispõe o art. 28 do CPP: “[...] o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas [pelo membro do Ministério Público], fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia [rectius, a proposta de transação penal ou suspensão condicional do processo, conforme o caso], designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento [rectius, na recusa de oferta da proposta], ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

A previsão do art. 28 do CPP, ao estabelecer o modo pela qual se soluciona a desinteligência ou discordância entre juiz e membro do Ministério Público, no exercício dos atos que sejam de titularidade deste, resguarda a atuação judicial imparcial e, ao mesmo tempo, assegura revisibilidade dos atos realizados pelo Ministério Público. O STF, atento a isso, editou o verbete de súmula n. 696, que, embora se refira expressamente à suspensão condicional do

processo, tem aplicação igualmente nos casos de discordância quanto ao cabimento da transação penal. Confira-se a redação do verbete: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

Ainda a título ilustrativo, o STF já destacou: “É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da impossibilidade de o Poder Judiciário conceder os benefícios previstos no art. 76 e 89 da Lei n.º 9.099/95 sem que o titular da ação penal tenha oferecido a proposta” (Inq 3438, Rel. Min. Rosa Weber, 1.ª Turma, julgado em 11/11/2014, DJe-027 de 10/02/2015).

Logo, a par de se compreender a transação penal como um direito público subjetivo do autor do fato, não se permite que o juiz, por isso, promova ele próprio a oferta de transação penal. Deverá, então, remeter os autos ao procurador-geral que, então, promoverá ele próprio a oferta, designará membro do Ministério Público para fazê-lo em seu nome (longa manus) ou insistirá na recusa em ofertar a transação penal. Neste último caso, então, estará o juiz vinculado a essa recusa e o caso será mesmo de se prosseguir na persecução penal com a oferta da correspondente ação penal.

A concessão do benefício pelo juiz à revelia do MP, desafia correição parcial, instrumento esse utilizado pelo colega de Praia Grande, **Vinicius Rodrigues França**, logrando prontamente o deferimento de liminar. Clique [aqui](#) para ter acesso a Petição da Correição Parcial, e aqui [aqui](#) para acessar a Liminar.

2- TEMA: CORREIÇÃO PARCIAL - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DO MP PARA LOCALIZAR NOVOS ENDEREÇOS DO RÉU- INVERSÃO TUMULTUÁRIA DO PROCESSO- “ ERROR IN PROCEDENDO”

O CAO-CRIM vem percebendo, diante de relatos de colegas de todo o estado, a postura de alguns magistrados que negam pedido do Ministério Público para expedição de ofícios visando a localização do réu. O indeferimento, quase sempre, vem fundamentando no sistema acusatório, concluindo que diligência deveria ser providenciada pelo próprio órgão acusador, que tem poder de requisição.

A conclusão está equivocada, como a seguir demonstrado.

Vige no processo penal brasileiro o princípio do impulso oficial. Instaurado o processo e recebida a denúncia, o juiz, destinatário da prova e fiscal das garantias do réu, deve agir no sentido de viabilizá-las, com a colaboração oportuna do acusador.

Não pode o magistrado negar o princípio do impulso oficial escudando-se numa concepção estanque e isolacionista do processo acusatório, entendendo que a localização do réu (para ser chamado a acompanhar a acusação) não é de sua responsabilidade.

Conforme já decidiu a 16ª. Câmara Criminal do TJ SP, num caso em que o juiz havia negado pedido do 3º. promotor de Justiça de Vinhedo, **Fábio José Moreira dos Santos**, relacionado com a produção de provas:

“É certo que o poder de requisição é garantido aos membros do Ministério Público (...). Por outro lado, cabe ao magistrado a garantia da celeridade processual prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, e a observância da regularidade do processo, conforme disposto no artigo 251 do Código de Processo Penal.

(...)

No mais, cumpre salientar que o sistema acusatório apresenta separação de funções, distanciando-se do modelo inquisitório no qual ‘as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em uma única pessoa’. Entretanto, tal característica não afasta a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas. Conforme destacado por Gustavo Badaró, no processo acusatório ‘além de as partes continuarem a ter iniciativa probatória, também o juiz passou a poder determinar, ex officio, a produção de provas. Em outras palavras, a atividade probatória deixa de ser monopólio das partes, que passam a compartilhá-la com o juiz (...) Não há um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas por iniciativa delas, e não do juiz.

Desta forma, evidencia-se que o poder de requisição do Ministério Público não impede que o magistrado promova o impulso oficial do processo e o sistema acusatório não afasta os poderes instrutórios do juiz” (TJSP, 16ª Câmara de Direito Criminal, MS nº 2064110-47.2018.8.26.0000, j. 04/2018).

No mesmo sentido vem se posicionando a 15ª. Câmara Criminal do TJ SP:

“Contudo, em que pese a bem elaborada justificativa do M. Juiz a quo, o fato é que o indeferimento de diligências configura cerceamento da atividade acusatória e prejudica a busca da verdade real. De rigor anotar que a alegada violação ao direito líquido e certo reside propriamente na afronta à possibilidade que a lei processual estabelece às partes, incluindo-se aqui o Ministério Público no polo litigante ativo, de requererem ao juiz os meios de prova para instrução processual, sendo que ao Magistrado apenas é conferido eventual possibilidade de indeferimento, de alguns dos meios probatórios indicados pelas partes, como medida de exceção, se estes meios forem impertinentes ao processo ou irrelevantes à decisão da causa, que não se apresenta no caso vertente, em relação ao pleito ministerial de conteúdo

probatório. Demais disso, deve salientar que se afigura mais prudente e lógico, além de dar maior celeridade ao feito, o deferimento do pedido, a exemplo do que normalmente acontece nas varas criminais há muito tempo. É certo que o indeferimento judicial de diligência requerida pelo Ministério Público gera tumulto processual e não pode ser óbice à efetivação da Justiça com a paralisação do processo por prazo indeterminado” (TJSP, 15ª Câmara de Direito Criminal, MS nº 2053247-32.2018.8.26.0000, j. 26/04/2018).

De fato, o Poder Judiciário também tem seu papel a desempenhar no processo-crime. Como é cediço, vige no Processo Penal o princípio do impulso oficial e busca da verdade real. Um se relacionando com o outro. Afirmando que o processo, por ser acusatório, é da responsabilidade exclusiva do Ministério Público, o impetrado permite atraso na distribuição da Justiça sob o amparo de um sofisma.

Há na busca do interesse público e na efetividade da distribuição da Justiça um ponto em comum na atividade judiciária e ministerial. Não é o processo de natureza acusatória que tem o condão extraordinário de invalidar toda a sistemática inerente aos princípios do impulso oficial e da busca da verdade real.

Reconhecer a presença do princípio do impulso oficial e da verdade real significa dizer que o Juiz não figura como mero espectador da instrução processual, no aguardo da verdade formal a ser demonstrada pelas partes. Do contrário, deve proceder diretamente de modo a buscar, de modo incessante, a realidade dos fatos (artigo 157, Código de Processo Penal).

A própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941, dispõe no item VII:

“Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dúbio pro reo ou onon liquet.”

A localização do réu é, definitivamente, objeto do impulso oficial de responsabilidade judicial.

A negativa do juiz em atender o pedido ministerial desafia correição parcial, instrumento esse utilizado pelo colega **Paulo Henrique Castex**. Clique [aqui](#) para ter acesso a Correição Parcial

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Ação penal originária e momento do interrogatório

INFORMATIVO 918 STF - PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto pela Procuradoria-Geral da República (PGR) em face de decisão monocrática que determinou o interrogatório do réu como ato inaugural do processo-crime, conforme previsão do art. 7º (1) da Lei 8.038/1990.

A agravante aduziu que, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o interrogatório deve ser realizado após o término da instrução processual (AP 988 AgR).

Para o Colegiado, apesar de não haver uma alteração específica do art. 7º da Lei 8.038/1990, com base no Código de Processo Penal, entende-se que o interrogatório é um ato de defesa, mais bem exercido depois de toda a instrução, porque há possibilidade do contraditório mais amplo. Assim, determinou que a instrução processual penal se inicie com a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que manteve a decisão impugnada com base no critério da especialidade, uma vez que não houve alteração da Lei 8.038/1990 quanto ao momento de o réu ser interrogado.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM:

Pode-se definir o interrogatório como sendo a resposta dada pelo acusado às perguntas que lhe são formuladas para esclarecimento do fato delituoso e suas circunstâncias. Seguindo moderna tendência, o interrogatório do acusado é o último ato da instrução (art. 400 CPP), o que realça seu caráter de meio de defesa. Nele deverão as partes estar presentes, quando poderão formular perguntas ao acusado.

Contudo, algumas leis (CPPM e lei de drogas, por exemplo), anteriores à reforma do CPP de 2008, inauguram a instrução com o interrogatório.

Como já destacamos no **BOLETIM de setembro (semana 4)**, a constitucionalidade dessas leis está sendo copiosamente questionada nos Tribunais Superiores. Com fulcro na natureza do interrogatório (meio de prova e de defesa), réus pleiteiam que sua oitiva encerre a instrução.

A tese vingou no STJ, tendo a Corte decidido que, na Lei de Drogas, o interrogatório deve encerrar a instrução. No STF já tínhamos julgado no mesmo sentido em relação ao CPPM.

Agora, o STF manda observar essa ordem (interrogatório como último ato) nas ações penais originárias, em detrimento do previsto no art. 7º da Lei 8.038/90.

2- Tema: A não observância do rito procedimental previsto na Lei de Drogas (ausência de notificação para apresentação de defesa preliminar) gera nulidade relativa.

PESQUISA PRONTA- STJ - [Nulidade ou não na inobservância do rito procedimental previsto no art. 55 da Lei n. 11.343/2006, que prevê a apresentação de defesa preliminar antes do recebimento da denúncia](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM:

No rito estabelecido pela Lei 11.343/06, o recebimento da denúncia é precedido da notificação para que o agente apresente sua defesa. É o que dispõe o art. 55:

“Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”

Na resposta, o denunciado deve suscitar todas as teses de interesse para sua defesa, inclusive matérias preliminares ao mérito, sob pena de, não o fazendo neste momento oportuno, operar-se a preclusão. As matérias podem ser as mais diversas, mas, em especial, deve-se atentar para o disposto no art. 397 do Código de Processo Penal, que dá ensejo à absolvição sumária, caso acolhida a respectiva alegação. Assim, nessa oportunidade devem ser agitadas causas de atipicidade, excludentes de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade. A juntada de documentos que interessem à defesa, bem como do rol das testemunhas (no máximo de cinco) também ocorre neste momento. Caso a defesa pretenda obter esclarecimentos do perito, acareações, reconhecimentos a serem produzidos em audiência, é este também o momento oportuno para que se requeiram essas provas. Em suma: nesta resposta a defesa deve preparar a atuação que desenvolverá posteriormente, na audiência una de que trata o artigo 56, a ser realizada caso não tenha sido o acusado absolvido sumariamente.

Nota-se, portanto, que a defesa preliminar é extremamente importante para o exercício pleno do direito de defesa, não só porque nela podem ser aventadas teses capazes de impedir a instauração do processo, mas também porque é este o momento em que se traçam as linhas gerais da atuação defensiva. Não por acaso, o § 3º do mesmo dispositivo estabelece que se a resposta não for apresentada no prazo o juiz nomeará defensor para oferecê-la em dez dias.

É uma garantia estabelecida pelo legislador para que o denunciado tenha efetiva oportunidade de defesa e possa exercer com plenitude todas possibilidades destacadas no parágrafo anterior.

Ocorre que nem sempre o rito estabelecido na Lei 11.343/06 é seguido. São inúmeras as situações em que se aplicam as disposições dos artigos 394 e seguintes do CPP, o que provoca primeiro o recebimento da denúncia para que somente em seguida se efetue a citação a fim de que a resposta à acusação seja apresentada (arts. 396 e 396-A). Com isso, inverte-se a ordem estabelecida na lei especial, que – reitere-se – possibilita que a resposta obste a própria deflagração da ação penal.

Em razão dessa inversão, não são poucos os casos de inconformismo em que réus processados por tráfico e outros crimes relacionados na Lei 11.343/06 buscam a decretação de nulidade por cerceamento de defesa. A tese, no entanto, não tem encontrado respaldo na jurisprudência.

Com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, tem decidido que o recebimento da denúncia antes da notificação para a apresentação de defesa preliminar é causa de nulidade relativa, razão pela qual o prejuízo decorrente da inversão deve ser comprovado e alegado no momento oportuno:

“Preliminarmente, cabe uma breve explanação acerca da não observação da fase preliminar ditada pela lei específica. Apesar de não arguido o descumprimento quanto ao previsto no artigo 55 da Lei nº 11.343/2006, pois não foi dada oportunidade ao acusado para o oferecimento de resposta à acusação anteriormente ao recebimento da denúncia, anoto não ter-se configurado nulidade.

Afinal, a defesa foi apresentada e apreciada e a inexistência da fase preliminar não gerou consequência desfavorável ao acusado que inexistiria em caso de ter-se seguido à risca o rito especial previsto. Foi garantido o contraditório e a ampla defesa, a defesa preliminar foi apresentada e apreciada, ainda com a supressão, da fase preliminar ao recebimento da denúncia outorgada pela Lei nº 11.343/2006.” (Apelação nº 0001418-39.2017.8.26.0628, j. 20/09/2018)

“Muito embora o rito procedimental previsto em lei não tenha sido seguido, não ocorreu prejuízo a d. Defesa, que apresentou sua resposta à acusação, a qual foi devidamente analisada pela d. Magistrada, a qual, de forma expressa, afastou a possibilidade de absolvição sumária (fls. 951), motivo pelo qual não vislumbro prejuízo suportado pela parte e, portanto, não há que se acolher a nulidade alvitada.

Ademais, tratando-se de formalidade procedimental (art. 564, inc. IV, do CPP), a eiva processual deveria ser alegada no tempo oportuno, ou seja, por ocasião da apresentação da defesa preliminar, de forma que, não sendo arguida na primeira oportunidade, a nulidade relativa há de ser considerada sanada, a teor do disposto no artigo 572, inciso I, do Estatuto Processual Penal.” (Revisão Criminal nº 0028605-97.2016.8.26.0000, j. 02/08/2018)

Esta orientação é reflexo do que vem sendo decidido pelo STJ, que também não atribui nulidade absoluta à inversão entre a apresentação da defesa e o recebimento da denúncia:

“I – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a não observância do rito procedimental previsto na Lei de Drogas – ausência de notificação para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 55 da Lei n. 11.343/2006 – gera nulidade relativa. Não demonstrado, com base em elementos concretos, eventuais prejuízos suportados pela não observância do mencionado rito, não se reconhece a nulidade.

II – Inviável o reconhecimento de nulidade pelo indeferimento do pedido de reabertura do prazo para o oferecimento de resposta à acusação, se foram dadas duas oportunidades para apresentação da referida peça preliminar de defesa, com a renovação de prazos, mas o advogado do recorrente os deixou transcorrer in albis.

III – Além disso, o defensor constituído continuou a se manifestar nos autos e compareceu aos demais atos processuais, tendo acompanhado o recorrente nas audiências e, inclusive, formulado indagações às testemunhas e aos corréus, manifestando-se por escrito em oportunidades distintas.

IV – Se foi oportunizado ao recorrente o direito de manifestar-se, na forma do art. 396-A do Código de Processo Penal, por mais de uma vez, no curso da instrução processual, e se as petições apresentadas pela Defesa foram interpretadas pelo Juízo de 1º grau como estratégia defensiva de postergar as teses de mérito para o final da instrução, não há qualquer nulidade a ser reconhecida.” (RHC 94.446/MS, j. 15/05/2018)

Nota-se, portanto, que a simples modificação do momento em que o agente exerce a defesa não faz presumir a ocorrência de prejuízo. Há nulidade absoluta apenas se, recebida a denúncia sem a notificação prévia para a apresentação da defesa, também não se garante a manifestação nos termos que estabelece o Código de Processo Penal (arts. 396 e 396-A).

DIREITO PENAL:

1- Tema: Tortura-castigo. Art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997. Crime próprio. Agente que ostente posição de garante. Necessidade.

INFORMATIVO 633 STJ- SEXTA TURMA

Somente pode ser agente ativo do crime de tortura-castigo (art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997) aquele que detiver outra pessoa sob sua guarda, poder ou autoridade (crime próprio).

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

A controvérsia está circunscrita ao âmbito de abrangência da expressão guarda, poder ou autoridade, prevista na figura típica do art. 1º, II, da Lei n. 9.455/1997 (tortura-castigo). De início, cumpre esclarecer que o conceito de tortura, tomado a partir dos instrumentos de direito internacional, tem um viés estatal, implicando que o crime só poderia ser praticado por agente estatal (funcionário público) ou por um particular no exercício de função pública, consubstanciando, assim, crime próprio. A despeito disso, o legislador pátrio, ao tratar do tema na Lei n. 9.455/1997, foi além da concepção estabelecida nos instrumentos internacionais, na medida em que, ao menos no art. 1º, I, ampliou o conceito de tortura para além da violência perpetrada por servidor público ou por particular que lhe faça as vezes, dando ao tipo o tratamento de crime comum. A adoção de uma concepção mais ampla do tipo supracitado, tal como estabelecida na Lei n. 9.455/1997, encontra guarida na Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que ao tratar do conceito de tortura estabeleceu –, em seu art. 1º, II –, que: o presente artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo. Ressalta-se, porém, que a possibilidade de tipificar a conduta na forma do art. 1º, II, da referida lei (tortura-castigo), ao contrário da tortura elencada no inciso I, não pode ser perpetrada por qualquer pessoa, pois a circunstância de que a violência ocorra contra vítima submetida à guarda, poder ou autoridade, afasta a hipótese de crime comum, firmando a conclusão de que o crime é próprio. Nítido, pois, que, no referido preceito, há um vínculo preexistente, de natureza pública, entre o agente ativo e o agente passivo do crime. Logo, o delito até pode ser perpetrado por um particular, mas ele deve ocupar posição de garante (obrigação de cuidado, proteção ou vigilância), seja em virtude da lei ou de outra relação jurídica.

PROCESSO: REsp 1.738.264-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por maioria, julgado em 23/08/2018, DJe 14/09/2018.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Ao contrário do que ocorre em outros países, onde a tortura foi tipificada como um crime especial, traduzindo-se num comportamento abusivo de poder no trato dos direitos fundamentais do cidadão, colocando em mira a conduta de funcionários públicos, a Lei 9.455/97, em regra, etiquetou a tortura como delito comum, isto é, pode praticado por qualquer pessoa (não exigindo qualidade ou condição especial do torturador). Desse modo, o bem jurídico tutelado, como explicado por Alberto Silva Franco, tem um caráter bifronte, ou seja, “busca-se a proteção às garantias constitucionais básicas do cidadão não apenas em relação aos agravos realizados por funcionários públicos, mas também no que tange aos abusos praticados por qualquer pessoa” (Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, RT, p. 3.100).

A lei 9.455/97 não define o que é tortura, mas explicita, desde logo, o que constitui tortura. O art. 1º. traz, inicialmente, a conduta de constranger alguém com emprego de violência (agressão física, partindo desde vias de fato, passando por lesão corporal, até chegar ao homicídio) ou grave ameaça (promessa de mal injusto e grave), causando no torturado sofrimento físico ou mental.

Como já destacamos, qualquer pessoa pode praticar o crime (delito comum), não exigindo, igualmente, qualidade especial do sujeito passivo.

O inc. I contém três alíneas, definindo modalidades diferentes de tortura:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa (tortura-prova).
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa (tortura para a prática de crime).
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa (tortura discriminatória).

O inciso II do art. 1º. pune a conduta daquele que submete alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo (tortura castigo).

Esta forma criminosa, ao contrário da anterior, é própria, exigindo qualidade ou condição especial do agente, qual seja, a presença de uma prévia relação jurídica entre o torturador e a vítima. O sujeito ativo, aqui, se encontra na posição de garante (pela lei ou outra relação jurídica), somente podendo praticá-lo quem tem a guarda (de direito ou de fato), vigilância,

poder (de direito público ou privado) ou autoridade sobre o torturado. É o que acaba de decidir o STJ no julgado ora comentado.

Igualmente, tem como sujeito passivo pessoa especial (pessoa que acha sob a guarda, de direito ou de fato, poder ou autoridade do torturador).

Além dos sujeitos, diferencia-se do inciso anterior porque refere a intenso sofrimento físico ou mental. Esta expressão não pode ser desprezada, pois engloba a ideia de um sofrimento atroz, martirizante, insuportável, que, no caso concreto, desperta certa dificuldade de aferição.

O intenso sofrimento físico ou mental, aliás, é o que diferencia este tipo daquele inculpado no art. 136 do CP.

2- Tema: Uso de documento falso - Apresentação a agente policial após solicitação.

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.765.618 - SP

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE. APRESENTAÇÃO A AGENTE POLICIAL APÓS SOLICITAÇÃO. OCULTAÇÃO DE PASSADO CRIMINOSO. CONDUTA TÍPICA. DENÚNCIA QUE DEVE SER RECEBIDA. RECURSO PROVIDO.

[Inteiro teor](#) da decisão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM:

A Carteira Nacional de Habilitação é um documento que se presta não só para que o motorista comprove aptidão para conduzir veículos automotores, mas também para que o cidadão se identifique em qualquer situação, onde quer que se encontre no território nacional. É o que dispõe o art. 159 do Código de Trânsito:

“Art. 159. A Carteira Nacional de Habilitação, expedida em modelo único e de acordo com as especificações do CONTRAN, atendidos os pré-requisitos estabelecidos neste Código, conterà fotografia, identificação e CPF do condutor, terá fé pública e equivalerá a documento de identidade em todo o território nacional”.

Uma questão interessante sobre a caracterização do uso de documento falso, especialmente no que diz respeito à CNH: perfaz-se o crime apenas quando o documento é entregue

espontaneamente ou é também criminosa a conduta que se dá em decorrência de exigência da autoridade que efetua fiscalização?

No escólio de Guilherme de Souza Nucci, tais circunstâncias mostram-se irrelevantes:

“Há perfeita possibilidade de configuração do tipo penal quando a exibição de uma carteira de habilitação falsa, por exemplo, é feita a um policial rodoviário que exige a sua apresentação, por estar no exercício da sua função fiscalizadora. Assim é a posição majoritária: ‘Reiterada é a jurisprudência desta corte e do STF no sentido de que há crime de uso de documento falso ainda quando o agente o exhibe para a sua identificação em virtude de exigência por parte de autoridade policial’ (STJ, 5.ª T., REsp 193.210/DF, Rel. José Arnaldo da Fonseca, j. 20.04.1999, v.u., DJ 24.05.1999, Seção 1, p. 190)”.

E se o agente usa o documento falso para afastar de si a responsabilidade por eventual prática criminosa, comete o crime do art. 307 do CP?

Parcela da doutrina leciona não existir crime, aplicando-se, no caso, o princípio *nemo tenetur se detegere*. Contrariando essa lição, entende a maioria que o comportamento é criminoso, pois a vantagem mencionada no art. 307 do CP pode representar qualquer utilidade ao agente. Não bastasse, a autodefesa somente abrange os questionamentos sobre os fatos em apuração e jamais a identificação do suspeito. Essa posição é copiosamente seguida pelos Tribunais Superiores:

STF: “O Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE RE 640.139-RG, Rel. Min. Dias Toffoli), ao reconhecer a repercussão geral do tema discutido neste processo, reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que ‘o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)’” (HC 112846/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 01/10/2014).

STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa” (Súmula 522).

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

15 de outubro de 2018

1- Ministro nega HC a médica condenada por sequestro, homicídio e ocultação de cadáver em MG

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

16 de outubro de 2018

2- Ações penais contra Professora Dorinha (DEM-TO) e Wladimir Costa (SD-PA) são mantidas no STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- 1ª Turma nega recursos de policiais rodoviários demitidos sob acusação de extorsão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Concedida extradição de italiano condenado por exploração sexual

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

18 de outubro de 2018

5- Ministro nega trâmite a nova reclamação de mandante de homicídio do marido, ganhador de loteria

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

18 de outubro de 2018

6- Mantido depoimento de suposto líder de milícia por videoconferência em sessão do júri

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

19 de outubro de 2018

7- Negada liminar a ex-policia! do Rio condenado na Operação Gladiador

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Segunda Turma reafirma competência do juiz de execuções penais para interditar presídios

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 026

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

**1 - PROJETO DE LEI DO SENADO N. 10269/18, E SEU SUBSTITUTIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS -
NOTA TÉCNICA DO CAOCRIM**

I - Relatório:

O PLS (e seu substitutivo) tem com finalidade alterar o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, o Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 -Lei de Execução Penal, e a Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei dos Crimes Hediondos, para prever nova modalidade de suspensão condicional da pena, estabelecer condições para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher que for mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência, e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.

Vejamos, num quadro comparativo, o desenho legislativo dos projetos objetos da nota técnica:

PROJETO DE LEI Nº 10.269, DE 2018 Apensado: PL nº 7.037/2017	SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N 10.269, DE 2018
<p>Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, e para disciplinar regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.</p> <p>O Congresso Nacional decreta:</p> <p>Art. 1º Esta Lei estabelece a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, e disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.</p> <p>Art. 2º O Capítulo IV do Título IX do Livro I do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de</p>	<p>Altera o art.77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, o art. 318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, os artigos 72 e 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 -Lei de Execução Penal, e o art.2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei dos Crimes Hediondos, para prever nova modalidade de suspensão condicional da pena, estabelecer condições para a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher que for mãe ou responsável por criança ou pessoas com deficiência, e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.</p> <p>O Congresso Nacional decreta:</p> <p>Art. 1º Esta Lei altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 -Lei de Execução Penal, e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei dos Crimes Hediondos, com o objetivo de prever nova espécie de suspensão condicional da pena, bem como para</p>

<p>1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 318-A e 318-B:</p> <p>“Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:</p> <p>I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.”</p> <p>“Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319.”</p> <p>Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>VII – acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.</p> <p>§1º (Antigo parágrafo único)</p> <p>§2º Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça.” (NR)</p>	<p>estabelecer condições de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, e disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.</p> <p>Art. 2º O art. 77 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte §3º:</p> <p>"Art. 77"</p> <p>§3º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, quando a condenada estiver gestante, lactante, for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência" (NR)</p> <p>Art. 3º O art.318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações, renumerando-se o parágrafo único como primeiro:</p> <p>"Art.318."</p> <p>§2º A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:</p> <p>I — não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II — não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente ." (NR)</p> <p>Art.4º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:</p> <p>"Art.72"</p>
---	--

<p>“Art. 74.....</p> <p>Parágrafo único. Os órgãos referidos no caput realizarão o acompanhamento de que trata o inciso VII do caput do art. 72 e encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos.” (NR)</p> <p>“Art. 112.....</p> <p>§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:</p> <p>I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;</p> <p>III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;</p> <p>IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;</p> <p>V – não ter integrado organização criminosa.</p> <p>§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.” (NR)</p> <p>Art. 4º O § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>“Art. 2º.....</p> <p>§2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for</p>	<p>VII — acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.</p> <p>§ 1º Incumbem também ao Departamento a coordenação e supervisão dos estabelecimentos penais e de internamento federais.</p> <p>§ 2º Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. " (NR)</p> <p>"Art.112.....</p> <p>§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por criança ou pessoa com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:</p> <p>I- não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;</p> <p>II — não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;</p> <p>III — ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;</p> <p>IV — ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;</p> <p>V — não ter integrado organização criminosa.</p>
--	--

<p>primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).</p> <p>..... (NR)</p> <p>Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.</p> <p>Senado Federal, em 16 de maio de 2018.</p> <p>Senador Eunício Oliveira Presidente do Senado Federal</p>	<p>§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo." (NR)</p> <p>Art. 4º O § 2º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 - Lei dos Crimes Hediondos, passa a vigorar com a seguinte redação:</p> <p>"Art.2º.....</p> <p>§2ºA progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 -Lei de Execução Penal. " (N R)</p> <p>Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.</p> <p>Sala das Sessões, em de de 2018.</p> <p>Deputada LAURA CARNEIRO</p>
---	--

II - Análise:

O PLS 10.269, de 2018, foi apresentado na Casa de Leis logo após a decisão da Segunda Turma do STF no HC (coletivo) 143.641, no qual figuravam como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que ostentassem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

Analisando o mérito do habeas corpus, os ministros invocaram legislação nacional e internacional para justificar a concessão da ordem.

Na decisão chamaram a atenção para as *Regras de Bangkok*, que estabelecem prioridade para soluções judiciais que promovam alternativas ao encarceramento, especialmente nas situações prévias à formação definitiva da culpa.

No plano interno, foi citado o art. 227 da CF/88, que determina prioridade absoluta para a garantia dos interesses de crianças, e a manutenção de presas **sem efetiva necessidade** atinge o direito delas, que acabam sofrendo injustamente as consequências da prisão. E, ainda, o quadro revelado no

processo demonstrava a necessidade de cumprir a lei sobre as políticas públicas para a primeira infância (Lei 13.257/16), que inclusive alterou o art. 318 do CPP nas disposições relativas à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo-a para gestantes, mulheres com filho de até doze anos incompletos e homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos.

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

Em razão disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes **ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício**”. E estendeu-se a ordem de ofício a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

O PLS em questão, porém, não tem como finalidade apenas positivar o que decidido pela Corte Maior no citado julgamento, mas busca também ampliar o espectro da decisão para abranger a prisão definitiva e a execução da pena.

Data maxima venia, agravou-se o equívoco enraizado no referido julgamento.

Vejamos.

É evidentemente irrazoável avaliar a substituição da prisão (provisória ou não) ou a progressão de regime somente pela condição pessoal de quem está preso. O fato de uma mulher presa ser gestante ou ter filhos é sem dúvida um fator que agrega alguns cuidados à análise de sua condição processual, **mas isso não pode ser determinante na avaliação da necessidade de ficar ou não presa, cumprir a condenação no regime mais ou menos rigoroso.**

Com efeito, a prisão – em especial a preventiva - tem requisitos, pressupostos e fundamentos estritos, que, uma vez preenchidos, indicam que o agente deve ser levado ao cárcere porque, afinal, sua liberdade traz riscos concretos à sociedade.

Se, por exemplo, um agente reincidente está sendo acusado de uma série de latrocínios, é forçoso concluir que sua prisão é imprescindível para a manutenção da ordem pública; se o acusado de crime

contra o sistema financeiro pode cometer ações atentatórias à livre concorrência e às relações de consumo, abusando de seu poder econômico, a preventiva se justifica para a manutenção da ordem econômica; se se comprova que, no decorrer do processo, o acusado comete coação contra testemunhas, a preventiva pode ser decretada para a conveniência da instrução criminal; se há alguma indicação concreta de que o agente planeja sua fuga, a preventiva tem lugar para garantir a aplicação da lei penal. E a jurisprudência é absolutamente pacífica no sentido de que o decreto de prisão deve se basear em elementos sólidos, não exclusivamente na opinião do juiz, na gravidade abstrata do crime ou em outras circunstâncias não comprovadas.

Como se nota, portanto, são situações concretas que justificam o encarceramento preventivo. **Essas situações não podem ser simplesmente desconsideradas somente pela condição pessoal de quem deve ser preso.** Uma vez constatada a necessidade da prisão imediata, as condições pessoais do sujeito devem ser cotejadas com o interesse geral na manutenção da paz social.

Esse raciocínio se aplica, com igual color, às prisões definitivas e execução da pena.

O STJ, aliás, de forma copiosa, vem encampando esse raciocínio. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar não é uma medida inafastável, cabendo ao juiz analisar as circunstâncias e aquilatar a suficiência e a adequação da medida, com o que se resguarda a efetividade da prestação jurisdicional.

Embora o PLS tenha proibido a prisão domiciliar ou progressão diferenciada para crimes cometidos com violência, há outros, sem violência, que igualmente devem ficar impedidos dos referidos beneplácitos. Imaginemos um crime de tráfico de drogas cometido por uma mulher em sua própria residência e na presença dos filhos. Substituir a prisão, neste caso, consistiria em proporcionar todas as condições para que o crime se perpetuasse e – mais grave – que as crianças continuassem sob péssima influência, em um ambiente que não lhes traria coisa alguma além de sofrimento e de indução a conduta semelhante no futuro. Neste sentido:

“O fato de a acusada comercializar entorpecentes em sua própria residência, local onde foi apreendida quantidade relevante de cocaína, já embalada em porções individuais, além de outros petrechos comumente utilizados para o tráfico de drogas, evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não cessaria a possibilidade de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (STJ – RHC 96.737/RJ, j. 19/06/2018).

Outra situação na qual se negou a prisão domiciliar se referia a uma mulher responsável pela contabilidade e pela transmissão de ordens em um grupo criminoso dedicado a crimes de furto, roubo e receptação de veículos automotores. Considerou-se que a medida mais branda facilitaria a prática criminosa à qual a acusada se dedicava:

“O fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro – líder da associação, atualmente privado de sua liberdade – evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não seria suficiente para evitar a prática delitiva no interior de sua residência,

na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (RHC 96.157/RS, j. 05/06/2018).

O ordenamento atual obedece suficientemente a nossa Constituição e os documentos internacionais ratificados pelo nosso país. No que se refere à prisão preventiva, vejamos o que dizem os incisos III, IV e V do art. 318 do CPP, recentemente alterados:

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)”.

Este dispositivo prevê a possibilidade da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar quando o agente tiver, sob seus cuidados, pessoa que conte menos de seis anos de idade ou que porte necessidades especiais. É dirigido, na maioria dos casos, às mulheres, quase sempre as mais vocacionadas a ter a prole ou terceiros consigo, embora a lei não exija a existência de relação de parentesco entre eles. O dispositivo, contudo, não sem razão, deve ser aplicado com cautela, sob pena de desmoralização do instituto e, de resto, da própria imagem da justiça. Assim, a demonstração de que determinada criança, com menos de seis anos ou um portador de deficiência, necessitam cuidados especiais, é presumida, isto é, não reclamará comprovação. **O que exige comprovação é a imprescindibilidade da presença do agente.** De sorte que determinada mãe pode ter um filho de três anos de idade que, no entanto, se acha sob a guarda da avó materna. Quem milita no Direito de Família sabe que são inúmeros os casos dessa espécie. Ora, se a criança é cuidada pela guardiã e que tal instituto (da guarda) “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança”, na dicção do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), parece óbvio ser prescindível o auxílio da mãe. E mesmo na hipótese da guarda de fato ser exercida por terceiros, é possível que a criança esteja sendo cuidada adequadamente, não havendo razão para, sob esse fundamento, conceder-se a prisão domiciliar ao agente. O mesmo raciocínio se aplica ao portador de necessidades especiais.

Em outras palavras: somente com a comprovação, primeiro, da idade da criança ou da presença da deficiência e, segundo, que a manutenção do agente em casa é absolutamente necessária para que a criança ou o portador de necessidades especiais seja devidamente cuidado, é que se deferirá o favor legal. Nesse sentido, a propósito, a “Jurisprudência de Súmulas do STJ”, tese n. 4 in verbis: “A prisão preventiva poderá ser substituída pela domiciliar quando o agente for comprovadamente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 06 (seis) anos de idade ou com deficiência”.

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

IV – gestante; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)”.

A redação anterior deste inciso autorizava a concessão da prisão do domiciliar desde que preenchidos dois requisitos: que a gestante se achasse com mais de sete meses de gestação ou que essa gravidez, independentemente do estágio em que se encontrasse, fosse de alto risco. Em sua redação atual, porém, o legislador excluiu essas condições, fazendo apenas alusão genérica à condição de “gestante” da presa. Significa dizer que não mais se exige a comprovação do lapso temporal (sete meses de gestação), podendo o benefício ser concedido antes disso. A maioria da doutrina e da jurisprudência, contudo, reconhecem que a concessão do favor legal não deve ser automática, em face da singela prova da gravidez. Deve-se ir além, demonstrando que algum risco experimenta a presa caso mantida encarcerada.

Justifica-se a medida ante a notória incapacidade de nossos estabelecimentos prisionais conferirem à gestante o devido atendimento. Com efeito, algumas gravidezes importam em maior risco, como, por exemplo, da gestante diabética ou que conte mais de 40 anos de idade. Reclamam, dentre outras providências, o repouso absoluto da gestante, o que parece pouco provável de ocorrer no ambiente carcerário. Destaque-se que o legislador, com essa previsão, não se preocupou, apenas, com a saúde da gestante, mas também do filho a ser gerado.

O raciocínio acima confirma o entendimento da doutrina no sentido de que o benéfico da prisão domiciliar não importa em um direito subjetivo do agente, argumento, no mais, reforçado pelo emprego da expressão “poderá” (e não “deverá”), contida no “caput” deste dispositivo (art. 318). Queremos dizer, com isso, que o raciocínio estampado no presente PLS de que a presa seria titular de um direito objetivo ao favor legal importa em se deferir o benefício em prol de toda aquela que estivesse grávida, o que soa inconcebível. Sobretudo quando, na maioria das vezes, a prisão processual decorre da prática, em tese, de crimes graves, a justificar a decretação da medida de exceção. Temos, assim, que afastado o requisito temporal, previsto na legislação anterior, subsiste a necessidade de demonstração do risco que suporte a presa e ou o feto, sem o qual não há que se cogitar da prisão domiciliar.

Trata-se, outrossim, de uma situação provisória, nada impedindo, em tese, que, a partir do nascimento saudável da criança, a mãe volte ao cárcere, demonstrando-se não ser mais necessária (se é que se pode empregar essa expressão), sua presença tão próxima ao filho.

“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

(...)

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)”.

O presente inciso indica requisitos objetivos que autorizam a prisão domiciliar. Indaga-se: será que o fato da presa possuir um filho, com até 12 anos de idade, enseja, de pronto, a concessão do favor

legal? A resposta, sob nossa compreensão, é negativa. Não se ignoram os objetivos da Lei n. 13.257/2016, dentre os quais, nos termos de seu art. 4º, inc. I, de “atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã”. Mas isso não implica na concessão imediata do favor. Caberá ao juiz, portanto, sopesar os direitos colocados em jogo (de um lado, a proteção à criança e, de outro, a defesa da coletividade), para, somente a partir dessa premissa, decidir sobre o pedido que, tornamos a ressaltar, não se satisfaz, para seu deferimento, com o mero preenchimento de requisitos objetivos. O PLS em questão que automatizar o favor legal, dependendo somente da condição da presa.

Na fase de execução da pena, o art. 117 da LEP prevê a prisão domiciliar em substituição do regime aberto, levando em consideração, para tanto, as peculiaridades do reeducando, dentre as quais condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante.

III - Conclusão:

Posto isso, a presente **NOTA TÉCNICA** expressa posicionamento contrário do Ministério Público do Estado de São Paulo ao PLS 10.269 de 2018 -e seu substituto-, por violar a garantia da segurança pública, implicando em proteção deficiente do Estado na tutela do referido bem jurídico coletivo.

2 - SENTENCIADO NÃO LOCALIZADO NOS ENDEREÇOS INFORMADOS NOS AUTOS PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PRD – VALIDADE DO CHAMAMENTO POR EDITAL

Assim como é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o contrário também pode ocorrer, isto é, a (re)conversão da pena restritiva de direito novamente em privativa de liberdade.

ATENÇÃO - o caput do artigo 181 da LEP faz menção ao art. 45 do CP. Todavia, com a nova sistemática criada pela lei 9.714/98, as hipóteses que determinam a conversão não estão mais no referido artigo, mas sim nos § 4º e 5º do art. 44 do mesmo diploma.

A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta (art. 44, § 4º do CP).

No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior (art. 44, § 5º do CP).

O art. 181 da LEP traz outras hipóteses de conversão, todas umbilicalmente ligadas às restritivas de natureza pessoal:

§ 1º – prestação de serviços à comunidade (ver arts. 149 e ss.)

§ 2º – limitação de fim de semana (ver arts. 151 e ss.)

§ 3º – interdição temporária de direitos (ver arts. 154 e ss.).

A LEP, sendo anterior à lei 9.714/98, não menciona as penas restritivas de natureza real – prestação pecuniária e perda de bens e valores – criadas pela novel lei. Isso não significa, porém, que não podem ser convertidas no caso de injustificado descumprimento, por exemplo. Decidiu o STJ: “é possível a conversão da prestação pecuniária em pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do CP” (REsp. 613.308-MG). Esse assunto já foi tratado em Boletins anteriores.

Importante lembrar que, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa, para que se proceda a conversão da pena alternativa em privativa de liberdade é imprescindível a prévia intimação pessoal do reeducando, para que este tenha oportunidade de esclarecer os motivos que o levaram ao descumprimento da pena alternativa. O chamamento deve ser pessoal, salvo se o reeducando colocar-se em local incerto e não sabido. Nesse caso, admite-se o chamamento por edital, inexistindo a necessidade de se esgotar todos os meios para envidar sua localização, a fim de se perfazer obrigação por ele assumida. Nesse sentido:

STJ:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INTIMAÇÃO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO. SENTENCIADO NÃO LOCALIZADO NOS ENDEREÇOS INFORMADOS NOS AUTOS. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGRESSÃO SIMULTÂNEA À CONVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA EM PARTE.

1. A ausência de manifestação do tribunal de origem sobre o tema suscitado na impetração impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não se vislumbra a alegada ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que houve a efetiva tentativa de intimação do sentenciado para iniciar o cumprimento da pena, mas ele não foi encontrado nos endereços constantes dos autos.

3. O apenado deixou de comunicar a mudança de endereço ao juízo da execução, ônus que lhe competia, segundo o entendimento deste Superior Tribunal, inexistindo a necessidade de se esgotar todos os meios para envidar sua localização, a fim de se perfazer obrigação por ele assumida.

4. Embora, no caso, a regressão tenha sido determinada em caráter cautelar, a medida é excessiva, porque simultânea com a conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade. Precedentes.

5. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida em parte apenas para afastar a regressão cautelar de regime imposta ao paciente.

(HC 405.529/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 16/10/2017).

TJSP

Data do julgamento:24/07/2018

Agravo de Execução Penal nº 9000020-54.2018.8.26.0114

EMENTA AGRAVO EM EXECUÇÃO – CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE – SENTENCIADO EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO – IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO PARA INICIAR O CUMPRIMENTO DA MEDIDA IMPOSTA – INTIMAÇÃO EDITALÍCIA – SEM PREVISÃO LEGAL – NÃO CONFIGURAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA – OBRIGAÇÃO DO SENTENCIADO MANTER SEU ENDEREÇO ATUALIZADO – INTELIGÊNCIA RT. 367 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, C.C. O ART. 2º DA LEP - RECURSO DESPROVIDO

TJSP

Habeas Corpus nº 2177707-28.2017.8.26.0000

EXECUÇÃO PENAL. Conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, a ser cumprida em regime semiaberto. Possibilidade. Paciente não encontrado no endereço fornecido para dar início ao cumprimento da pena restritiva de direitos. Arguição de nulidade pela ausência das cautelas necessárias à localização do paciente. Inocorrência. Intimação por edital cabível somente na hipótese de condenado revel, o que não é o caso dos autos. Precedentes do STJ e do STF. É dever do sentenciado manter o endereço atualizado junto ao Juízo das Execuções. Regime semiaberto, estabelecido pela sentença condenatória para a hipótese de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade, insuscetível de modificação nesta sede. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada.

3 - PLANO DE AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O RESPEITO AO ESTATUTO DO TORCEDOR

De acordo com a experiência adquirida na Promotoria de Justiça do Juizado do Torcedor na Capital de São Paulo, principalmente por meio do trabalho do Promotor de Justiça, Paulo Castilho, após reunião realizada com este CAOCRIM, no dia 17 de Setembro de 2018, na qual também participou o Dr. Paulo Teotônio, Promotor de Justiça do JECRIM de Ribeirão Preto, ficou estabelecido o seguinte **roteiro** para o desenvolvimento de um trabalho básico e preventivo voltado ao “**Respeito ao Estatuto do Torcedor**”:

a) Instaurar procedimentos investigatórios criminais com o objetivo de verificar se os Clubes de Futebol e as Torcidas Organizadas da cidade estão respeitando as determinações impostas no Estatuto do Torcedor (sugerimos um Procedimento para cada Clube de Futebol);

b) Oficiar ao Presidente da Federação Paulista de Futebol – FPF para que informe: **i)** quais são as torcidas organizadas cadastradas na cidade X; **ii)** quem são os seus integrantes e presidentes ou líderes. Importante destacar à FPF que a torcida organizada, para ser assim reconhecida, não precisa, necessariamente, se encontrar legalmente constituída, com estatutos registrados no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, nos termos do art. 45 do Código Civil, embora esta fosse a forma ideal. Contudo, mesmo as associações de fato, desprovidas de qualquer formalidade, desde que reunidas com o objetivo de torcer por determinada agremiação, caracterizam-se como “torcidas organizadas”. De forma que a elaboração do cadastro é obrigação que se estende tanto às torcidas formalmente constituídas como àquelas existentes “de fato”.

c) Instruir o P.I.C. com fotografias dos líderes das torcidas organizadas, bem como trazer para os autos informações existentes em seus nomes nos bancos de dados (INFOSEG, principalmente);

d) Verificar onde se situam as sedes das torcidas organizadas, juntando-se mapa dessas localidades nos autos.

e) Definir no mapa o trajeto a ser percorrido pelos torcedores de sua sede até ao estádio de futebol;

Estabelecer com os líderes das torcidas Termo de Acordo sobre o trajeto mencionado no item anterior, evitando-se confronto com torcidas rivais, especialmente em dias de jogos de futebol;

f) Comunicar a Polícia Militar local sobre o Acordo acima referido, a fim de que exerça o policiamento ostensivo, especialmente nos dias de jogos de futebol;

g) Fornecer à Polícia Militar, em comunicação reservada, os dados sobre os líderes da torcida organizada para melhor fiscalização e prevenção de problemas relacionados com violência e descumprimento de regras previstas no Estatuto do Torcedor;

h) Estabelecer por meio de Termo de Acordo com os Presidentes dos Clubes de Futebol: **i)** instalação de câmeras de vídeos para filmagem de todo o estádio de futebol, a fim de viabilizar o monitoramento do comportamento das torcidas, inclusive nas entradas/saídas; **ii)** local predeterminado no estádio de futebol para entrada/saída da torcida organizada, bem como para que assistam os jogos de futebol, a fim de facilitar o monitoramento e a permanente vigilância policial;

Importante registrar que, na página eletrônica da FIFA (<www.fifa.com>), clicando estatutos da fifa + documentos oficiais + regulamentos variados + guidelines for FIFA match officials, é possível ter acesso às suas diretrizes de segurança.

Trata-se de um documento – disponível em inglês, francês, espanhol e alemão – em que a entidade relaciona uma série de itens referentes à segurança nos estádios, sob seus mais diversos aspectos.

Tal regulamento, é verdade, somente tem validade para as competições organizadas pela FIFA e para os jogos olímpicos (incluindo, em ambos os casos, as fases eliminatórias). Mas, embora não tendo caráter de obrigatoriedade para as demais competições (como, por exemplo, aquelas organizadas pela CBF ou pelas federações espalhadas pelo país), serve de guia prático valioso para que se estabeleça

um parâmetro de segurança, pelo qual se indicam desde medidas de ordem estrutural dos estádios (capacidade, acesso, forma de construção etc.), até cuidados com o pessoal selecionado a trabalhar no evento (seguranças, locutores etc.). Esse guia será citado em nosso trabalho em tradução livre para o português.

i) Juntar aos autos do P.I.C. matérias veiculadas pela imprensa sobre eventuais problemas com as torcidas organizadas.

Importante, ainda, não perder de vista o que prescreve o artigo 39-B do Estatuto;

Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento.

A torcida, ainda que existente apenas de fato (ou seja, desprovida de estatutos e sem maior organização, a despeito do nome), passa a ser responsável, objetiva e solidariamente, pelos atos perpetrados por seus componentes, não apenas no interior do estádio, mas em suas imediações e no trajeto que lhe dá acesso.

Trata-se de inovação, atribuindo à torcida organizada responsabilidade por ato perpetrado por um de seus componentes, qualquer que seja a circunstância, desde que no trajeto que leva ao estádio, inclusive e a toda evidência, nos jogos em que figura como visitante.

Suponhamos que alguns membros de uma conhecida torcida de um grande Clube da Capital, residentes na cidade de Ribeirão Preto, resolvam se dirigir à capital, para assistir um jogo de seu clube. No meio do trajeto, na cidade de Araras, distante cerca de 150 quilômetros do destino final, promovem um tumulto em um restaurante no qual pararam. Tal tumulto foi filmado e não há dúvida: tratava-se de integrantes de torcida organizada a caminho do jogo de futebol na Capital. Pelos termos do dispositivo em análise, será a torcida responsável pelo ato.

Nos termos do artigo 39-B do Estatuto do Torcedor, de todo exigível o reconhecimento da responsabilidade de tais torcidas pelos fatos perpetrados por seus membros no local do tumulto.

Não se desconhece a comoção que se estabelece quando o indivíduo passa a agir em grupo, por vezes acobertado pelo anonimato que a multidão propicia, tudo a facilitar a prática de atos de vandalismo dos quais geram danos que devem ser reparados. Cumpre, então, aos líderes dessas facções, cuja ascendência sobre os componentes das torcidas é notória, agir de forma a coibir essa espécie de violência. Tal responsabilidade atinge o local do evento e seus arredores, mas também tudo o que fizerem de ilícito no trajeto de ida e volta.

É claro que no estádio e suas adjacências a constatação é mais tranquila. Afinal, os membros de uma mesma torcida costumam se agrupar, o que facilita a identificação da unidade a qual pertencem. Distante do local, a tarefa se torna mais difícil, mas não impossível. Se o torcedor se encontrar cadastrado, na forma prevista no parágrafo único do art. 2.º-A desta lei, não haverá maior problema.

Mas e se não houver o cadastro? O simples fato de o indivíduo trajar uma camisa de determinada torcida poderá responsabilizá-la pelo ato danoso por ele cometido? Induvidoso que, na análise do caso concreto, caberá ao juiz mitigar o excessivo rigor da lei.

Sugerimos que os Promotores de Justiça que oficiam perante o JECRIM e que tenham em suas Comarcas times de futebol participando da primeira e/ou segunda divisão do Campeonato Paulista da Primeira e Segunda Divisão adotem o Roteiro de atuação aqui exposto. É caso de São Paulo, Novo Horizonte, Campinas, São Carlos, Marília, Santos, Piracicaba, Ribeirão Preto, Bragança Paulista, Mirassol, Araraquara, Itu, Sorocaba e, Barueri.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Exame criminológico: faculdade do juízo das execuções e fundamentação padronizada

INFORMATIVO 919 STF - SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma desproveu agravo regimental em reclamação na qual se apontava descumprimento do Enunciado 26 da Súmula Vinculante do STF e se pretendia a concessão da progressão de regime ao reclamante sem a realização do exame criminológico, por alegada ausência de razões fundamentadas para esse fim.

O reclamante sustentava que o juízo reclamado, como praxe, solicita a realização do exame criminológico antes de examinar os requerimentos de progressão de regime dos presos condenados por crimes graves. Aduzia, ademais, que a utilização, em diversos casos, de texto semelhante para fundamentar a necessidade do exame fere o princípio da individualização da pena e não atende ao comando do citado Enunciado.

O Colegiado entendeu que a decisão reclamada está em consonância com a reiterada jurisprudência da Corte sobre a matéria, no sentido de ser facultado ao magistrado das execuções criminais requisitar o exame criminológico e utilizá-lo como fundamento da decisão que julga o pedido de progressão. Asseverou, ainda, que a adoção de textos semelhantes em despachos relacionados a procedimentos idênticos não viola o princípio da individualização da pena nem gera nulidade por falta de fundamentação quando o conteúdo tratar de especificidades do caso concreto sob análise. Considerou, por fim, que o agravante apenas reitera os argumentos expostos na petição inicial da reclamação, sem apresentar novos elementos aptos a afastar os fundamentos da decisão agravada.

Rcl 27616 AgR/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9.10.2018. (Rcl-27616)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O exame criminológico, usado para individualizar determinadas execuções envolvendo fatos mais graves e/ou presos rotulados como perigosos, serve, não raras vezes, para orientar o Magistrado nos incidentes de progressão e livramento condicional, não se confundindo com o exame de classificação tratado no art. 5º da LEP.

Antes da Lei 10.792/03, o exame criminológico era considerado obrigatório na execução da pena no regime fechado, e facultativo na pena cumprida no regime semiaberto, em especial quando se tratava de condenação por crime doloso praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Hoje, porém, o entendimento que prevalece nos Tribunais Superiores é de que se trata de estudo facultativo (não importando o regime de cumprimento de pena), devendo o Magistrado fundamentar

sua necessidade aquilatando as peculiaridades do caso concreto (gravidade da infração penal e condições pessoais do agente). Nesse sentido STF e STJ:

STF – Súmula Vinculante 26. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

STJ – Súmula 439. Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

DIREITO PENAL:

1- Tema: Sexta Turma aplica nova lei a crime sexual praticado sem violência ou grave ameaça

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 25/10/2018

Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) concedeu habeas corpus de ofício, com base no artigo 215-A do Código Penal – acrescentado recentemente pela Lei 13.718, de 24 de setembro de 2018 –, a um réu acusado de apalpar publicamente, e por cima da roupa, os seios de uma mulher. Ele foi condenado em primeira instância por estupro (pena de seis a dez anos), mas o tribunal estadual desclassificou a conduta para contravenção (15 dias a dois meses). Com a decisão do STJ, a pena ficou em um ano e dois meses, em regime inicial semiaberto.

A nova lei acrescentou ao código a tipificação dos crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, além de tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

No tribunal de origem, a conduta praticada pelo réu foi desclassificada para a contravenção prevista no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais), que prevê prisão simples, de 15 dias a dois meses, ou multa para a conduta de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade.

O Ministério Público do Paraná recorreu da decisão para pedir o enquadramento da conduta no crime de estupro, previsto no artigo 213 do Código Penal. Inicialmente, em decisão monocrática, a ministra Laurita Vaz, relatora, deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença que havia condenado o réu por estupro.

A defesa recorreu para o colegiado, alegando que a revisão do acórdão da Justiça estadual teria contrariado a Súmula 7 do STJ, que impede o reexame de provas em recurso especial. A ministra votou pelo desprovisionamento do recurso, mas, com a entrada em vigor da Lei 13.718/18, entendeu pela concessão de habeas corpus de ofício para reconhecer a prática de importunação sexual no caso.

Sem violência

Em seu voto, a relatora destacou que, segundo a jurisprudência do STJ, a controvérsia relativa à inadequada desclassificação para a contravenção penal prevista no artigo 65 do Decreto-Lei 3.688/41 prescinde do reexame de provas, sendo suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido.

Além disso, a relatora ressaltou que, apesar de reprovável, a conduta do réu não pode ser igualada ao crime de estupro, que requer o uso da violência ou de grave ameaça.

Para Laurita Vaz, o caso analisado se enquadra na situação descrita pelo recém-criado artigo 215-A do Código Penal, que tipificou o crime de importunação sexual.

Seguindo o voto da relatora, considerando a superveniência de lei penal mais benéfica ao réu, a turma readequou a classificação do tipo penal e fixou a condenação em um ano e dois meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei 13.718/18 inseriu no Código Penal o art. 215-A, que pune, com reclusão de um a cinco anos, a importunação sexual, consistente em “Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”.

Antes do art. 215-A, condutas relativas à importunação de conotação sexual normalmente se subsumiam, conforme o caso, ao art. 61 ou ao art. 65 do Decreto-lei 3.688/41. O art. 61, revogado expressamente pela Lei 13.718/18, consistia em importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor. Já o art. 65 pune a conduta de molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável. A conduta tipificada neste dispositivo não tem necessariamente conotação sexual, razão por que não houve revogação, a não ser quanto a condutas que consistam em importunação sexual, que também passam a ser subsumir ao art. 215-A.

Não obstante a existência dos tipos contravencionais, não eram raras, diante das circunstâncias dos casos concretos, as controvérsias a respeito da correta tipificação. Muitas vezes a importunação que consistisse em algum tipo de contato físico era, ao menos inicialmente, classificada como estupro, como ocorreu – com grande repercussão – no caso do indivíduo que ejaculou em uma passageira dentro de um veículo de transporte coletivo na cidade de São Paulo. Preso em flagrante por estupro, logo foi posto em liberdade sob o argumento de que sua conduta consistia em importunação ofensiva ao pudor. Em decorrência da decisão, instalou-se intenso debate sobre a tipificação mais adequada, o que certamente contribuiu para que o legislador adotasse solução intermediária por meio do art. 215-A.

Recentemente, o STJ concedeu de ofício habeas corpus para desclassificar a conduta do crime de estupro para o novo tipo da importunação sexual. Considerando, no entanto, as circunstâncias relatadas na decisão, parece-nos ter havido equívoco.

O agente havia sido condenado, em primeira instância, pela prática do crime de estupro por ter apalpado, por cima da roupa, os seios de uma mulher. Em apelação, o Tribunal de Justiça desclassificou a conduta para a contravenção do art. 65 do Decreto-lei 3.688/41, razão pela qual o Ministério Público interpôs recurso especial para que o STJ restabelecesse a sentença condenatória pelo crime sexual.

Em decisão monocrática, a ministra Laurita Vaz deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença e, portanto, a condenação por estupro. A defesa recorreu ao colegiado, que chegou à

conclusão de que a conduta, embora reprovável, não poderia se igualar ao estupro, que pressupõe o emprego de violência ou de grave ameaça, nenhuma das quais relatada pela vítima. Em razão disso, decidiu-se conceder habeas corpus de ofício com desclassificação da conduta para o novo art. 215-A do Código Penal sob o argumento de que se trata de retroatividade benéfica.

Ocorre que o art. 215-A é, na realidade, *novatio legis in pejus*, pois tornou criminosas condutas antes restritas à Lei de Contravenções Penais. É princípio básico de Direito Penal – e direito fundamental estabelecido no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal – que a lei penal não retroage a não ser para beneficiar o réu.

No caso julgado, o STJ considerou não caracterizado o crime de estupro porque a conduta, cometida antes da entrada em vigor da Lei 13.718/18, não trouxera elementares do tipo do art. 213: violência ou grave ameaça. Ora, se a inexistência de elementares faz com que não se caracterize o estupro, analisa-se a lei em vigor à época dos fatos para buscar a tipificação adequada, que, no caso, seria a contravenção. Cotejada a figura da contravenção com a atual disciplina legal, conclui-se que o tratamento dispensado à conduta cometida pelo agente se recrudescer, motivo pelo qual é equivocada a incidência da nova lei na qualidade de retroatividade benéfica.

Se estivéssemos diante de situação em que o tipo do estupro admitisse condutas de importunação, sem violência ou ameaça, e a Lei 13.718/18 tivesse inserido no Código Penal o art. 215-A para conferir a tais condutas tratamento distinto e menos severo, aí sim poderíamos cogitar a retroatividade benéfica. Mas, definitivamente, não é este o caso.

2- Tema: Porte ilegal de arma de fogo desmuniada - Art 16 da Lei n. 10.826/2003- Crime de perigo abstrato

STJ- AgRg no AREsp 1219142/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 25/04/2018

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ARMA DESMUNICIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. SÚMULA 83/STJ. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O entendimento pacífico deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática pelo relator, quando estiver em consonância com súmula ou jurisprudência dominante desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. O posicionamento perfilhado pelo Tribunal de origem coaduna-se com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é no sentido de que o crime previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto

o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse da arma de fogo, ainda que desprovida de munição, revelando-se despidendo a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial.

3. Não sendo possível se vislumbrar a ocorrência de ilegalidade flagrante ou de constrangimento ilegal, resta descabida a concessão de habeas corpus, de ofício.

4. Agravo regimental não provido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O crime será de perigo quando a consumação se contenta com a exposição do bem jurídico a uma situação de perigo. Em determinadas hipóteses, o perigo advindo da conduta é absolutamente presumido por lei (crime de perigo abstrato), devendo ser lembrado, a título de exemplo, o tráfico de drogas. A conduta do traficante é crime, dispensando efetivo dano à saúde pública, bastando o perigo, que é presumido por lei (se o Promotor de Justiça comprovar que o agente praticou o verbo nuclear do tipo, a lei presume que seu comportamento é perigoso para a coletividade). O mesmo raciocínio se aplica para a embriaguez ao volante e delito de posse/porte legal de arma de fogo.

Em que pese corrente doutrinária negando a existência dos crimes de perigo abstrato, acreditando ofenderem princípios constitucionais, o STF, de forma copiosa, vem admitindo a criação de delito de perigo presumido, meio eficiente de o Estado proteger certos interesses:

“Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote) (...) A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal” (HC 104.410/RS).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

22 de outubro de 2018

1- Ministro determina que Justiça de SP realize nova dosimetria da pena com base na jurisprudência do STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Mantida prisão de acusado de integrar organização criminosa com atuação na Prefeitura de São Bernardo do Campo (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- 2ª Turma: relator poderá decidir individualmente extradição quando houver anuência do extraditando

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 1ª Turma recebe denúncia contra deputado do RN por suposto desvio de recursos públicos do IDEMA

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 2ª Turma determina arquivamento de inquéritos que investigavam os senadores Aloysio Nunes e Jorge Viana

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Relator nega pedido do presidente da República para anular indiciamento em inquérito sobre Decreto dos Portos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Mantido afastamento de conselheiro do TCE-SP que reponde a ação penal por corrupção passiva e lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

8- Arquivado inquérito contra senador Aécio Neves sobre envio de documentos falsos à CPMI dos Correios

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

9- Ministro autoriza trabalho externo a senador Acir Gurgacz

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

10- Relator rejeita nulidade de processo contra policial acusado de participação em chacina em Fortaleza

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Ministro Lewandowski concede HC para presas com filhos que ainda não foram colocadas em prisão domiciliar

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 027

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- PEDIDO DE EXCLUSÃO DE DADOS DO IIRGD.

STJ- RMS 32.447/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 22/02/2016

Os Tribunais Superiores, de forma copiosa, estão decidindo que anotações e registros criminais, mesmo que relacionados a inquéritos policiais arquivados ou processo com absolvição (pouco importando o motivo), não configuram constrangimento ilegal ou violação de direito líquido e certo do cidadão. Dotados de sigilo, sua utilização obedece rígido controle do sistema de justiça.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ANOTAÇÕES E REGISTROS CRIMINAIS. PEDIDO DE EXCLUSÃO DE DADOS DO CADASTRO DO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO RICARDO GLUMBLETON DAUNT - IIRGD. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LEGALIDADE DA MEDIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O registro de informações criminais sobre pessoa indiciada ou submetida a ação penal tem respaldo no Código de Processo Penal (arts. 6º e 809, I, § 3º) e na Lei 10.054/2000, não substanciando quebra da legalidade a existência de tal históricos nos assentamentos dos institutos de identificação, desde que respeitados os limites de utilização da informação, dirigidos ao juízo criminal (art. 748 - CPP), na hipótese de extinção da pena ou do procedimento criminal investigatório.

2. "As informações relativas a inquérito e processo criminal (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade) não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação. Isso porque tais registros comprovam fatos e situações jurídicas e, por essa razão, não devem ser apagados ou excluídos, observando-se, evidentemente, que essas informações estão protegidas pelo sigilo" Precedentes desta Corte (RMS 38.951/SP, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 16/3/2015; AgRg no RMS 44.413/SP, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 27/2/2014; e RMS 38.983/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4/2/2013.) 3. Recurso em mandado de segurança não provido.

Clique [aqui](#) para ter acesso a outras decisões.

2- CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO - ART 66 PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 9.099/95 - NÃO LOCALIZAÇÃO DO RÉU PARA CITAÇÃO PESSOAL- REMESSA AO JUÍZO COMUM PARA CITAÇÃO POR EDITAL- COMPETÊNCIA RECURSAL

Não raras vezes, o promotor de Justiça criminal se depara com a seguinte situação: nos autos do termo circunstanciado o autor dos fatos não é encontrado. Oferecida a denúncia, o feito é encaminhado ao juízo criminal comum, ante a vedação do chamamento ficto na seara do JECRIM. Julgado o réu no juízo

comum, o recurso deve ser endereçado ao Tribunal de Justiça (órgão revisor das decisões do juiz criminal) ou para a Turma Recursal (pois a redistribuição não retira do crime sua etiqueta de menor potencial ofensivo)? Temos decisões nos dois sentidos. Vejamos os principais argumentos de cada uma:

Competência do TJ	Competência da Turma Recursal
# a remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, exaure a competência do Juizado Especial Criminal, que não se restabelecerá com a localização do acusado	# a remessa dos autos ao juízo comum, na hipótese do art. 66, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, não retira do delito seu caráter de menor potencial ofensivo, devendo ser restabelecida a competência do Juizado em sede recursal

Clique [aqui](#) para ter acesso a Decisão do Colégio Recursal - Incompetência do Colégio Recursal e Remessa dos autos ao TJ

Clique [aqui](#) para ter acesso a Decisão do TJSP- Incompetência e Remessa dos autos ao Colégio Recursal

Clique [aqui](#) para ter acesso a Decisão do TJSP- Competência para conhecer do Recurso

3 - LEI 13.728/18 (altera a Lei 9.099/95) e seus reflexos no processo penal (JECRIM)

A Lei 13.728/2018, promulgada no último dia 31 de outubro, trouxe um novo dispositivo à [Lei 9.099/1995](#), com a seguinte redação: “Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, para a prática de qualquer ato processual, inclusive para a interposição de recursos, computar-se-ão somente os dias úteis”.

Esse novo dispositivo aplica-se aos Juizados Especiais Criminais? De acordo com Ricardo Silveiras, assessor do CAOCRIM, **não**.

A Lei 9.099 é dividida em quatro Capítulos: o primeiro (“Disposições Gerais”) e o último (“Disposições Finais Comuns”) aplicam-se aos Juizados Cíveis e aos Criminais, regulados, respectivamente, nos Capítulos II e III. A nova regra do art. 12-A foi inserida na Seção IV (“Dos atos processuais”) do Capítulo II (“Dos Juizados Especiais Cíveis”), portanto, em trecho da lei não aplicável aos Juizados Especiais Criminais.

Não bastasse isso, verifica-se que a Seção I (“Da Competência e dos Atos Processuais”) do Capítulo III possui regras próprias sobre os atos processuais praticados nos Juizados Criminais, bastando que se compare o art. 12, aplicável aos Juizados Cíveis, com o art. 64: são praticamente idênticos, o que leva à conclusão de que o legislador preferiu regular separadamente a matéria, em respeito às diferenças existentes, nesse aspecto, nos processos civil e penal.

Na verdade, o novo art. 12-A da Lei 9.099 veio apenas adequá-la ao CPC de 2015, que já possui regra sobre a contagem apenas dos dias úteis, quando se tratar de prazo processual (art. 219), espancando qualquer dúvida porventura existente sobre o que deve incidir nos Juizados Cíveis. Não há qualquer razão para que tal sistemática da contagem de prazo seja estendida também ao âmbito processual criminal, que segue, como se sabe, sistemática própria.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Habeas corpus não comporta a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar.

PESQUISA PRONTA- STJ

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Possibilidade ou não de se discutir, em sede de habeas corpus, a desproporcionalidade entre o decreto prisional e eventual condenação](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Terceira Seção do STJ, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do STF, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo de recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

a) quando não se admitiu a discussão em habeas corpus

Individualização da pena – Motivação idônea para a fixação da pena-base acima do mínimo – Inviabilidade, em habeas corpus, de decidir sobre a justiça do quanto da exacerbação – “Fundada a mensuração da pena-base acima do mínimo legal cominado ao crime, à base de circunstâncias objetivas e subjetivas idôneas a motiva-lo, é inviável, na via do habeas corpus, reavaliar todo o contexto do fato para saber se seriam elas bastantes a justificar, em concreto, a exacerbação imposta, quiçá, com exagero” (STF – HC nº 80.822-RJ – Rel. Sepúlveda Pertence – Informativo do STF nº 236, de 6 a 10 de agosto de 2001).

“A impetração de habeas corpus deve ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal para que não se percam as razões lógica e sistemática dos recursos ordinários, até mesmo dos excepcionais. O writ não foi criado para as finalidades aqui empregadas, quais sejam, discutir a dosimetria da pena e o regime prisional fixado. Há que se utilizar o recurso cabível ou, após o trânsito em julgado, a revisão criminal, se for o caso” (STJ – HC nº 154964-SP, Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 20.03.2012, DJe 23.04.2012).

b) quando já se admitiu

“A revisão da dosimetria da pena, em sede de habeas corpus, sem se afastar da coerência lógico-jurídica que o informa, tem cabimento quando o ato da fixação levado a efeito pela sentença não resultar de valoração probatória no tocante às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, mas de simples equívoco ou extrema severidade, traduzidos no modo de cálculo da sanção no acréscimo indevido” (STJ, Rel. Fernando Gonçalves, RT 773/544).

2- Tema: O direito de visita em unidade prisional destoa da finalidade do habeas corpus, cujo objeto tutelado é a liberdade de locomoção, quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder.

PESQUISA PRONTA- STJ

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Viabilidade ou não de utilização de habeas corpus para questões concernentes ao direito de visitação](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Habeas corpus é o remédio jurídico destinado a tutelar a liberdade de locomoção do indivíduo. Protege, pois, o direito de ir, vir, ficar ou voltar. Vê-se, portanto, que se assegurar o livre direito de locomoção, o jus manendi, ambulandi, e undi ultro citroque, isto é, o direito de ir e vir para onde quer que se pretenda, mas diretamente relacionado á pessoa. Outros direitos líquidos e certos, mas que não se refiram à locomoção, podem ser amparados através de mandado de segurança, cuja aplicação é admitida no âmbito penal e que se presta, por exemplo, para liberação de veículo ilegalmente apreendido (STJ – Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. em 21.09.1999, DJU de 11.10.1999, p. 89), ou de bagagem na mesma situação. Tanto é assim que o STF, nos termos do enunciado da Súmula 693, não mais admite habeas corpus versando sobre a aplicação de pena de multa, ante a impossibilidade desta ser transformada em detenção ou prisão simples, face à redação atual do art. 51 do Código Penal. Tampouco se admite o remédio heroico para discussão do direito de visita íntima do apenado, pois, neste caso, o que se procura proteger é o seu direito à intimidade, e não sua liberdade de locomoção.

Final, conforme bem anotado pelo Ministro Celso de Mello, “a ação penal de habeas corpus, enquanto instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura um poderoso meio de cessação do injusto constrangimento ao estado de liberdade de locomoção física das pessoas. Se essa liberdade não se expõe a qualquer tipo de cerceamento, e se o direito de ir, vir ou permanecer sequer se revela ameaçado, nada justifica – por não estar em causa a liberdade de locomoção física – o emprego do remédio heroico do habeas corpus” (HC nº 86878-SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.10.2005, DJ de 04.11.2005).

3- Tema: Prorrogação de competência e prerrogativa de foro

INFORMATIVO 920 STF- PRIMEIRA TURMA

Finalizada a instrução processual com a publicação do despacho de intimação para serem apresentadas as alegações finais, mantém-se a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o julgamento de detentores de foro por prerrogativa de função, ainda que referentemente a crimes não relacionados ao cargo ou função desempenhada.

Sob essa orientação, a Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em face de decisão que, com base no que decidido na Ação Penal (AP) 937, deslocou o processo para

a primeira instância a fim de que fosse julgado o delito cometido quando o réu exercia cargo público estadual em momento anterior ao início do exercício do mandato de parlamentar federal.

O Colegiado entendeu que, no caso em comento, toda a instrução processual penal ocorrera no STF, tendo sido apresentadas as alegações finais pela acusação e pela defesa. Uma das teses firmadas no julgamento da AP 937 foi precisamente a de que, após a instrução criminal, a competência do Tribunal se prorroga.

No referido precedente, o Plenário firmou as seguintes teses: a) “O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas”; e b) “Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”. A tese “b” – preservação da competência após o final da instrução processual – deve ser aplicada mesmo quando não for o caso de aplicação da tese “a”, ou seja, preserva-se a competência do STF na hipótese em que tenha sido finalizada a instrução processual, mesmo para o julgamento de acusados da prática de crime cometido fora do período de exercício do cargo ou que não seja relacionado às funções desempenhadas.

Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Alexandre de Moraes, que negaram provimento ao recurso. Entenderam que a competência penal do STF pressupõe ter sido o crime praticado no exercício do mandato e estar a este, de alguma forma, ligado, inadmitida a prorrogação de competência de natureza absoluta.

AP 962/DF, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 16.10.2018. (AP-962)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Da simples leitura do art. 53, §1º., da CF/88, percebe-se que o foro especial se estende da diplomação (e não da posse) até o fim do mandato.

Em razão da amplitude que pode ser extraída do texto literal da Constituição, sempre se considerou que todo e qualquer processo criminal a que respondesse o parlamentar deveria ser levado ao Supremo Tribunal Federal a partir da diplomação, ou seja, passavam à jurisdição do tribunal eventuais processos por crimes cometidos antes da diplomação e nela se iniciava qualquer processo por crime cometido após a diplomação e até o fim do mandato parlamentar.

O tribunal, no entanto, por meio de questão de ordem na Ação Penal 937, decidiu que: 1) a prerrogativa de foro se limita aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele; 2) a jurisdição do STF se perpetua caso tenha havido o encerramento da instrução processual – leia-se: intimação das partes para apresentação das derradeiras alegações – antes da extinção do mandato.

A aplicação literal do dispositivo constitucional causava certos problemas em virtude da mudança de circunstâncias envolvendo o agente processado. Eram frequentes as modificações de foro porque alguém respondia criminalmente em primeira ou em segunda instância, mas, diplomado, passava a desfrutar da prerrogativa de ser julgado pelo STF. Da mesma forma, não eram raras as remessas de processos a instâncias inferiores porque o agente, por algum motivo, perdia a prerrogativa.

Para evitar essas modificações de foro – que não necessariamente decorriam de má-fé –, o STF decidiu que a prerrogativa deve ser limitada aos crimes cometidos no exercício do mandato e em razão dele. Dessa forma, alguém que tenha cometido um crime originariamente de competência da primeira instância deve ser julgado naquele mesmo foro ainda que diplomado parlamentar federal, evitando que a diplomação provoque a remessa do processo ao STF e que, uma vez extinto o mandato, haja nova remessa à instância inferior. Além disso, mesmo um crime cometido no exercício do mandato, mas que não tenha relação com ele, deve ser julgado pela primeira instância. É o caso de um deputado que mata outro nas dependências da Câmara, por exemplo.

No caso julgado pelo STF (AP 937), o agente era acusado de ter cometido crime relativo à compra de votos durante campanha para as eleições municipais de 2008. Com sua eleição para o cargo de prefeito, o processo foi remetido ao Tribunal Regional Eleitoral. Findo o mandato, houve a remessa para a primeira instância da Justiça Eleitoral. Ocorre que, em 2015, o réu tomou posse no cargo de Deputado Federal porque era um dos suplentes de seu partido, o que levou o processo ao STF. Em 2016, afastou-se do cargo de deputado e o reassumiu antes de finalmente renunciar ao mandato parlamentar para assumir o cargo de prefeito, para o qual havia sido eleito nas eleições municipais daquele ano.

Esse caso ilustra bem o problema causado pela aplicação irrestrita da prerrogativa de foro. A ação penal tramitava havia anos, e, devido a várias mudanças de cargos do acusado, sofreu diversas remessas entre foros e não se concluía, elevando o risco de prescrição.

Em seu voto, o min. Luís Roberto Barroso sustentou que o sistema do foro por prerrogativa até então adotado, que admitia toda e qualquer infração penal cometida pelo parlamentar, mesmo antes da investidura no cargo, era altamente disfuncional, impedindo muitas vezes a efetividade da justiça criminal, o que acabava criando situações de impunidade que contrariavam princípios constitucionais como equidade, moralidade e probidade administrativa, abalando portanto valores republicanos estruturais.

Com essa extensão, o foro por prerrogativa de função não encontra correspondência no direito comparado e nem mesmo no Brasil, cuja ordem constitucional estabelecia, nos primórdios, rol muito pequeno de autoridades julgadas pelo então Supremo Tribunal de Justiça. Ao longo dos processos constitucionais originários por que passou o Brasil é que a prerrogativa foi sendo ampliada até chegar ao modelo atual. Somando-se ao extenso rol de autoridades uma interpretação extensiva a respeito dos crimes abrangidos pela prerrogativa, chegou-se inevitavelmente à baixa efetividade da prestação jurisdicional penal no âmbito da mais alta corte de justiça.

Essa situação só pode ser modificada pela interpretação restritiva da regra do foro por prerrogativa, que deve ser aplicado para crimes cometidos no cargo e em conexão com ele (crimes funcionais). O foro por prerrogativa de função é concebido para conferir a devida proteção ao exercício funcional, não para dificultar a persecução penal decorrente da prática de crimes pelo parlamentar. Por isso, há de se fazer presente o nexo de causalidade entre o exercício funcional e a conduta criminosa.

Aliás, a proposta de redução do foro por prerrogativa é harmoniosa com restrições interpretativas que o próprio STF vem impondo até mesmo à imunidade material dos parlamentares, como ocorreu no Inq. 3.932/DF. Se, portanto, o tribunal admite a restrição da imunidade dita absoluta, com mais razão deve se permitir interpretar restritivamente a imunidade relativa, especialmente diante dos efeitos deletérios que sua aplicação incondicional tem causado.

Também se estabeleceu que, uma vez publicado o despacho para que as partes apresentem suas manifestações finais (art. 11 da Lei nº 8.038/90), a competência do STF deve ser prorrogada para que sejam preservadas a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Isso evita inclusive manobras processuais como a ocorrida na Ação Penal 396, no curso da qual, prestes a ser julgado, o parlamentar renunciou ao mandato para deslocar o processo para a primeira instância. Naquele caso específico, o pleno do Supremo decidiu pela ineficácia da renúncia diante – nas palavras da ministra Cármen Lúcia – de uma “fraude processual inaceitável”. Estabelecida a perpetuatio jurisdictionis, evitam-se de uma vez por todas manobras da mesma natureza.

Há de se atentar, de resto, para o fato de que o Congresso Nacional vem deliberando sobre a aprovação de emenda para modificar as disposições constitucionais a respeito do foro por prerrogativa de função. O Senado Federal inclusive já aprovou a PEC 10/2013, que restringe a garantia aos chefes dos Poderes e ao vice-presidente da República.

O principal argumento para a propositura da emenda foi a igualdade de todos perante a lei. Para os senadores que endossaram a proposta, não é razoável que, com a justificativa de proteger o desempenho da função, o ordenamento jurídico estabeleça prerrogativa de foro para quem agiu justamente contra a dignidade da função e abusando dela.

Associaram-se a isso aqueles problemas tratados pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem na AP 937. As infundáveis ações penais em instâncias superiores, muitas vezes impedindo que autores de graves infrações penais sejam punidos, acabaram por sobrepor, perante a sociedade, o conceito de proteção da pessoa àquele de proteção do cargo.

A proposta de emenda se lastreia ainda no fato de que a ocupação de cargos superiores por determinados indivíduos não torna as instâncias ordinárias menos qualificadas para julgá-los. Também não há risco de que prosperem acusações criminais infundadas, que podem ser combatidas – como de fato têm sido mesmo quando atingem aqueles que não desfrutam da prerrogativa – pelo habeas corpus. E não se descartam as prerrogativas nas quais a emenda não toca, relativas às garantias para o pleno exercício do cargo.

4- Tema: Menção de acórdão à necessidade de trânsito não impede execução provisória da pena

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 31/10/2018

Em processo de relatoria do ministro Jorge Mussi, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento a pedido do Ministério Público Federal (MPF) para cassar decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) que impedia o início da execução da pena imposta a dois réus condenados em segunda instância por crimes contra o sistema financeiro nacional.

Ao julgar a apelação e manter a condenação, o TRF3 havia determinado no acórdão que os mandados de prisão só fossem expedidos após o trânsito em julgado, ponto sobre o qual não houve recurso da acusação. Para o ministro Jorge Mussi, porém, essa determinação não se sobrepõe à jurisprudência das cortes superiores, que admite a execução da pena após a condenação em segunda instância.

O recurso especial julgado pela turma restabeleceu a decisão proferida pelo juízo federal da 3ª Vara Criminal de São Paulo, que determinou a execução provisória das penas de seis anos de reclusão, em regime semiaberto, fixadas na apelação pelo TRF3.

Em seu voto, Jorge Mussi destacou que, a partir do HC 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o STJ tem admitido a possibilidade do cumprimento da pena desde a prolação do acórdão condenatório em segunda instância.

Habeas corpus

Após o julgamento da apelação e a expedição dos mandados de prisão pelo juiz, a defesa impetrou habeas corpus no TRF3 alegando que o próprio tribunal teria garantido aos réus que a prisão só ocorreria depois do trânsito em julgado, o que ainda não aconteceu, pois foram interpostos recursos especial e extraordinário contra a condenação, os quais estão pendentes de análise.

Disse ter havido violação ao princípio da presunção de inocência e que a exigência do trânsito em julgado, determinada no acórdão condenatório e não combatida por recurso da acusação, estaria preclusa.

O TRF3 entendeu que a decisão do STF não possui efeito vinculante e que, no caso dos pacientes, o acórdão condenatório deixou claro que o mandado de prisão só poderia mesmo ser expedido após o trânsito em julgado. Com tais fundamentos, concedeu o habeas corpus.

Sem efeito suspensivo

Ao analisar o recurso especial do Ministério Público Federal, o ministro Jorge Mussi fez uma ressalva quanto à sua posição pessoal: “Este relator entende pela impossibilidade de se ordenar a execução provisória da pena quando, na sentença, o juiz condiciona ao trânsito em julgado da condenação a expedição do mandado de prisão e o órgão acusador queda-se inerte, não manifestando qualquer irresignação, sob pena de violação aos princípios da lealdade e da boa-fé processual, bem como da non reformatio in pejus”.

A despeito desse entendimento pessoal, o ministro disse que era necessário decidir em harmonia com o pensamento majoritário das cortes superiores e citou decisões do STJ segundo as quais não há ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência na execução provisória da pena, mesmo existindo recurso especial ou extraordinário, pois esses não possuem efeito suspensivo.

Quanto ao fato de o acórdão condenatório ter garantido o cumprimento das penas somente após o trânsito em julgado, o ministro destacou que “a única hipótese capaz de obstar a execução provisória da sanção penal é a concessão, excepcional, de efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou especial eventualmente interpostos”.

“Desse modo, conforme o novo posicionamento adotado pelos tribunais superiores, constata-se inexistir qualquer arbitrariedade na determinação do cumprimento imediato de condenação quando restar devidamente confirmada pelo tribunal de origem”, decidiu o ministro.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): REsp 1676308

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Sabemos que no julgamento do HC 126.292/SP e de pedidos liminares nas ADC 43 e 44 o STF considerou possível o início da execução da pena após o recurso em segunda instância. Não há, segundo o tribunal, ofensa ao princípio da presunção de inocência porque, uma vez apreciada a apelação, esgota-se a possibilidade de discutir o fato e a prova. Logo, a não ser que aos recursos endereçados ao STJ e ao STF seja conferido efeito suspensivo, admite-se a execução imediata da pena.

Após esta decisão, os tribunais têm deparado com diversas questões que têm exigido apreciação específica, tendo em vista que o STF tratou do tema em termos gerais, e, como não poderia deixar de ser, não lhe foi possível esgotar todas as situações em que, diante do caso concreto, a execução provisória da pena pode ser impedida. Tanto o próprio STF quanto o STJ têm julgados pontuais nos quais são feitas considerações que tentam restringir a execução a determinadas situações. O STJ, por exemplo, firmou o entendimento de que a execução provisória da pena restritiva de direitos é incabível porque o art. 147 da Lei de Execução Penal, que trata da execução das penas restritivas de direitos e que exige o trânsito em julgado, não foi objeto de julgamento pelo STF no HC 126.292/SP e das ADC 43 e 44. No âmbito do próprio STF há ministros que defendem a possibilidade de execução da pena somente após o julgamento de recurso especial pelo STJ. A 2ª Turma do tribunal já concedeu habeas corpus de ofício para suspender a execução da pena de condenados na operação Lava Jato.

Não obstante, tratando-se de penas privativas de liberdade, o STJ tem aplicado sistematicamente a orientação de que é suficiente o pronunciamento da segunda instância, e, recentemente, determinou inclusive a execução da pena num caso em que o Tribunal Regional Federal havia destacado no acórdão a necessidade de que se aguardasse o trânsito em julgado.

No caso julgado (REsp 1.676.308/SP, j. 18/10/2018), o TRF manteve a condenação de primeira instância e, no acórdão, estabeleceu a necessidade de que se aguardasse o trânsito em julgado para a execução da pena, e não houve insurgência da acusação neste ponto. A primeira instância, no entanto,

determinou a expedição de mandado de prisão, contra o que a defesa impetrou habeas corpus, concedido pelo TRF. O Ministério Público, diante disso, recorreu ao STJ para que a decisão de primeira instância sobre o cumprimento da pena fosse restabelecida.

O STJ deu razão ao órgão ministerial sob o argumento de que, não obstante o acórdão tenha imposto o trânsito em julgado, a orientação firmada até o momento é de que se admite a execução da pena após o pronunciamento da segunda instância a não ser em situações excepcionais, como a da concessão de efeito suspensivo em recursos de índole extraordinária: “a única hipótese capaz de obstar a execução provisória da sanção penal é a concessão, excepcional, de efeito suspensivo aos recursos extraordinário ou especial eventualmente interpostos”. A simples imposição, portanto, do trânsito em julgado não é suficiente para obstar o início do cumprimento da pena.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Furto praticado durante o repouso noturno - Causa de aumento de pena

STJ: AgRg no AREsp 1234013/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO PRATICADO DURANTE REPOUSO NOTURNO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME OCORRIDO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Para a configuração da circunstância majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal, basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do patrimônio durante tal período, e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato das vítimas não estarem dormindo no momento do crime, ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime.

2. Incide à presente hipótese a Súmula 83/STJ, in verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Frise-se que "esse óbice também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional" (AgRg no AREsp 475.096/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

De acordo com Damásio de Jesus:

“Repouso noturno é o período em que, à noite, pessoas se recolhem para descansar. Enquanto na violação de domicílio o CP se refere à qualificadora do fato cometido ‘à noite’, no furto menciona a circunstância de o fato ser praticado durante o período de repouso noturno. Não há critério fixo para a conceituação dessa qualificadora. Depende do caso concreto, a ser decidido pelo juiz. Assim, a qualificadora varia no espaço. Ninguém dirá que foi praticado durante o período de repouso noturno furto realizado às 21 horas no centro de São Paulo. Entretanto, ocorrerá essa qualificadora numa fazenda do interior, uma vez que é comum nesses lugares o recolhimento das pessoas, para o repouso, ainda bem cedo” (Direito Penal, vol. 3, Saraiva, p. 314).

Em síntese, o critério para definir repouso noturno é variável, não se identificando com a noite, mas sim com o tempo em que a cidade ou local costumeiramente recolhe-se para o repouso diário.

Parcela da doutrina e da jurisprudência adotam a tese de que a incidência da majorante depende de o crime ser praticado em local de moradia (não necessariamente imóvel, podendo, por exemplo, ser um trailer), habitado e com seus moradores repousando (nesse sentido: RT 714/393). A maioria, porém, discorda, não importando necessariamente seja a casa habitada ou estejam seus moradores dormindo. Podem até estar ausentes, ou ser desabitado o lugar do furto. A Exposição de Motivos dá razão para a maioria:

“É prevista como agravante especial do furto a circunstância de ter sido o crime praticado durante o período de sossego noturno. Período de sossego noturno é o tempo em que a vida das cidades e dos campos desaparece, em que seus habitantes se retiram, e as ruas e as estradas se despovoam, facilitando essas circunstâncias a prática do crime. Seja ou não habitada a casa, estejam ou não seus moradores dormindo, cabe a majoração se o crime ocorreu naquele período”.

Já decidiu o STJ que a majorante se aplica inclusive para furtos cometidos na via pública, pois o que importa é o período de maior vulnerabilidade, não o local em que ocorre o fato (HC 162.305/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 21/06/2010). O Tribunal Cidadão, de forma copiosa, vem reconhecendo incidir a majorante também no furto de estabelecimentos comerciais.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

29 de outubro de 2018

1- Negada liminar a condenado por homicídio de delegado em São Luís (MA)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- 2ª Turma: compartilhamento de termos de colaboração deve observar cláusulas do acordo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Negado pedido para suspender ação penal do ex-presidente Lula em caso da Odebrecht

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 1ª Turma suspende julgamento de recursos contra decisões que determinaram remessa à primeira instância de inquéritos contra parlamentares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro acolhe pedido da PGR e suspende temporariamente tramitação de inquérito contra Michel Temer

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 028

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Violência sexual do pai contra a filha - Vara de Violência Doméstica

O art. 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente nada prevê em relação à competência da Vara da Infância e da Juventude para o julgamento de crimes praticados contra a criança e o adolescente.

Por esse motivo, em princípio, a Vara da Infância não detém tal competência, restrita às Varas Criminais.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, declarou a incompetência da Vara da Infância e da Juventude para o julgamento de ações penais em que se apurava a prática de crimes sexuais contra a criança e o adolescente.

Contudo, esse não foi o posicionamento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu ser legítimo que o Tribunal de Justiça, ao estabelecer a organização e divisão judiciária, poderá atribuir a competência para o julgamento de crimes sexuais contra crianças e adolescentes ao Juízo da Vara da Infância. A propósito:

“Habeas corpus. Penal. Processual penal. Lei estadual. Transferência de competência. Delitos sexuais do código penal praticados contra crianças e adolescentes. Juizados da infância e juventude. Violação do art. 22 da CF/1988 e ofensa aos princípios constitucionais. Não ocorrência. Ordem denegada. I – A lei estadual apontada como inconstitucional conferiu ao Conselho da Magistratura poderes para atribuir aos 1.º e 2.º Juizados da Infância e Juventude, entre outras competências, a de processar e julgar crimes de natureza sexuais praticados contra crianças e adolescentes, nos exatos limites da atribuição que a Carta Magna confere aos Tribunais. II – Não há violação aos princípios constitucionais da legalidade, do juiz natural e do devido processo legal, visto que a leitura interpretativa do art. 96, I, a, da CF/1988 admite que haja alteração da competência dos órgãos do Poder Judiciário por deliberação dos Tribunais. Precedentes. III – A especialização de varas consiste em alteração de competência territorial em razão da matéria, e não alteração de competência material, regida pelo art. 22 da CF/1988. IV – Ordem denegada” (HC 113.018, 2.ª T., j. 29.10.2013, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 14.11.2013).

Em conformidade com o precedente, portanto, tem-se que a lei estadual poderá autorizar o Tribunal de Justiça do Estado a expandir a competência da Vara da Infância e da Juventude para a apuração de crimes praticados contra a criança e o adolescente.

Agora, com o advento da Lei n. 13.431/2017, mais uma “porta se abre”. Seu art. 20 diz que o Poder Público poderá criar delegacias especializadas no atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violência. Até a criação do órgão especializado, a vítima será encaminhada prioritariamente à delegacia especializada em temas de direitos humanos. O art. 23, por sua vez, trata da organização judiciária, facultando aos órgãos responsáveis criar juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente, sendo que, até a sua implementação, o julgamento e a execução das causas

decorrentes das práticas de violência ficarão, **preferencialmente, a cargo dos juizados ou varas especializadas em violência doméstica e temas afins.**

Sobre o tema, sugerimos a leitura de mais um impecável parecer subscrito pelo I. Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Neves Coelho, acompanhado do acórdão no mesmo sentido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao Parecer

Clique [aqui](#) para ter acesso ao Acórdão

2-Tema: Roubo com Arma branca - Lei nº 13.654/ 2018. A “novatio in melius” não impede a sua consideração como circunstância judicial desfavorável.

Em que pese o esforço dos MPEs, de praticamente todos os Estados, no sentido de convencer o Judiciário da inconstitucionalidade formal da mudança legislativa, tem prevalecido no STJ que a Lei 13.654/18 efetivamente aboliu a causa de aumento referente à arma branca no crime de roubo, revogação que acaba retroagindo para alcançar fatos pretéritos.

Com a novel Lei, somente a arma de fogo majora a pena do delito (§2º.-A). O novo aumento (2/3), contudo, é irretroativo, pois mais gravoso do que o patamar anteriormente previsto (1/3 até a 1/2).

Deve ser alertado que, mesmo após a edição da Lei 13.654/2018, o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem. Nesse sentido: HC 436314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018, e AgRg no AREsp 1340032/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Cerceamento de defesa e nulidade de intimação

INFORMATIVO 921 STF- PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem de habeas corpus e revogou a liminar anteriormente deferida, em que se pleiteava a anulação de intimação realizada por meio de publicação da qual constava somente o nome por extenso de advogado já falecido, acompanhado da expressão “e outros”.

O impetrante sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa e nulidade absoluta das intimações feitas em nome de patrono já falecido.

A Turma entendeu que não houve prejuízo ao impetrante nem, conseqüentemente, incidência de nulidade insuperável, pois havia outro advogado constituído à época da referida intimação, o qual seguiu interpondo recursos – recurso em sentido estrito e embargos infringentes decididos por Tribunal de Justiça, além de recursos especial e extraordinário, ambos com trânsito em julgado –, o que afasta a existência de teratologia. Ressaltou que, antes da intimação, a defesa não havia informado ao Tribunal acerca do falecimento do advogado intimado, incidindo no art. 565 do Código de Processo Penal (1), que veda a arguição de nulidade à parte que tenha lhe dado causa.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que reconheceu a existência de nulidade na intimação realizada mediante publicação apenas com o nome do advogado falecido.

(1) CPP: “Art. 565. Nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse.”

HC 138097/SP, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 23.10.2018. (HC-138097)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Tratando-se de advogado constituído pelo réu, pelo querelante e pelo assistente de acusação, não há necessidade de sua intimação pessoal, obrigatória apenas para o defensor nomeado e para o Ministério Público, nos termos do § 4º do art. 370 do CPP. É efetuada a intimação pela imprensa, por meio do Diário Oficial. Esse Diário Oficial pode ser, também, o eletrônico (DJe), naqueles juízos que dispuserem desse serviço.

Tratando-se de banca que conte com mais de um advogado, a jurisprudência do STJ se posiciona no sentido que basta a intimação de um deles. É medida salutar, pois não faria sentido lançar no Diário Oficial rol constando, por vezes, dezenas de advogados, componentes de um escritório. Presume-se,

ademais, que os advogados constituídos tenham diligências e estruturas suficientes para acompanhar as publicações realizadas no Diário Oficial.

Por fim, nesse julgado, o STJ, na fundamentação, se valeu do art. 565 do CPP, mais precisamente, o princípio da lealdade. Previsto na parte inicial do dispositivo, reza que a ninguém é dado suscitar nulidade a qual deu causa. No exemplo clássico, se o réu não foi notificado para a audiência porque transferiu sua residência sem a prévia comunicação ao juízo (ou, pelo menos, a seu defensor), ainda que sem malícia nesta conduta, não poderá, mais adiante, alegar a nulidade do ato. Tendo o agente, portanto, dado causa à nulidade (por ação ou omissão), ou, de alguma forma concorrido para que ela se verificasse, não pode invocá-la em seu favor, almejando dela se prevalecer.

2- Tema: Execução Penal – Prescrição da falta grave

STJ- AgRg no REsp 1702078/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018

Ementa:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE. PRESCRIÇÃO DA FALTA GRAVE. INOCORRÊNCIA. NÃO DECORRIDO LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A TRÊS ANOS. AGRAVO PROVIDO.

1. Nos termos do entendimento desta Corte, a prescrição das faltas disciplinares de natureza grave, em virtude da inexistência de legislação específica, regula-se, por analogia, pelo menor dos prazos previstos no art. 109 do Código Penal, qual seja, 3 anos, nos termos do disposto na Lei n. 12.234/2010.
2. Não há falar em prescrição, porquanto não transcorrido o prazo prescricional de 3 anos entre a ocorrência da falta grave e a data da homologação pelo Juízo das execuções.
3. Agravo regimental provido para, afastada a extinção da punibilidade pela prescrição, determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que prossiga no julgamento do agravo em execução interposto pela defesa.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei de Execuções Penais não trata da prescrição das infrações disciplinares. Ante a inexistência de legislação específica, o STJ decidiu que se aplica, por analogia, o Código Penal, prescrevendo em 3 anos, nos termos do que disposto no art. 109, VI. No mesmo sentido já vinha decidindo o STF:

“Ante a inexistência de legislação específica quanto à prescrição de infrações disciplinares de natureza grave, aplica-se, por analogia, o Código Penal. Com base nessa orientação, a 2ª Turma indeferiu ‘habeas corpus’ no qual se pretendia restabelecer decisão de tribunal local, que reconheceria a

prescrição de Processo Administrativo Disciplinar – PAD, instaurado para apurar suposta prática de falta grave. Na espécie, o paciente empreendera fuga do sistema prisional e, recapturado, contra ele fora instaurado o aludido PAD. Na sequência, o juízo das execuções deixara de homologar o PAD ao fundamento de não ter sido observado o prazo máximo de 30 dias para a sua conclusão, conforme previsto no Regime Disciplinar Penitenciário do Rio Grande do Sul, porém, reconheceu a prática de falta grave e determinara a regressão de regime, a perda dos dias remidos e a alteração da data-base para a concessão de novos benefícios para a data da recaptura. Interposto agravo em execução, o tribunal local reconheceu a prescrição do PAD e, por consequência, restabeleceu o regime semiaberto, a data-base anterior e devolveu os dias remidos perdidos. No presente ‘habeas corpus’, a defesa afirmava que o tribunal ‘a quo’ teria reconhecido a prescrição do PAD e não a da falta grave e, prescrito aquele, não poderia prevalecer a falta grave. A Turma sublinhou que, em razão da ausência de norma específica, aplicar-se-ia, à evasão do estabelecimento prisional (infração disciplinar de natureza grave), o prazo prescricional de dois anos, em conformidade com o artigo 109, VI, do CP, com redação anterior à Lei 12.234/2010, que alterou esse prazo para três anos. Assinalou, ainda, que o Regime Penitenciário do Rio Grande do Sul não teria o condão de regular a prescrição. Destacou que essa matéria seria de competência legislativa privativa da União (CF, art. 22, I). Precedentes citados: HC 92.000/SP (DJe de 23.11.2007) e HC 97.611/RS (DJe de 5.6.2009) (STF – [HC n° 114422-RS, Rel. Gilmar Mendes, j. 6.5.2014](#)).

Percebam que, no caso de fuga (evasão) do preso, a prescrição só começa a correr depois da recaptura, pois trata-se de infração disciplinar permanente, só correndo o prazo fatal após o fim da permanência (art. 111, III, CP, aplicado ao caso por analogia).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, inclusive nas formas equiparadas, é crime hediondo, segundo STJ.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Dentre os delitos tipificados na [Lei 10.826/03](#), desperta grande interesse e preocupação o do art. 16, que pune, no caput, as condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

O art. 16 da Lei 10.826/03 contém um parágrafo com condutas equiparadas, mas que, na realidade, não têm – ou não precisam ter – direta relação com aquelas das quais derivam. São elas:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente;

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Pois bem, a Lei 13.497/17 alterou a [Lei 8.072/90](#) para dispor que o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido passa a ser hediondo. De acordo com a nova redação do art. 1º, parágrafo único, da Lei dos Crimes Hediondos:

“Consideram-se também hediondos o crime de genocídio previsto nos arts. 1o, 2o e 3o da Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956, e o de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, previsto no art. 16 da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, todos tentados ou consumados”.

Surgiu, então, uma dúvida diante da menção genérica ao art. 16: todas as formas nele tipificadas passam a ser tratadas como hediondas, ou só a forma básica, tipificada no caput?

Se analisarmos as justificativas do projeto de lei, tanto no Senado quanto na Câmara dos Deputados, veremos que a intenção era punir com mais rigor a conduta tipificada no caput. Com efeito, as referências dos parlamentares que advogavam a aprovação do projeto eram todas à crescente violência ligada à posse e ao porte de armamentos por criminosos, que normalmente fazem uso de artefatos com grande poder de fogo, não raro maior do que os de que dispõem as forças policiais, razão pela qual o maior rigor na punição seria um esforço a ser somado no combate a prática tão nefasta. E, se analisarmos as condutas tipificadas no parágrafo único do art. 16, veremos que algumas delas não estão necessariamente ligadas às circunstâncias descritas nas justificativas parlamentares, como ocorre, por exemplo, com os incisos I, IV, V e VI.

De fato, o maior perigo causado pela posse ou pelo porte de uma arma de uso restrito não tem nenhuma relação com o ato de suprimir marca, numeração ou sinal de identificação de arma de fogo, tanto que esta conduta pode ser cometida inclusive sobre armas de uso permitido. Exatamente o mesmo pode ser dito dos demais incisos citados, pois todas as condutas neles tipificadas podem se fundamentar tanto em armas de uso permitido quanto em armas de uso restrito.

Vislumbramos, neste caso, o surgimento de discussão semelhante àquela travada, anos atrás, na doutrina e na jurisprudência a respeito dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Na época – antes da Lei 12.015/09 –, a Lei dos Crimes Hediondos elencava essas duas figuras delituosas e fazia referência aos dispositivos legais da seguinte forma: “art. 213 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único”; “art. 214 e sua combinação com o art. 223, caput e parágrafo único”. Tratava-se, como se nota, de redação mais detalhada do que a referência feita agora ao art. 16 do Estatuto do Desarmamento, mas que não impediu o debate sobre se as formas básicas desses delitos deveriam ser também incluídas entre os crimes hediondos. Acabou por prevalecer a tese de que sim, a forma simples do estupro e do atentado violento ao pudor deveria ser considerada hedionda.

No caso da Lei 13.497/17 há mais motivos para o debate, justamente em virtude da referência genérica ao art. 16 do Estatuto do Desarmamento e à frágil relação lógica que se estabelece entre as figuras do caput e algumas das dispostas no parágrafo único.

Parece-nos, todavia, não ser possível limitar a incidência das disposições relativas aos crimes hediondos apenas à conduta do caput do art. 16. O projeto da Lei 13.497/17 tramitou, entre o Senado e a Câmara, por mais de três anos, e foi objeto de extenso debate, tanto que foram diversas as modificações promovidas ao longo do caminho (originalmente, aliás, o projeto contemplava o comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo). Fosse para limitar a incidência do maior rigor ao caput, temos de supor que o legislador o teria feito expressamente.

Além disso, limitar a incidência da Lei dos Crimes Hediondos a uma parte do tipo penal criaria uma situação desproporcional.

Ora, ainda que se considere a natureza diversa de algumas das condutas tipificadas no parágrafo único, trata-se de figuras equiparadas ao caput por expressa disposição legal. Se, ao elaborar tipo do art. 16, o legislador utilizou a fórmula “nas mesmas penas incorre”, isso se deu porque as condutas ali

elencadas eram consideradas da mesma gravidade das anteriores. É, afinal, o que fundamenta as formas equiparadas nos tipos penais. Ignorar isso e destacar, para os efeitos da hediondez, o caput do parágrafo único seria nada mais do que conferir tratamento diferenciado a figuras penais que o legislador erigiu à categoria de equivalentes.

Diante disso, qualquer conduta do art. 16, caput e parágrafo único, da Lei 10.826/03 passa a atrair os consectários relativos aos crimes hediondos. Nesse sentido, aliás, decidiu recentemente o STJ (HC 460.910 - PR 2018/0184654-0).

Para ler a decisão da íntegra, clique [aqui](#).

2- Tema: A Terceira Seção do STJ pronunciou-se no sentido de que disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos não revogaram o crime de desacato.

STJ- PESQUISA PRONTA

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Descriminalização ou não do crime de desacato diante dos vetores interpretativos do Pacto de São José da Costa Rica](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Tramita no Congresso Nacional projeto que busca abolir do nosso ordenamento o crime de desacato, apresentando como justificativa a incompatibilidade do delito com disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. Sobre o PL, o CAOCRIM elaborou nota técnica nos seguintes termos:

Reza o art. 331 do CP

“Art. 331 – Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

Percebe-se da proposta de alteração legislativa em exame, que o legislador acabou por seguir a linha de raciocínio de parcela da doutrina e da jurisprudência, onde se sustenta, em apertada síntese, que a punição da conduta de desacato é incompatível (1) com a ordem constitucional (2) e com a legislação internacional de que o Brasil faz parte.

Essa postura legislativa parte de premissas equivocadas, *data maxima venia*.

1 - (In)compatibilidade do crime de desacato com a ordem constitucional:

Quanto à ofensa à ordem constitucional, argumenta-se que se trata de tipificação de caráter autoritário, que visa afinal a impedir – ou ao menos a desencorajar – manifestações contrárias às práticas de agentes estatais. Sustenta-se que, apesar da objetividade jurídica do crime – a manutenção do prestígio da Administração –, os agentes públicos devem estar sujeitos a maior fiscalização e

censura e que, por isso, não se pode tolher o direito de crítica, ainda que exacerbada. Criminalizar a conduta fere o princípio da proporcionalidade e ignora postulados próprios do Direito Penal como a intervenção mínima e a lesividade. Não bastasse, em grande parte das situações o agente estatal acaba por fazer ele mesmo uma espécie de “juízo preliminar” da caracterização do crime e toma por ofensa uma manifestação que no geral seria interpretada como crítica, provocando constrangimento contra quem se manifestou.

2 - (In)compatibilidade do crime de desacato com a ordem normativa internacional:

No que concerne à legislação internacional, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – à qual o Brasil aderiu por meio do Decreto nº 678/92 – garante, no artigo 13, a liberdade de pensamento e expressão, e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que a legislação de desacato vigente no continente americano contraria os termos da Convenção:

“A ameaça de sofrer punições penais por expressões, sobretudo nos casos em que elas consistissem de opiniões críticas de funcionários ou pessoas públicas, gera um efeito paralisante em quem quer expressar-se, que pode traduzir-se em situações de auto-censura incompatíveis com um sistema democrático. A esta conclusão se chegou pela análise que efetuou a CIDH acerca da compatibilidade das leis de desacato com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em um relatório realizado em 1995. A CIDH concluiu que tais leis não eram compatíveis com a Convenção porque se prestavam ao abuso como um meio para silenciar idéias e opiniões impopulares, reprimindo desse modo o debate que é crítico para o efetivo funcionamento das instituições democráticas. Em consequência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e atitudes dos funcionários públicos no que se relaciona com a função pública. Ademais, as leis de desacato dissuadem as críticas pelo temor das pessoas às ações judiciais ou sanções monetárias. Por estas e outras razões, a CIDH concluiu que as leis de desacato são incompatíveis com a Convenção, e instou aos Estados a que as derrogassem” (Relatório do relator especial para a liberdade de expressão, Eduardo A Bertoni, solicitado pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos em cumprimento da Resolução Ag-Res. 1894 (XXXII-O/02). Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/vol.3m.htm>).

No julgamento do REsp 1.640.084/SP (DJe 01/02/2017), o STJ chegou a considerar o crime de desacato incompatível com a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos:

“Embora a jurisprudência afaste a tipicidade do desacato quando a palavra ou o ato ofensivo resultar de reclamação ou crítica à atuação funcional do agente público (RHC 9.615/RS, Quinta Turma, DJ 25/9/2000), o esforço intelectual de discernir censura de insulto à dignidade da função exercida em nome do Estado é por demais complexo, abrindo espaço para a imposição abusiva do poder punitivo estatal. Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado – personificado em seus agentes – sobre o indivíduo”.

É importante alertar que esta tese, veiculada por uma das Turmas do tribunal, foi logo superada, pois a Terceira Seção, no julgamento do HC 379.269/MS (DJe 30/06/2017), concluiu que o desacato continua sendo crime.

Recentemente, o STF também encampou a tese de que a tipificação do desacato permanece hígida, pois o tratamento conferido à liberdade de expressão pela norma de direito internacional não difere daquele disposto na Constituição Federal. O direito não é absoluto, tanto que o ordenamento constitucional tutela a honra e a intimidade, em face das quais a liberdade de manifestação do pensamento sofre limitações e pode ser objeto de punição no caso de abuso:

“O exercício abusivo das liberdades públicas não se coaduna com o Estado democrático. A ninguém é lícito usar sua liberdade de expressão para ofender a honra alheia. O desacato constitui importante instrumento de preservação da lisura da função pública e, indiretamente, da dignidade de quem a exerce. Não se pode despojar a pessoa de um dos mais delicados valores constitucionais, a dignidade da pessoa humana, em razão do “status” de funcionário público (civil ou militar). A investidura em função pública não constitui renúncia à honra e à dignidade. Nesse aspecto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão responsável pelo julgamento de situações concretas de abusos e violações de direitos humanos, reiteradamente tem decidido contrariamente ao entendimento da Comissão de Direitos Humanos, estabelecendo que o direito penal pode punir condutas excessivas no exercício da liberdade de expressão” (HC 141.949/DF, j. 13/03/2018).

Em resumo, podemos concluir que a tipificação penal da ofensa contra o funcionário público no exercício de suas funções é uma proteção adicional que não impede a liberdade de expressão, desde que exercida sem exageros. E afastar a figura criminosa do desacato não traria mudança significativa nos limites do direito de expressão, pois o exagero poderia de qualquer forma ser punido como injúria majorada. Logo, o esforço para discernir a censura do insulto permaneceria. O importante não é afastar a priori a possibilidade de punição do desacato, mas, mantendo a proteção ao exercício da função pública, exercer o controle sobre eventuais abusos desse exercício.

Noutras palavras, compete ao poder público garantir tanto a punição do exagero do direito de crítica à atividade desempenhada pelo funcionário público quanto a punição do abuso na reação do funcionário diante de uma crítica justa proferida pelo cidadão.

III - Conclusão:

Posto isso, a presente NOTA TÉCNICA expressa posicionamento contrário do Ministério Público do Estado de São Paulo em relação aos aspectos penais do Substitutivo aos Projetos de Lei n. 602, de 2015, e n. 1.143, de 2015.

3 - Tema: Corrupção passiva. Art. 317 do CPC. Expressão "em razão dela". Equiparação a "ato de ofício". Inviabilidade. Ações ou omissões indevidas fora das atribuições formais do funcionário público. Condenação. Possibilidade.

INFORMATIVO 635 STJ- SEXTA TURMA

O crime de corrupção passiva consuma-se ainda que a solicitação ou recebimento de vantagem indevida, ou a aceitação da promessa de tal vantagem, esteja relacionada com atos que formalmente não se inserem nas atribuições do funcionário público, mas que, em razão da função pública, materialmente implicam alguma forma de facilitação da prática da conduta almejada.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

De início, cumpre observar que recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da interpretação do artigo 317 do Código Penal são no sentido de que "se exige, para a configuração do delito (de corrupção passiva), apenas o nexa causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública exercida, sem que necessária a demonstração do mesmo nexa entre a oferta (ou promessa) e o ato de ofício esperado, seja ele lícito ou ilícito" (Voto da Ministra Rosa Weber no Inq 4.506/DF). Com efeito, nem a literalidade do art. 317 do CP, nem sua interpretação sistemática, nem a política criminal adotada pelo legislador parecem legitimar a ideia de que a expressão "em razão dela", presente no tipo de corrupção passiva, deve ser lida no restrito sentido de "ato que está dentro das competências formais do agente". A expressão "ato de ofício" aparece apenas no caput do art. 333 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção ativa, e não no caput do art. 317 do CP, como um elemento normativo do tipo de corrupção passiva. Ao contrário, no que se refere a este último delito, a expressão "ato de ofício" figura apenas na majorante do art. 317, § 1º, do CP e na modalidade privilegiada do § 2º do mesmo dispositivo. Além disso, a desnecessidade de que o ato pretendido esteja no âmbito das atribuições formais do funcionário público fornece uma visão mais coerente e íntegra do sistema jurídico. A um só tempo, são potencializados os propósitos da incriminação – referentes à otimização da proteção da probidade administrativa, seja em aspectos econômicos, seja em aspectos morais – e os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Conclui-se, que o âmbito de aplicação da expressão "em razão dela", contida no art. 317 do CP, não se esgota em atos ou omissões que detenham relação direta e imediata com a competência funcional do agente. Assim, o nexa causal a ser reconhecido é entre a mencionada oferta ou promessa e eventual facilidade ou suscetibilidade usufruível em razão da função pública exercida pelo agente.

PROCESSO: REsp 1.745.410-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Rel. Ac. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 02/10/2018, DJe 23/10/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A corrupção passiva é tipificada no art. 317 do Código Penal nos seguintes termos:

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

Em resumo, na primeira hipótese, a corrupção parte do *intra-neus*; é o próprio funcionário público quem toma a iniciativa da mercancia ao solicitar que a vantagem lhe seja concedida. Já na segunda situação se supõe iniciativa do corruptor, pois receber e dar são ideias correlatas: a primeira depende da segunda. A última hipótese refere-se à aceitação de promessa de uma vantagem indevida. A palavra

“promessa” deve ser entendida na sua acepção vulgar (consentir, anuir). Aqui a iniciativa também é do corruptor (particular que faz a promessa).

De acordo com a maioria da doutrina, a corrupção passiva só existe se houver um nexó entre a vantagem solicitada ou aceita e a atividade exercida pelo funcionário corrupto. Logo, se, não obstante funcionário público, o agente exerce função completamente estranha ao ato em razão do qual recebeu a vantagem ou aceitou a promessa, ou seja, se não é competente para a realização do ato comercializado, não há sentido em falar em crime de corrupção, pois falta ao agente um dos extremos legais constitutivos do tipo, podendo, nessa hipótese, ocorrer exploração de prestígio, estelionato, etc. É neste sentido também a lição de Cleber Masson:

“O art. 317, caput, do Código Penal é taxativo ao determinar que na corrupção passiva a conduta de solicitar ou receber vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem, deve necessariamente ocorrer ‘em razão da função pública’, ou seja, opera-se uma negociação entre a vantagem indevida solicitada, recebida ou prometida e a prática ou a omissão de algum ato de ofício inserido no rol de atribuições do funcionário público. Este raciocínio nos leva às seguintes conclusões:

a) não há corrupção passiva se o ato não é da atribuição do funcionário público que solicitou, recebeu ou aceitou a promessa de vantagem indevida, embora tenha ele assim agido a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função. Nesse caso, estará caracterizado o crime de tráfico de influência (CP, art. 332). Exemplo: o professor de uma escola estadual recebe dinheiro do pai de um aluno envolvido em diversas confusões para influir na decisão do diretor do estabelecimento de ensino, sendo este último o responsável pela condução de procedimento instaurado para apurar as faltas do discente, o qual pode acarretar sua expulsão; (...)”

O STJ, no julgado em comento, afastou o requisito do nexó entre a comercialização do ato e a atribuição do funcionário público para praticá-lo.

No caso discutido na Corte (REsp 1.745.410/SP), dois funcionários públicos que trabalhavam em um aeroporto aceitaram vantagem indevida para facilitar o ingresso irregular de estrangeiro em território nacional, embora não exercessem função de controle imigratório. Para o STJ, tais indivíduos cometeram o crime de corrupção passiva, ainda que sua função não pudesse ser diretamente utilizada para que fosse atingido o propósito do corruptor.

Argumentou-se na decisão que se faz necessária uma mudança de perspectiva para conferir maior possibilidade de punição adequada a atos relativos ao comércio da função pública, o que se faz tanto para prestigiar a probidade administrativa quanto para potencializar os princípios da proporcionalidade e da isonomia. Segundo a ministra Laurita Vaz, a expressão “em razão dela” (ou seja, da função), contida no tipo do art. 317, permite que sejam abrangidos atos indiretamente ligados à função exercida pelo agente:

“Trata-se, a meu ver, de nítida opção legislativa direcionada a ampliar a abrangência da incriminação por corrupção passiva, quando comparada ao tipo de corrupção ativa, a fim de potencializar a proteção ao aspecto moral do bem jurídico protegido, é dizer, a probidade da administração pública.”

Cuida-se, com efeito, de uma mudança de perspectiva, pois a orientação a respeito desta matéria sempre seguiu no sentido de que era imprescindível o nexo entre a conduta do agente público e a realização do ato comercializado. No âmbito do próprio STJ há decisões a respeito:

“1. Para a configuração do crime previsto no artigo 317 do Código Penal exige-se que a solicitação, o recebimento ou a promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício de sua função, ainda que fora dela ou antes de seu início, mostrando-se indispensável, desse modo, a existência de nexo de causalidade entre a conduta do servidor e a realização de ato funcional de sua competência. Precedentes.” (HC 135.142/MS, j. 10/08/2010)

Essas decisões vinham na esteira da orientação do Supremo Tribunal Federal, cujo pleno chegou a rejeitar denúncia que não demonstrava a conexão:

“A denúncia é uma exposição narrativa do crime, na medida em que deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias. Orientação assentada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que o crime sob enfoque não está integralmente descrito se não há na denúncia a indicação de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. Caso em que a aludida peça se ressentia de omissão quanto a essa elementar do tipo penal excogitado. Acusação rejeitada.” (Inq. 785/DF, j. 08/11/95)

E, note-se, embora a recente decisão do STJ traga menção a voto da ministra Rosa Weber para sustentar a nova tese, ainda se vê, no próprio Supremo Tribunal Federal, menções à necessidade de que a conexão seja demonstrada:

“Para a aptidão de imputação de corrupção passiva, não é necessária a descrição de um específico ato de ofício, bastando uma vinculação causal entre as vantagens indevidas e as atribuições do funcionário público, passando este a atuar não mais em prol do interesse público, mas em favor de seus interesses pessoais.” (Inq 4506/DF, j. 17/04/2018) – destacamos

4- Tema: Agravante de Reincidência – Comprovação por folha de antecedentes criminais

STJ- AgRg no REsp 1716998/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 16/05/2018

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REINCIDÊNCIA. DEFICIÊNCIA DAS RAZÕES RECURSAIS. SÚMULA 284/STF.

1. Nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça tem a missão constitucional de uniformizar e interpretar a lei federal, não lhe competindo, em sede de

recurso especial, o revolvimento dos fatos da causa e do processo, à moda de recurso ordinário ou de apelação.

2. O Superior Tribunal de Justiça não é terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada. O recurso especial é recurso excepcional, de fundamentação vinculada, com forma e conteúdo próprios, que se destina a atribuir a adequada interpretação e uniformização da lei federal, e não ao rejugamento da causa porque o sistema jurídico pátrio não acomoda triplo grau de jurisdição.

3. Cabe ao aplicador da lei, na instância ordinária, analisar a existência de provas suficientes para embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, sendo inviável, em sede de recurso especial, rediscutir a suficiência probatória para a condenação. (Súmula 7/STJ)

4. Estando o dispositivo de lei federal apontado como violado dissociado das razões recursais a ele relacionadas, resta impossibilitada a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. (Súmula 284/STF)

5. É assente neste Sodalício o posicionamento de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente à comprovação da existência de maus antecedentes e reincidência, não sendo, pois, imprescindível a apresentação de certidão cartorária.

6. Agravo regimental improvido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A reincidência está definida no art. 63 do CP, que dispõe:

*“Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo **crime**, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por **crime** anterior”.*

Tal dispositivo deve ser complementado pelo artigo 7º da Lei Contravenções Penais: *“Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma **contravenção** depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer **crime**, ou, **no Brasil, por motivo de contravenção**”.*

Assim, podemos dizer que são **pressupostos** da reincidência **(A)** trânsito em julgado de sentença penal condenatória por infração penal anterior e **(B)** cometimento de nova infração penal.

O Brasil adotou o **sistema da temporariedade da reincidência**, anunciando, no art. 64, I, do Código Penal, o seu **período depurador**: “não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação”.

A reincidência, como se sabe, tem **natureza jurídica** de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal.

Percebemos grande parte da doutrina lecionando que a prova da reincidência deve ser feita através de certidão cartorária. Contudo, há algum tempo, o STJ, não sem razão, tem flexibilizado esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

05 de novembro de 2018

1- Ministro nega liminar em HC impetrado pela defesa de Delúbio Soares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

07 de novembro de 2018

2- Mantida ação penal contra médico acusado de homicídio culposo por se ausentar de plantão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

08 de novembro de 2018

3- Ministro anula escutas telefônicas da Operação Fratelli baseadas em fundamentação genérica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Lava-Jato: Mantida execução provisória da pena de João Vaccari Neto

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Plenário nega pedido para suspender efeitos da condenação do senador Acir Gurgacz

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 029

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

Crimes de posse e porte irregular de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido (respectivamente, arts. 12 e 14, ambos da Lei n. 10.826/2003): natureza jurídica.

O art. 12 da Lei 10.826/03 tipifica a conduta de posse irregular de arma de fogo de uso permitido:

“Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa”.

O art. 14, por sua vez, pune o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. E, não obstante a rubrica, diversas outras condutas além do porte podem caracterizar o crime: deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar.

Há quem sustente que a punição pelas condutas subsumidas aos referidos artigos só se justifica diante de uma concreta situação de perigo para a segurança e a paz pública, bens jurídicos tutelados pelo tipo. Por isso, a posse ou porte de arma desmuniçada e a posse ou porte de munição desacompanhada da arma não seriam capazes de caracterizar o delito.

A orientação dominante, no entanto, aponta em sentido diverso, isto é, de que os crimes são de perigo abstrato, dispensando a demonstração de risco efetivo à incolumidade pública:

“1. A decisão agravada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, sedimentada no sentido de que o crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/03 é de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de arma de fogo, acessório ou munição (AgRg no HC 414.581/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 21/3/2018).” (AgRg no AREsp 1.319.859/SP, j. 18/09/2018).

Esse entendimento da Corte Cidadã tem sido prestigiado pelo TJ SP:

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão – Porte ilegal de arma de fogo- Laudo pericial- Constatação da eficácia da arma dispensável

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão -Arma inapta – Irrelevância- Crime de perigo abstrato- Laudo atestando a inaptidão da arma – Desnecessário

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão - Ausência de laudo pericial comprovando a potencialidade lesiva da arma de fogo- Falta de prova da materialidade delitiva- Absolvição.

Aliás, em mais de uma oportunidade, o STF já decidiu que a criação de crime de perigo abstrato não viola a Constituição, significando, na realidade, proteção eficiente do bem jurídico tutelado (HC 104.410/RS).

Essa orientação, contudo, não inviabiliza o reconhecimento do crime impossível. A Terceira Seção do STJ, de forma copiosa, vem decidindo que, demonstrada por laudo pericial a inaptidão da arma de fogo para o disparo, é atípica a conduta de portar ou de possuir arma de fogo, diante da ausência de afetação do bem jurídico incolumidade pública (HC 445.564/SP, j. 15/05/2018).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- TEMA: RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E CONCESSÃO, DE OFÍCIO DE HC PARA TRANCAR O INQUÉRITO POLICIAL- PROVA ILÍCITA- VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO FORA DOS CASOS PERMITIDOS PELA CF.

STJ-HC 439.140/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 11/09/2018

Ementa:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INVASÃO DE DOMICÍLIO PELA POLÍCIA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. O art. 5º, XI, da Constituição Federal consagrou o direito fundamental relativo à inviolabilidade domiciliar, ao dispor que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

2. A inviolabilidade de sua morada é uma das expressões do direito à privacidade do indivíduo, o qual, na companhia de seu grupo familiar, espera ter o seu espaço de intimidade preservado contra devassas indiscriminadas e arbitrárias, perpetradas sem os cuidados e os limites que a excepcionalidade da ressalva a tal franquia constitucional exige.

3. O ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

4. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em residência sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).

5. A ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos, diante da discricionariedade policial na identificação de situações suspeitas relativas à

ocorrência de tráfico de drogas, pode fragilizar e tornar írrito o direito à intimidade e à inviolabilidade domiciliar.

6. Tal compreensão não se traduz, obviamente, em transformar a casa em salvaguarda de criminosos, tampouco um espaço de criminalidade. Há de se convir, no entanto, que só justifica o ingresso na moradia alheia a situação fática emergencial consubstanciadora de flagrante delito, incompatível com o aguardo do momento adequado para, mediante mandado judicial, legitimar a entrada na residência ou local de abrigo.

7. A análise feita na sentença permite concluir que a autoridade policial se dirigiu a local mencionado em notícia anônima e, somente depois de verificar "movimentação estranha" no lugar, é que procedeu à busca e apreensão.

8. A respeito dos motivos que levantaram suspeitas, os policiais relataram que conheciam a rotina dos moradores da localidade e que a residência em questão "geralmente está aberta e com movimentação de pessoas naquele horário", circunstância que, por fugir à normalidade, somada à notícia recebida, ensejou a diligência realizada. Vê-se, portanto, a presença de fundadas razões a justificar a conduta.

9. Para afastar a conclusão das instâncias ordinárias - de que os policiais identificaram situação anormal naquela moradia - seria necessária ampla dilação probatória, incompatível com a via estreita do habeas corpus.

10. Ordem denegada.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A busca domiciliar, como o próprio nome indica, é aquela feita na casa de alguém. Sendo a casa, nos termos de preceito constitucional, o "asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI, da CF), somente nas hipóteses expressamente previstas em lei admite-se o ingresso na casa alheia sem o consentimento do morador, a saber: 1) a qualquer hora, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestação de socorro; 2) fora de tais hipóteses, somente por meio de mandado judicial e durante o dia.

Precedida ou não de mandado, é imprescindível a observância dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juri*. O primeiro deles é de fácil constatação, posto que, regra geral, a demora na tomada da medida acarretará o perecimento da prova, dos vestígios do crime, tudo a recomendar a urgência em seu deferimento. Maior dificuldade é a análise do *fumus boni juris*, que, na hipótese, vem definido na expressão fundadas razões. Seguindo a lição de Ada, Scarance e Magalhães, "é pressuposto essencial da busca que a autoridade, com base em elementos concretos, possa fazer um juízo positivo, embora provisório, da existência de

motivos que possibilitem a diligência. Deve dispor de elementos informativos que lhe façam acreditar estar presente a situação legal legitimadora de sua ação” (As nulidades no processo penal, 1995, p. 147).

De qualquer forma, é sempre uma medida discricionária, cuja apreciação compete à autoridade, a quem caberá julgar a conveniência da diligência, certo que tal poder discricionário não deve confundir-se com arbitrariedade.

Sobre o tema, ver dois importantes acórdãos do TJSP:

Clique [aqui](#) para ter acesso a acórdão do TJSP- Tráfico de drogas e busca e apreensão sem mandado judicial em residência particular- Prova lícita

Clique [aqui](#) para ter acesso a acórdão no mesmo sentido do TJSP

Este tema aqui analisado foi trazido ao CAOCrim pelo Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Neves Coelho.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao Parecer

2- TEMA: PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DELAÇÃO PREMIADA: ilegalidade

STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 12/11/2018

A colaboração do acusado não pode ser judicialmente exigida e é sempre voluntária. Seguindo esse entendimento, o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nefi Cordeiro, concedeu liminar em habeas corpus para revogar as prisões temporárias de dois investigados na “Operação Capitu”, da Polícia Federal, que investiga esquema de corrupção no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), ocorrido em 2014, que supostamente beneficiaria o Grupo J&F.

Neri Geller e Rodrigo Figueiredo, então ministro da Agricultura e secretário de Defesa Agropecuária, respectivamente, foram presos no último dia 9 de novembro, porque os investigados continuariam a ocultar fatos, muito embora aparentemente se comportassem como se estivessem colaborando com a Justiça, assinando acordos de colaboração premiada. Para o juiz, eles estariam “direcionando a atividade policial” para aquilo que lhes interessaria revelar. As prisões foram confirmadas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Ao analisar os pedidos de liberdade, o relator no STJ constatou que houve excesso nas ordens de prisão. “A falta de completude na verdade pode ser causa de rescisão do acordo ou de

proporcional redução dos favores negociados, mas jamais causa de risco ao processo ou à sociedade, a justificar a prisão provisória”.

Nefi Cordeiro explicou que “esconder fatos hoje não significa que se prejudique a colheita de provas, mesmo investigatórias, do limite fático já revelado e criminalmente perseguido”. O ministro lembrou que o crime de quase cinco anos atrás e a indicada destruição de provas, em 2015, não são fatos recentes para justificar a prisão cautelar.

“Ao que parece, prende-se porque não colaborou por completo, mais como punição do que por riscos presentes”, avaliou o relator, ao destacar que não é lícita a prisão, preventiva ou temporária, por descumprimento do acordo de colaboração premiada. “A prisão temporária exige dar-se concretizado risco às investigações de crimes graves e a tanto não serve a omissão de plena colaboração no acordo negociado da delação premial”, concluiu.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Percebam que, no caso em comento, julgado pelo STJ, os colaboradores teriam ocultado informações, não se confundindo com falsidade positiva (fraude). Nesta hipótese (falsidade/fraude), entendemos viável não somente a revogação do acordo de colaboração premiada, mas também a decretação da prisão preventiva do colaborador, sem prejuízo das penas do crime do art. 19 da Lei 12.850/13. É que, em se tratando de colaboração fraudulenta, o pseudo colaborador coloca em risco a instrução criminal, fundamento suficiente da prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CPP.

Não se pode perder de vista que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no HC 127.483/PR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Acórdão publicado no Diário Oficial da Justiça de 4 de fevereiro de 2016, noticiado no Informativo de Jurisprudência n. 796, assentou que a colaboração premiada é veículo de produção probatória, ou seja, meio de obtenção de provas:

“A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”.

DIREITO PENAL:

1-TEMA: Art. 305 do CTB – STF - É constitucional a punição da fuga do local do acidente.

O art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro pune, com detenção de seis meses a um ano, a conduta de afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída.

O dispositivo não estabelece uma espécie de omissão de socorro, tipificada no art. 304 e que visa à preservação da integridade física do ofendido, que, prontamente atendido, terá maior chance de recuperação e menor possibilidade de sofrer consequências mais graves que poderiam decorrer da ausência de socorro. O propósito do art. 305 é forçar o motorista a permanecer no local a fim de não impedir (ou, pelo menos, dificultar), a apuração dos fatos. Conforme bem apanhado por Heleno Cláudio Fragoso, “basicamente o legislador procura, incriminando a fuga, forçar o agente a permanecer no local do fato. O que se observa, porém, é que a fuga do motorista não tem sua objetividade jurídica no interesse da preservação da vida humana ou incolumidade da pessoa, sendo essencialmente incriminada porque perturba a ação da justiça, dificultando o esclarecimento do fato e a efetivação da responsabilidade jurídica (civil e criminal) do causador do acidente”.

Em virtude disso, são inúmeras as vozes que pregam a inconstitucionalidade do tipo penal, pois, se ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), não é razoável que um tipo penal obrigue o motorista a permanecer no local do acidente e contribua para sua própria responsabilização.

De fato, trata-se de uma tipificação excêntrica, que não encontra paralelo em outras situações, muitas vezes mais graves. O homicida não é punido porque foge do local do crime logo após ceifar a vida da vítima; o que comete latrocínio tampouco sofre punição criminal porque foge depois de subtrair os bens e matar a vítima; o estuprador não responde por delito autônomo porque abandona a vítima depois de constrangê-la à prática sexual; nem mesmo quem comete homicídio culposo sofre alguma consequência além da pena cominada ao crime. Em todas estas situações a fuga é empreendida para evitar a responsabilidade penal e, certamente, dificulta a apuração e contraria os interesses da administração da Justiça, mas não ocorreria a nenhuma pessoa sensata criar tipos penais para punir condutas como estas.

Mas há também quem sustente a plena constitucionalidade do tipo penal sob o argumento de que o motorista que permanece no local do acidente não é compelido a produzir provas contra si mesmo. Em nenhum momento da apuração do crime, com efeito, pode ser ele obrigado a praticar qualquer ação que lhe incrimine, nem pode ser obrigado a prestar esclarecimentos, porque a ordem constitucional lhe assegura o direito ao silêncio. O que se pretende é simplesmente a manutenção da sede do acidente para que os órgãos responsáveis possam promover a devida apuração. Manter o local inalterado é imprescindível para a realização de perícias, por exemplo. Como no mais das vezes o motorista foge com o próprio

veículo envolvido no acidente, torna-se impossível o exame técnico completo. Na prática, ocorre uma espécie de fraude processual para impedir a adequada investigação.

Diante da controvérsia, o STF foi provocado a decidir sobre a constitucionalidade do art. 305 do CTB.

No caso julgado (RE 971.959), o motorista foi condenado a oito meses de detenção porque havia colidido com outro veículo e fugiu em seguida. Na apelação, foi absolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que considerou inconstitucional o artigo 305 do CTB, porque a presença obrigatória no local do acidente representaria violação da garantia de não autoincriminação. Diante disso, o Ministério Público interpôs recurso extraordinário para que o Supremo dirimisse a dúvida.

Inicialmente, o ministro Luiz Fux reconheceu a repercussão geral da matéria, no que foi seguido pelos demais:

“A análise da presente controvérsia se faz necessária, máxime em razão de decisões proferidas por diversas Cortes Estaduais no sentido da inconstitucionalidade do preceito em questão, consignando que a simples permanência na cena do crime já seria suficiente para caracterizar ofensa ao direito ao silêncio. Obrigar o condutor a permanecer no local do fato, e com isso fazer prova contra si, afrontaria ainda o disposto no artigo 8º, inciso II, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário.”

No mérito, o tribunal concluiu, por maioria, que o art. 305 do CTB é compatível com a ordem constitucional.

Em síntese, o ministro Luiz Fux argumentou que o tipo penal tutela a administração da Justiça, prejudicada pela fuga e alteração do local do acidente. Embora o princípio da não autoincriminação seja prestigiado pela jurisprudência do STF, trata-se de direito que encontra certas limitações, como, por exemplo, a possibilidade de punição por falsa identidade, ainda que o agente tenha o propósito de defender-se ao ocultar seu nome verdadeiro. Além disso, a obrigatoriedade de permanência no local não impõe ao motorista a participação em diligências de cunho probatório, nem o compele a assumir algum tipo de responsabilidade. Na mesma toada da inexistência de direitos absolutos, a ministra Rosa Weber ponderou que a permanência do condutor no local do acidente facilita sua identificação e a apuração de responsabilidades, e, caso existam vítimas, é algo que incrementa – mesmo que indiretamente, já que este não é o escopo do tipo – a proteção à vida e à integridade física.

O ministro Alexandre de Moraes seguiu o relator destacando a necessidade de medidas enérgicas contra a situação caótica do trânsito brasileiro, cujos acidentes geram dispêndio de

recursos bilionários que poderiam ser destinados a outras áreas que sofrem com a falta de investimentos.

Na mesma linha, o ministro Edson Fachin lembrou a Convenção de Viena sobre Trânsito Viário, à qual o Brasil aderiu em 1981, que estabelece a obrigatoriedade de que o condutor ou qualquer outro usuário da via implicado em acidente de trânsito, caso haja mortos ou feridos, avirta a polícia e permaneça ou volte ao local até a chegada da autoridade incumbida da investigação.

O ministro Barroso apontou que garantir a fuga como exercício do direito à não autoincriminação estimula a irresponsabilidade e a falta de solidariedade, algo com o que o Estado não pode compactuar.

Por fim, os ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia consideraram inexistir ofensa à Constituição Federal. A punição, segundo eles, não é irrazoável nem desproporcional, pois baseada em circunstâncias concretas que a justificam. Além disso, “A presença do condutor no local do acidente, por si só, não significa qualquer autoincriminação e pode até constituir um meio de autodefesa, na medida em que constitui uma oportunidade para esclarecer as circunstâncias do acidente que, eventualmente, podem militar a seu favor”. E, em casos específicos nos quais o condutor sofra risco de agressões ou mesmo em que tenha ele próprio sofrido lesões no acidente, e por isso seja obrigado a deixar o local, a punição pode ser afastada pela exclusão da ilicitude (estado de necessidade).

A divergência ficou por conta dos Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Dias Toffoli, todos na linha de que o direito à não autoincriminação é abrangente e envolve não só o direito ao silêncio, mas também o de não contribuir de nenhuma forma para a produção de provas que prejudiquem o próprio agente:

“Não calha aqui o argumento de que, permanecendo em silêncio, não estaria a produzir prova contra si. A comprovação da conduta criminosa pressupõe a configuração de autoria e de materialidade, e a permanência do imputado no local do crime inquestionavelmente contribui para a comprovação da autoria, assentando o seu envolvimento com o fato em análise potencialmente criminoso”.

Além disso, é desproporcional, em relação a crimes mais graves, punir alguém pela simples fuga do local do acidente.

Mas, diante da maioria formada pela constitucionalidade do dispositivo, firmou-se a seguinte tese de repercussão geral:

“A regra que prevê o crime do artigo 305 do CTB é constitucional posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e as hipóteses de exclusão de tipicidade e de antijuridicidade”.

A tese vencedora foi sustentada oralmente pelo Procurador-Geral de Justiça de SP, perante a Corte, tendo o Ministério Público de São Paulo ingressado no feito como “amicus curiae”.

2- TEMA: ART 366 CPP- PRAZO PRESCRICIONAL QUE VOLTA A FLUIR APÓS O PERÍODO DE SUSPENSÃO - AFASTADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.777.304 - SP

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ABORTO PROVOCADO PELA GESTANTE. ART. 124 DO CP. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO. ART. 366 DO CPP. PRAZO PRESCRICIONAL QUE VOLTA A FLUIR APÓS O PERÍODO DE SUSPENSÃO. PRECEDENTES. NÃO TRANSCORRIDO O PERÍODO DE 8 ANOS. AFASTADA A PRESCRIÇÃO.

Recurso especial provido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Uma vez determinada a suspensão do processo, porque o réu, citado por edital, não compareceu e nem constituiu defensor, deve ser suspenso, também, o prazo prescricional. Seria mesmo demasiado que o réu, nessas condições, já beneficiado com a suspensão do processo (e, portanto, imune à eventual condenação), ainda contasse com a possibilidade de ver sua punibilidade extinta pela prescrição da pretensão punitiva. Haveria, assim – em que pese a possibilidade de decretação da prisão preventiva – inegável estímulo à fuga, criando-se uma situação de impunidade incompatível com o Direito. Como alertou Damásio de Jesus, quando da entrada em vigor da nova redação do art. 366 do CPP (que prevê a suspensão do prazo prescricional para o réu citado por edital), “é necessário tocar o sino dos dois lados para se saber onde está desafinado, se na parte da acusação ou da defesa” (Notas ao art. 366 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei nº 9271/96, Boletim IBCCrim nº 42, edição especial, junho de 1996).

Debate aguerrido foi travado referente ao período pelo qual deveria permanecer suspenso o prazo prescricional. Alguns defendiam que a suspensão deveria ocorrer por prazo indeterminado. O STF chegou a adotar esse posicionamento, mas logo abandonou, posto que, se aceito, criaria uma situação de imprescritibilidade, não prevista na Constituição.

Pensou-se na possibilidade de se tomar o prazo máximo de prescrição, independentemente da infração penal em tese perpetrada pelo réu, ou seja, aquele de vinte anos, previsto no art. 109, inc. I do Código Penal.

Prevaleceu, contudo, a tese de que o período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada. Nesse sentido, inclusive, temos a Súmula 415 do STJ.

3-TEMA: CONDENAÇÃO CRIMINAL- SUSPENSÃO DE DIREITOS POLÍTICOS

STF- RE 1121434, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 08/11/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 09/11/2018 PUBLIC 12/11/2018

Decisão: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afastou a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação criminal sob o fundamento de que a medida exige motivação expressa e específica (eDOC.1, p. 220). Não foram opostos embargos de declaração. No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, aponta-se ofensa aos art. 15, III, da Constituição Federal. Sustenta, em síntese, que “o preceito contido no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, é autoaplicável, não exigindo qualquer complementação ou justificativa, encontrando seu fundamento no próprio Texto Maior” (eDOC.1, p. 231). É o relatório. 2. A irrisignação merece prosperar. A tese defendida encontra respaldo na jurisprudência desta Corte na compreensão de que a suspensão de direitos políticos decorrente de sentença penal condenatória transitada em julgado encontra-se prevista em dispositivo autoaplicável (art. 15, III, CF) e é medida automática derivada da formação da coisa julgada. O Supremo Tribunal Federal assentou essa compreensão em inúmeras Ações Penais originárias – determinando a suspensão de direitos políticos por aplicação do art. 15, III, CF – e na esfera recursal, tanto pelo debate direto do tema quanto em casos análogos que se ancoraram em idêntica premissa. Nesse sentido: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. ART. 15, INC. III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. RECURSO PROVIDO (RE 660.776, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe 05.02.2014) Agravo que se nega provimento, visto achar conforme, o acórdão recorrido, com a orientação do Plenário Supremo Tribunal, no sentido da automaticidade dos efeitos condenação criminal, em face do

art. 15, III, da Constituição 179.502, DJ DE 8-9-85 [rectius: 8-9-95]). (AI 185371 AgR, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 27.08.1996, DJe 30.05.1997) EMENTA: - Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. - Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179502, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31.05.1995, DJ 08.09.1995) 3. Ante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do art. 21 do RISTF, para o fim de reformar o acórdão recorrido e restabelecer a suspensão dos direitos políticos do condenado. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 08 de novembro de 2018. Ministro Edson Fachin Relator Documento assinado digitalmente

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Estabelece a CF (art. 15): “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) III – condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos”.

Prevalece que a condenação definitiva, não importando crime, quantidade ou tipo de pena, suspende a capacidade ativa do reeducando enquanto durarem os seus efeitos. Nesse sentido, aliás, o art. 18 da Resolução 113 do CNJ:

“O juiz do processo de conhecimento expedirá ofícios ao Tribunal Regional Eleitoral com jurisdição sobre o domicílio eleitoral do apenado para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal”.

Percebam que a norma constitucional é autoaplicável, não exigindo qualquer complementação ou justificativa por parte do magistrado.

Entretanto, alertamos que o STF admitiu que “possui repercussão geral a controvérsia sobre a suspensão de direitos políticos no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos” (RE 601182 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, j 03/03/2011), causa pendente de julgamento.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

13 de novembro de 2018

1- 1ª Turma autoriza extradição de acusados do sequestro e do homicídio de filha de ex-presidente do Paraguai

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

12 de novembro de 2018

2- Ministro estende a Joesley Batista efeitos de decisão que libertou investigados na Operação Capitu

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 030

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

TEMA: HOMICÍDIO FUNCIONAL: natureza jurídica da qualificadora (objetiva ou subjetiva?)

A Lei 13.142/15 alterou o § 2º do art. 121 para nele inserir o inciso VII, que qualifica o homicídio se cometido contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até 3º. grau, em razão dessa condição. A justificativa apresentada pelo Congresso para aprovar a novel Lei pode assim ser resumida: tentar prevenir ou diminuir crimes contra pessoas que atuam na área de segurança pública, pessoas que atuam no front no combate à criminalidade. A mudança, de acordo com a Casa de Leis, é crucial para fortalecer o Estado Democrático de Direito e as instituições legalmente constituídas para combater o crime, em especial o organizado, o qual planeja criar pânico e o descontrole social, quando um ator do combate à criminalidade é vítima de homicídio.

O inciso VII é a única dentre as qualificadoras do homicídio que não tem correspondente agravante no art. 61 do Código Penal. Normalmente, quando alguém comete um homicídio com a incidência de mais de uma qualificadora, sustenta-se que uma delas sirva para qualificar o delito e as demais sejam consideradas na segunda fase de aplicação da pena. Se, no entanto, em conjunto com a qualificadora do inciso VII incidir outra, utilizada pelo juiz para qualificar o delito, o fato de o sujeito ativo ter matado agente de segurança pública deverá ser considerado na aplicação da pena base (circunstâncias do crime).

Alertamos que há três correntes a respeito da natureza da qualificadora:

(A) é objetiva, pois não se trata de motivação, isto é, não se exige que o homicídio ocorra em razão da condição da vítima. Considera-se objetivamente que a vítima é ligada ao exercício da segurança pública ou a quem a exerce.

(B) é subjetiva, pois a ligação da vítima com a segurança pública, tanto diretamente quanto pelo parentesco com quem exerce função na área, é o que fundamenta o homicídio e é o móvel do criminoso, que só mata porque se trata de alguém nesta condição, normalmente para demonstrar menosprezo, para criar sensação de insegurança no meio social ou para intimidar;

(C) é objetiva quando se trata de homicídio contra agente de segurança no exercício da função e subjetiva quando o homicídio ocorre em decorrência da função ou em razão da condição de cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau de quem exerce função na segurança pública.

A nosso ver, entendemos assistir razão àqueles que lecionam cuidar-se de natureza mista. Tratando-se de agente de segurança no exercício da função, a lei não pressupõe nenhuma motivação especial, não exige que o homicídio ocorra em virtude da condição da vítima, bastando que ela esteja exercendo sua atividade. Já nas situações em que o homicídio ocorre em decorrência da função ou contra familiares de quem exerce função de segurança pública a qualificadora é subjetiva, pois das expressões

“em decorrência” e “em razão” não é possível desvincular a motivação especial, o fato de que o homicídio ocorre em virtude da condição da vítima.

Na situação em que a qualificadora é subjetiva não há possibilidade de coexistência de circunstâncias que privilegiam o homicídio. Efetivamente, não se pode imaginar a possibilidade de que alguém mate um agente de segurança pública em decorrência da função, ou mesmo que mate um familiar desse agente em razão da condição de parentesco, e o faça por motivo de relevante valor social ou moral. É impensável que este homicídio seja movido pela manutenção dos interesses da coletividade (aliás, é bem o oposto) ou por sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão.

Tampouco se vislumbra a possibilidade de que alguém cometa o homicídio ao mesmo tempo movido pela condição da vítima e sob domínio de violenta emoção logo em seguida a injusta provocação.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- TEMA: CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI E EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

INFORMATIVO 922 STF- PRIMEIRA TURMA

Nas condenações pelo tribunal do júri não é necessário aguardar julgamento de recurso em segundo grau de jurisdição para a execução da pena.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, não conheceu da impetração de habeas corpus e revogou liminar que suspendia a execução da pena privativa de liberdade.

O paciente foi condenado pelo tribunal do júri a doze anos, cinco meses e dez dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela tentativa de homicídio qualificado. O Conselho de Sentença, porém, o absolveu da imputação do delito de homicídio consumado.

Em sede de apelação, o tribunal de justiça afastou a redução de 2/3 da pena e estabeleceu o patamar de 1/3 para cada uma das condenações, fixando a pena definitiva em dezenove anos, cinco meses e dez dias de reclusão. Determinou a realização de novo júri no tocante à absolvição do crime de homicídio, bem como o início da execução provisória da pena, reportando-se ao decidido, pelo Supremo, no exame do HC 126.292.

A defesa argumentou que a execução da pena dependeria de novo julgamento pelo tribunal do júri e que fundamentar a decisão exclusivamente no entendimento firmado no HC 126.292 ofenderia o princípio da fundamentação das decisões jurídicas, previsto no art. 93, IX, da CF (1).

A Turma asseverou que as decisões do tribunal do júri são soberanas. Por isso, o tribunal de justiça pode, eventualmente, anulá-las, mas não pode substituí-las.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que concedeu a ordem e rejeitou a preliminar de inadequação de habeas corpus.

(1) CF: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”

HC 140449/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 6.11.2018. (HC-140449).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Como se sabe, no julgamento do HC 126.292/SP e de cautelares nas ADC 43 e 44 o STF considerou possível o início da execução da pena após o recurso em segunda instância. Ao artigo 283 do CPP foi conferida interpretação para afastar aquela segundo a qual o dispositivo legal obstaría o início da execução da pena assim que esgotadas as instâncias ordinárias, tendo o tribunal autorizado o encarceramento após o exaurimento da análise fático-probatória.

Considerou-se, em síntese, que a prisão após a apreciação de recurso pela segunda instância não desobedece a postulados constitucionais – nem mesmo ao da presunção de inocência – porque, a essa altura, o agente teve plena oportunidade de se defender por meio do devido processo legal desde a primeira instância. Uma vez julgada a apelação e estabelecida a condenação (situação que gera inclusive a suspensão dos direitos políticos em virtude das disposições da LC nº 135/2010), exaure-se a possibilidade de discutir o fato e a prova, razão pela qual a presunção se inverte. Não é possível, após o pronunciamento do órgão colegiado, que o princípio da presunção de inocência seja utilizado como instrumento para obstar indefinidamente a execução penal. Considerou-se, ainda, a respeito da possibilidade de que haja equívoco inclusive no julgamento de segunda instância, que há as medidas cautelares e o habeas corpus, expedientes aptos a fazer cessar eventual constrangimento ilegal. É certo que, desde então, algumas decisões têm mitigado essa autorização para o cumprimento antecipado da pena, como no caso do impedimento à execução provisória de penas restritivas de direitos e, em alguns casos, do condicionamento da execução de penas privativas de liberdade ao julgamento de recurso especial pelo STJ (Recl. 30.008/PR). Mas, no geral, não se determina mais o aguardo do trânsito em julgado de penas privativas de liberdade.

Agora o tribunal foi além. Por maioria da Primeira Turma, adotou proposta que havia sido feita pelo ministro Luiz Roberto Barroso nos julgamentos originais: **a condenação pelo Tribunal do Júri é considerada condenação por órgão colegiado e, dada a soberania que caracteriza os vereditos, dispensa-se que se aguarde o julgamento de recurso pela segunda instância:**

“(…) Aliás, duas outras conclusões podem ser extraídas deste caso: (i) a primeira: a condenação pelo Tribunal do Júri em razão de crime doloso contra a vida deve ser executada imediatamente, como decorrência natural da competência soberana do júri conferida pelo art. 5º, XXXVIII, d; (ii) a segunda: confirmada a decisão de pronúncia pelo Tribunal de 2º grau, o júri pode ser realizado. (...)” (trecho do voto nas ADC 43 e 44)

Com esse fundamento, o tribunal não conheceu da impetração e revogou liminar que havia sido concedida para impedir a execução da pena privativa de liberdade.

2- TEMA: APELAÇÃO- INCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SEM INCREMENTO DA PENA E “REFORMATIO IN PEJUS”

INFORMATIVO 922 STF- PRIMEIRA TURMA

Não viola o princípio da proibição da *reformatio in pejus* a reavaliação das circunstâncias judiciais em recurso de apelação penal, no âmbito do efeito devolutivo, desde que essa não incorra em aumento de pena.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, denegou a ordem de habeas corpus.

No julgamento em primeira instância, a pena-base foi fixada em dois anos e seis meses acima do mínimo legal devido à avaliação de três circunstâncias negativas: antecedentes, consequências do crime e culpabilidade.

O tribunal de justiça local, ao reavaliar as circunstâncias em face de apelação defensiva, retirou a relativa aos antecedentes, por falta de sentença transitada em julgado; acrescentou fundamentação, antes omissa, às consequências do crime; reafirmou a culpabilidade; e incluiu um terceiro fator, circunstâncias do crime, não mencionado anteriormente. Dessa forma, manteve a pena-base.

A defesa aduziu a ausência de embasamento fático em relação aos aspectos culpabilidade e consequências do crime e afirmou o caráter desfavorável da reanálise da sentença ao réu, apesar da não alteração da pena (Informativo 877).

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que concedeu a ordem. Ressaltou a impossibilidade de decisão prejudicial ao réu em recurso da defesa e, por conseguinte, a incoerência quanto à substituição das circunstâncias judiciais.

HC 126457/PA, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 6.11.2018. (HC 126457/PA)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O sistema recursal no processo penal consagra o princípio denominado *non reformatio in pejus*. Por este princípio, a parte que recorreu não pode ter sua situação agravada no julgamento da insurgência. Trata-se de consequência advinda do princípio da personalidade, pelo qual somente o recorrente pode se beneficiar do julgamento, cujos efeitos não aproveitam a parte que não exerceu essa faculdade. A razão é óbvia: todo recorrente almeja ver melhorada sua situação. Se ao invés disso, além de negar provimento ao recurso, pudesse o tribunal, em acréscimo, prejudicar a situação do recorrente, não haveria qualquer incentivo em se recorrer, violando-se, assim, o princípio constitucional da ampla defesa. Além disso, estaria o tribunal agindo de ofício – em afronta ao *ne procedat iudex ex officio* e ao *tantum devolutum quantum appellatum* – ao apreciar questão (aumento da pena, por exemplo) sem que houvesse sido objeto de recurso, subvertendo, com isso, o sistema acusatório.

É por isso que o art. 617 do CPP estabelece expressamente a impossibilidade de se reformar a decisão para pior, em prejuízo do réu, quando somente ele recorreu. Assim, imaginemos a situação em que o réu é condenado pela prática de um roubo majorado pelo emprego de arma de fogo à pena de quatro anos de reclusão. Não pode o tribunal, ao julgar a apelação do réu, negar provimento ao recurso e, demais disso, aplicar a pena correta que seria de aproximadamente cinco anos e três meses. A única maneira de corrigir o equívoco seria por meio de apelação do Ministério Público no tocante à aplicação da pena. Aí sim o tribunal negaria provimento ao recurso do réu, mantendo a condenação, e acolheria o recurso do parquet, aplicando a pena correta.

Em recente julgamento (HC 126.457/PA, j. 06/11/2018), o STF afastou a ocorrência da reforma prejudicial na situação em que o Tribunal de Justiça acolheu o fundamento do recurso do réu para afastar uma circunstância que havia aumentado a pena, mas, ao mesmo tempo, fez incidir outra circunstância, até então não aventada, para manter o quantum da pena aplicada na sentença condenatória.

No caso, o impetrante havia sido condenado à pena de dois anos e seis meses de reclusão – acima do mínimo legal – em razão de três circunstâncias: maus antecedentes, consequências do crime e culpabilidade.

A defesa recorreu e, ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça afastou os maus antecedentes em virtude da inexistência de sentença transitada em julgado, agregou outras referências, antes inexistentes, sobre as consequências da infração penal cometida e incluiu como fator justificante do aumento da pena-base as circunstâncias do crime, mantendo portanto a pena aplicada pelo juiz de primeira instância.

No habeas corpus a defesa sustentou que a inserção de nova circunstância contra o agente, sem que se baseasse em recurso do órgão acusatório, era-lhe desfavorável, ainda que não tenha alterado a reprimenda.

O ministro Marco Aurélio – relator – votou pela concessão da ordem por considerar que a decisão de segunda instância prejudicou o réu em recurso exclusivo da defesa, contrariando assim o aludido princípio recursal. Mas os demais integrantes da Primeira Turma afastaram a ilegalidade sob o fundamento de que, no caso, para a análise da reformatio in pejus importa o resultado do julgamento – que não aumentou a pena –, não a fundamentação de que lançaram mão os julgadores.

3- TEMA: COLABORAÇÃO PREMIADA E TERMO DE COMPARTILHAMENTO

INFORMATIVO 922 STF- SEGUNDA TURMA

Não há óbice ao compartilhamento de delação premiada desde que haja delimitação dos fatos.

Com base nesse entendimento, a Segunda Turma negou provimento a agravo regimental em que se discutia a possibilidade de compartilhamento de delação premiada entre o Ministério Público Federal (MPF) e o estadual.

O Ministério Público estadual requereu acesso aos termos de depoimento de colaborador para fins de apuração de eventual prática de ato de improbidade administrativa por parte de agente público.

O MPF, por outro lado, sustentou a superveniente incompetência do Supremo Tribunal Federal (STF) para deliberar sobre as pretensões que envolvam o compartilhamento de provas já remetidas a outras instâncias do Poder Judiciário.

A Turma entendeu que remanesce a competência do juízo homologador do acordo de colaboração premiada para deliberação acerca de pretensões que envolvam o compartilhamento de termos de depoimento prestados pelo colaborador, ainda que haja remessa a outros órgãos do Poder Judiciário.

Salientou ser pacífica a jurisprudência no sentido de se admitir, em procedimentos administrativos, o empréstimo de prova do processo penal, bem como para subsidiar apurações de cunho disciplinar.

Por fim, afirmou que, reconhecidas as delimitações consubstanciadas, no caso, pelo termo de depoimento, não há causa impeditiva ao compartilhamento requerido.

PET 7065/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 30.10.2018. (PET-7065)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Na prática, não raras vezes, as partes envolvidas no acordo de colaboração premiada ajustam, dentre outros tantos aspectos, o que segue:

“O Ministério Público Federal/Estadual obriga-se a não “compartilhar/emprestar” o material probatório derivado do acordo de colaboração premiada, com o Ministério Público Estadual/Federal de outras comarcas ou seções judiciárias, bem assim com outros órgãos de controle, **senão mediante a adesão expressa dos termos/prêmios acordados**”.

Referida cláusula foi prestigiada pela Corte Maior. O Ministro Celso de Mello, por todos, asseverou que, embora viável sob a perspectiva jurídica, “o compartilhamento de provas impõe que se observem limites, principalmente aqueles estabelecidos consensualmente no acordo de colaboração premiada ou de leniência em relação a todos os que participaram de sua formalização”.

Afigura-se importante concluir: **a)** o compartilhamento das provas obtidas com o termo de colaboração premiada deve ser autorizado e é devido, mormente porque normalmente o crime

cometido por organização criminosa interessa a mais de uma localidade, dada as características da atuação desse fenômeno; **b)** uma vez ocorrido o compartilhamento, independentemente do órgão de controle que passará a conhecer (e utilizar) as provas fornecidas pelo colaborador, terá de, em relação a ele, aplicar, de forma compatível ao acordo, os prêmios fixados no contrato de cooperação premiada, sob pena de violação de direitos, garantias e princípios (boa-fé objetiva, segurança jurídica, proibição de produzir prova contra si mesmo etc).

DIREITO PENAL:

1-TEMA: Ameaças de ex-namorado à mulher via facebook. Crime à distância. Internacionalidade configurada. Pedido de medidas protetivas de urgência ao Poder Judiciário brasileiro. Lei Maria da Penha. Concretude às convenções internacionais firmadas pelo Brasil. Competência da justiça Federal.

INFORMATIVO 636 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

Compete à Justiça Federal apreciar o pedido de medida protetiva de urgência decorrente de crime de ameaça contra a mulher cometido, por meio de rede social de grande alcance, quando iniciado no estrangeiro e o seu resultado ocorrer no Brasil.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Inicialmente, cumpre salientar que, segundo o art. 109, V, da Constituição Federal, aos juízes federais compete processar e julgar "os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente". Encontrando-se o suposto autor das ameaças em território estrangeiro, uma vez que não se tem notícia do seu ingresso no país, tem-se um possível crime à distância, tendo em vista que as ameaças foram praticadas nos EUA, mas a suposta vítima teria tomado conhecimento do seu teor no Brasil. Observe-se que, de fato, não se tem, propriamente, crime previsto em tratado ou convenção internacional. Isto porque, embora o Brasil seja signatário de acordos internacionais que asseguram os direitos das mulheres, tais convenções não descrevem tipos penais. Em outras palavras, referidas convenções apenas apresentam conceitos e recomendações sobre a erradicação de qualquer forma de discriminação e violência contra as mulheres. Entretanto, em situação semelhante ao caso concreto, o argumento de ausência de tipificação em convenção internacional foi derrubado pelo Supremo quando da análise de crimes de pedofilia na Internet (RE 628.624). Segundo a tese vencedora, o Estatuto da Criança e do Adolescente é produto de tratado e convenção internacional subscritos pelo Brasil. Dessarte, à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, embora as convenções internacionais firmadas pelo Brasil não tipifiquem ameaças à mulher, a Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas, veio concretizar o dever assumido pelo Estado Brasileiro de proteção à mulher. Assim, é evidente a internacionalidade das ameaças que tiveram início nos EUA, por meio de rede social de grande alcance, o que resulta na competência da Justiça Federal.

PROCESSO: CC 150.712-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, por unanimidade, julgado em 10/10/2018, DJe 19/10/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O critério geral adotado pelo nosso ordenamento penal é o de que a lei penal brasileira vale dentro do território nacional (físico e jurídico), sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional. No entanto, em casos excepcionais, a nossa lei poderá extrapolar os limites do território, alcançando crimes cometidos exclusivamente no estrangeiro, fenômeno denominado extraterritorialidade. O Código Penal, no art. 7º, incs. I e II e § 3º, anuncia quais crimes ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro. Os casos do inciso I são de extraterritorialidade incondicionada, aplicando-se a lei brasileira independentemente de qualquer requisito, ao passo que as situações do item II são de extraterritorialidade condicionada, em que se faz necessário o concurso de condições para que a lei brasileira seja aplicada, e a do § 3º é hipercondicionada, demandando, além do cumprimento das mesmas condições aplicáveis ao inciso II, que não tenha sido pedida ou tenha sido negada a extradição e que tenha havido requisição do Ministro da Justiça.

Verificado um crime cometido no estrangeiro e identificada a extraterritorialidade da lei brasileira, é preciso apontar o órgão jurisdicional competente para julgamento no Brasil.

Imaginemos que André, brasileiro residente nos Estados Unidos, furete um cidadão americano e se evada para o Brasil antes mesmo de que o crime seja comunicado às autoridades daquele país. A lei brasileira alcança este fato, pois se trata de crime praticado por brasileiro e as condições estabelecidas para a extraterritorialidade estão preenchidas: o agente ingressou no Brasil; o furto é crime também nos Estados Unidos e se inclui entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; e André fugiu antes do início do processo, sem notícia de perdão ou causa extintiva da punibilidade.

Neste caso, de acordo com a orientação adotada pelo STJ, André será processado e julgado no Brasil pela Justiça Estadual, pois não incide nenhuma das hipóteses específicas de competência da Justiça Federal (art. 109, CF/88):

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL QUE APURA CRIME DE FURTO PERPETRADO POR BRASILEIRO, CONTRA VÍTIMA BRASILEIRA, AMBOS RESIDENTES NO JAPÃO. ITER CRIMINIS INTEGRALMENTE OCORRIDO NO EXTERIOR. REGRESSO DO AGENTE AO PAÍS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Aplica-se a extraterritorialidade prevista no art. 7.º, inciso II, alínea b, e § 2.º, alínea a, do Código Penal, se o crime foi praticado por brasileiro no estrangeiro e, posteriormente, o agente ingressou em território nacional. 2. Nos termos do art. 88 do Código de Processo Penal, sendo a cidade de São Paulo/SP o último domicílio do indiciado, é patente a competência do Juízo da Capital do Estado de São Paulo. 3. Afasta-se a competência da Justiça Federal, tendo em vista a inexistência de qualquer hipótese prevista no art. 109 da Carta da República, principalmente, porque todo o iter criminis ocorreu no estrangeiro. 4. Conflito conhecido para declarar

a competência do Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo” (CC 115.375/SP, j. 26/10/2011).

Há, todavia, situações em que o interesse da União pode se fazer presente em virtude de acordos, tratados ou convenções subscritos pelo nosso país (art. 109, V, CF/88). É o caso do julgado em comento.

2- TEMA: ESTUPRO DE VULNERÁVEL- CONSETIMENTO DA VÍTIMA- IRRELEVÂNCIA

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.771.917 - SP

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Pune-se no tipo do estupro de vulnerável o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima com menos de 14 anos (caput) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência (§ 1º) – pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

Antes da entrada em vigor da Lei 12.015/09, o Código Penal considerava, pelo disposto no art. 224, presumidamente violenta a relação sexual com menor de quatorze anos. Havia, então, extenso debate a respeito da natureza da presunção, isto é, se relativa ou absoluta. Uma primeira corrente sustentava a necessidade de apurar, concretamente, a incapacidade do menor para o consentimento, enquanto outra, majoritária, defendia a aplicação absoluta da regra relativa à idade.

Com a edição da Lei 12.015/09, revogou-se o art. 224 do Código Penal e a regra da presunção de violência deixou de ser aplicada. A mesma lei incluiu no Código o art. 217-A, que, sem mencionar presunção de nenhuma ordem, pune, no caput, a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos.

A clara disposição legal, no entanto, não foi capaz de impedir a continuidade do debate a respeito da presunção, agora de vulnerabilidade. Afirma, por exemplo, Guilherme de Souza Nucci: “Agora, subsumida na figura da vulnerabilidade, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento

para a prática do ato sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto –, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real”.

Prevalece, no entanto, tese diversa. Leciona a maioria da doutrina não haver espaço para discussão a respeito da presunção de vulnerabilidade, pois a lei nada presume. Sua redação é clara e inequívoca: proíbe-se a relação sexual com menor de quatorze anos. Foi este o manifesto propósito do legislador com a revogação do art. 224 – este sim expresso sobre a presunção de violência. Fosse para se perpetuar o debate, seria evidentemente desnecessária qualquer alteração. Tanto é assim que a justificativa do projeto que originou a Lei 12.015/09 foi emitida nos seguintes termos: “Esse artigo [217-A], que tipifica o estupro de vulneráveis, substitui o atual regime de presunção de violência contra criança ou adolescente menor de 14 anos, previsto no art. 224 do Código Penal. Apesar de poder a CPMI advogar que é absoluta a presunção de violência de que trata o art. 224, não é esse o entendimento em muitos julgados. O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes com idade até 14 anos, mas também a pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática” – grifamos.

Nos últimos anos, o STJ julgou incontáveis casos nos quais se discutia a necessidade de apurar concretamente a capacidade de consentimento da vítima. A Terceira Seção do tribunal firmou o entendimento no sentido de afastar pretensões para essa apuração concreta, como se extrai do seguinte julgado: “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” ([REsp 1.480.881/PI](#), Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10/9/2015).

E vinha reiterando a orientação de dispensa de qualquer apuração a respeito da capacidade de consentimento, referindo-se, aliás, tanto à lei anterior quanto à atual:

“1. Sob a normativa anterior à Lei n. 12.015/2009, que introduziu o art. 217-A no CPB, 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. 2. Em qualquer hipótese (anterior ou posterior à Lei n. 12.015/2009), o consentimento da vítima menor impúbere não tem relevância para infirmar a prática do crime de

estupro. A questão, antes tratada como presunção legal, passou a integrar o próprio tipo penal (estupro contra vulnerável)” ([AgRg nos EREsp 1.577.738/MS](#), DJe 02/10/2017).

Para dirimir definitivamente qualquer controvérsia que pudesse ter restado, a Terceira Seção do tribunal aprovou a súmula 593, na qual estabelece expressamente que não só o consentimento é irrelevante, mas também que não de ser desconsiderados a experiência sexual anterior e a existência de relacionamento amoroso com o autor do crime.

Agora, com a Lei 13.718/18, a tese estampada na citada Súmula foi positivada no §5º. do art. 217-A do CP.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

21 de novembro de 2018

1- Ministro fixa medidas cautelares alternativas a investigados na Operação Ouro de Ofir

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Mantida prisão de ex-prefeito condenado de Embu-Guaçu (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Plenário começa a analisar ação contra o decreto presidencial de 2017 que concede indulto natalino

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

22 de novembro de 2018

4- Mantida prisão preventiva de acusado de assaltos a bancos e carros-fortes no Ceará

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

21 de novembro de 2018

5- Corte Especial: desembargador não poderá ser julgado por juiz vinculado ao mesmo tribunal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia.

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 031

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

Mensagens contidas em telefone celular apreendido. Limites à investigação criminal.

Em um mundo conectado à velocidade das fibras ópticas, a forma como as pessoas se comunicam foi transformada, de modo que as correspondências por meio de mensagens (escritas ou não), há pouco tempo relegada a terceiro plano pela comunicação telefônica, voltou a ser a grande preferência. Esse fenômeno foi impulsionado pelos avanços tecnológicos dos aparelhos telefônicos móveis que executam sistema operacional equivalentes a computadores e permitem acesso à rede mundial de computadores, bem como a troca de mensagens em tempo real. A forma de se corresponder, portanto, mudou. Os serviços postais e as cartas deram lugar à transmissão on line e aplicativos que enviam, recebem e armazenam as mensagens trocadas entre os cidadãos. Essas novas tecnologias vestíveis, que imprimem mudanças no comportamento humano, desafiam a tipificação de algumas condutas ante a legislação penal vigente, que muitas vezes não acompanha a evolução da modernidade. Coloca-se, então, a seguinte questão: comete o crime de atentado ao sigilo das correspondências em tela a autoridade que realiza buscas nas mensagens correspondidas, isto é, remetidas e recebidas, contidas em aparelho de telefone móvel (celular)? Renee de Souza, promotor de Justiça do Mato Grosso, na obra LEIS PENAIIS ESPECIAIS, publicada pela Ed. Juspodivm (pp 261-264), explica a questão dividindo a análise em duas situações distintas: celular não apreendido e celular apreendido pela autoridade pública.

No caso do aparelho de celular não apreendido, isto é, caso a autoridade pública busque obter as correspondências contidas em um celular de que não tenha a posse, mediante, por exemplo, a instalação de um software capaz de realizar transferência de arquivos, ela deve representar por um mandado judicial para tanto, sob pena de atentar contra a inviolabilidade de correspondência. Nesse caso, o próprio art. 7º, III, da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) assegura ao usuário o direito à inviolabilidade e ao sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial^[1].

Ao contrário, no caso de buscas realizadas em um aparelho celular apreendido licitamente, não haverá crime de atentado ao sigilo de correspondência. Insta inicialmente esclarecer que inexistente, nesses casos, sigilo telefônico propriamente dito protegido pelo artigo 5º, XII, da Constituição, que se refere à comunicação em si, e não aos dados já armazenados. Essa norma e a Lei 9.296/1996 resguardam as conversas ocorridas em tempo real, não as que aconteceram no passado.

Partindo desse ponto, registre-se que a apreensão de objetos pela autoridade pública, em meio a uma atividade oficial e legítima, autoriza que eles sejam analisados, ou periciados, a fim de constatar sua ligação com o ilícito em apuração, seja para identificar provas da infração, seja para a própria defesa do cidadão. Essa é a teleologia do art. 240, § 1º, do CPP, o qual indica explicitamente que o objeto apreendido deverá servir para essas finalidades^[2].

Ocorre que a apreensão de bens nem sempre necessita de mandado judicial uma vez que a administração pública, no exercício do poder de polícia e ante a autoexecutoriedade de seus atos, pode, de per se, impor restrição a direitos individuais.

Com a precisão que lhe é inerente, ensina José dos Santos Carvalho Filho: “outro ponto a considerar é o de que a autoexecutoriedade não depende de autorização de qualquer outro Poder, desde que a lei autorize o administrador a praticar o ato de forma imediata. Assim, acertada a decisão segundo a qual, no exercício de poder de polícia administrativa, não depende a Administração da intervenção de outro poder para torná-lo efetivo. Quando a lei autoriza o exercício do poder de polícia com autoexecutoriedade, é porque se faz necessária a proteção de determinado interesse coletivo.”^[3]

Em se tratando de ato da polícia judiciária, a apreensão vem expressamente autorizada pelo art. 6º do CPP, que impõe à autoridade policial o dever de apreender os objetos que tiverem relação com o fato, colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, além de determinar, se for caso, que se proceda a quaisquer outras perícias.

Por isso, o Supremo Tribunal Federal, no HC 91.867/PA, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, decidiu que não violava o princípio da intimidade o fato de o policial acessar a lista de telefones no celular de um indivíduo. Embora o precedente não se refira expressamente ao conteúdo das correspondências contidas no aparelho, serve para demonstrar que, após a apreensão regular do aparelho, é legítima ao Estado a verificação de seu conteúdo.^[4]

Assim sendo, havendo regular apreensão de um aparelho celular pela autoridade pública^[5], não configura atentado ao sigilo da correspondência do cidadão a análise das mensagens recebidas e enviadas nele contidas^[6]. Parece-nos aqui aplicável a lógica de que quem pode o mais, pode o menos. Se a apreensão de determinado objeto é feita regularmente pela atuação investigatória estatal, é lícita uma análise técnica e pericial do objeto apreendido.

Embora se referindo à busca e apreensão, e seguindo essa teleologia, o STJ já decidiu que “se o telefone celular foi apreendido em busca e apreensão determinada por decisão judicial, não há óbice para que a autoridade policial acesse o conteúdo armazenado no aparelho, inclusive as conversas do WhatsApp. Para a análise e a utilização desses dados armazenados no celular, não é necessária nova autorização judicial. A ordem de busca e apreensão determinada já é

suficiente para permitir o acesso aos dados dos aparelhos celulares apreendidos” (STJ. 5ª Turma. RHC 77.232/SC, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 03/10/2017).

Há, contudo, decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, em que se entendeu necessária a obtenção de mandado judicial para a devassa das conversas contidas no aparelho celular apreendido (REsp 1.727.266/SC, j. 05/06/2018). De acordo com o entendimento da ministra Laurita Vaz – relatora do recurso –, a medida decretada tem natureza híbrida, um misto entre interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados. Mas, considerando as características próprias do sistema interceptado e as consequências advindas da hibridez, a inexistência de disciplina legal impede que se admita este meio de prova.

Segundo o tribunal, não seria possível equiparar integralmente a medida à interceptação telefônica porque o acesso ao aplicativo permite não somente a obtenção irrestrita de toda a comunicação anterior como também possibilita que o agente público interfira na comunicação entre os usuários – inclusive excluindo mensagens –, o que não é possível no monitoramento de conversas telefônicas, que são apenas ouvidas e gravadas. Esta possibilidade de interferência e de manipulação dificulta – quando não impossibilita – que o investigado exerça o contraditório sobre a prova colhida e demonstre, por exemplo, que não se trata de algo integral e que determinados trechos da comunicação foram retirados do contexto. Por isso, concluiu-se:

“Cumprе assinalar, portanto, que o caso dos autos difere da situação, com legalidade amplamente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, em que, a exemplo de conversas mantidas por e-mail, ocorre autorização judicial para a obtenção, sem espelhamento, de conversas já registradas no aplicativo WhatsApp, com o propósito de periciar seu conteúdo”.

[1] Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – Inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...).

[2] Dispõe o art. 240.

“A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção”.

[3] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2017. p. 91.

[4] Vejamos, naquilo que importa ao presente estudo, como foi lavrada a decisão do Pretório Excelso: “Ilícitude da prova produzida durante o inquérito policial – violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1. Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2. Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação” (HC 91867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª T., j. 24/04/2012, Dje-185,19-09-2012).

[5] Segundo Renato Brasileiro, “Para que a apreensão seja considerada lícita, há de se ficar atento aos requisitos da medida cautelar de busca pessoal e de busca domiciliar. A busca pessoal independe de prévia autorização judicial quando realizada sobre o indivíduo que está sendo preso, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, assim como na hipótese de cumprimento de mandado de busca domiciliar (CPP, art. 244)” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3ª ed. Salvador: Juspodivm. 2015. p. 131).

[6] Já decidiu a 2ª Câmara Criminal do TJ-MT pela possibilidade de vasculha em celular apreendido: “Embora existente autorização judicial nos autos para a interceptação telefônica, o acesso aos dados do aplicativo WhatsApp existente no aparelho celular da vítima, apreendido durante a prisão em flagrante delito, não consubstancia quebra de sigilo das comunicações via telefone, que exige prévia autorização judicial, mas, trata-se, sim, de mera extração de dados de objeto apreendido relacionado ao crime, nos termos do art. 6º II e III, do CPP. (HC 79845/2016, Des. Rondon Bassil Dower Filho, 2ª Câmara Criminal, j. 29/06/2016, DJE 05/07/2016).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-TEMA: O STJ entende que não existe a possibilidade de intervenção de terceiros em habeas corpus e no respectivo recurso ordinário, por se tratar o HC de meio processual que não possui partes nem litigantes, mas tem como única função resguardar o direito de locomoção.

STJ- PESQUISA PRONTA

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Possibilidade ou não de intervenção de terceiros em habeas corpus](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 654 CPP permite, em tese, que qualquer pessoa maneje o habeas corpus, ainda que não conte com a autorização do paciente. Essa amplitude acaba por conferir ao HC a característica de verdadeira ação popular (*actio popularis*), no sentido de que a qualquer um se defere a legitimidade para manejar o pedido, não se revestindo, assim, “de faculdade dependente de capacidade política, civil ou processual”, segundo informa Pontes de Miranda, em notável obra que dedicou ao tema (*História e prática do habeas corpus*, 3ª. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955).

Contudo, para STJ e STF, essa amplitude acima demonstrada não possibilita a intervenção de terceiros no *habeas corpus*, seja na condição de *amicus curiae* ou como assistente de acusação, por se tratar de ação constitucional que objetiva garantir a liberdade de locomoção dos pacientes (STJ – HC n. 411123-RJ - Rel. Sebastião Reis Junior, j. 06.03.2018, DJe 22.06.2018).

2- TEMA- A medida cautelar de afastamento de função pública não afeta diretamente a liberdade de locomoção, sendo inviável, por isso, a sua correção por meio de habeas corpus ou de seu recurso ordinário, salvo se imposta conjuntamente com a prisão preventiva ou outras medidas cautelares diversas da prisão que possam, de alguma forma, restringir o direito tutelado pela via mandamental.

STJ- PESQUISA PRONTA

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Viabilidade ou não de impetração de habeas corpus para obstar o afastamento ou a perda do exercício de função pública](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Conforme bem anotado pelo Ministro Celso de Mello, “a ação penal de habeas corpus, enquanto instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura um poderoso meio de cessação do injusto constrangimento ao estado de liberdade de locomoção física das pessoas. Se essa liberdade não se expõe a qualquer tipo de cerceamento, e se o direito de ir, vir ou permanecer sequer se revela ameaçado, nada justifica – por não estar em causa a liberdade de locomoção física – o emprego do remédio heroico do habeas corpus” (HC nº 86878-SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 25.10.2005, DJ de 04.11.2005). São vários os precedentes nos Tribunais Superiores não admitindo discussão em HC:

a) liberação de veículo

“Insurgindo-se o impetrante-paciente quanto à apreensão de veículo de sua propriedade, não se vislumbra na impetração pressuposto básico e lógico inerente a este tipo de ação, vale dizer, ameaça ou violação ao direito ambulatorial, o que, conseqüentemente, leva à conclusão de que a via eleita é imprópria ao fim colimado” (STJ – HC nº 9855- SP- Rel. Fernando Gonçalves, j. 21.09.1999, DJ 11.10.1999, p. 89).

b) trancamento de inquérito civil

“O habeas corpus não é a via adequada ao pleito de trancamento de inquérito civil, tendo em vista a inexistência de ameaça ou violação à liberdade de locomoção dos investigados, já que se destina à apuração de infrações passíveis de sanções administrativas ou civis. Precedentes” (STJ – RHC nº 34329-RJ, Rel. Jorge Mussi, j. 23.04.2013, DJe 08.05.2013)”.
“O Ministério Público, como órgão de defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis (CF, art. 127), tem competência para instaurar inquérito policial para investigar a prática de atos abusivos, susceptíveis de causar lesão a tais interesses coletivos. A instauração de tal procedimento não provoca qualquer constrangimento ilegal ao direito de locomoção, revelando-se, por isso, impróprio o uso do habeas-corpus para coibir eventuais irregularidades a ele atribuídos” (STJ – REsp nº 192837-RJ – Rel. Vicente Leal, j. 18.10.2001, DJ 30.06.2003, p. 320).

c) redução da pena de multa

“O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe, nesta via estreita do writ, revolvimento fático-probatório a ensejar a redução do valor relativo à pena de prestação pecuniária aplicada ao paciente” (Precedentes)” (STJ – HC nº 221785-RJ, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 15.08.2013, DJe 26.08.2013).

d) cancelamento de registros criminais

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PEDIDO DE CANCELAMENTO DE REGISTROS CRIMINAIS INFORMATIZADOS NO INSTITUTO DE IDENTIFICAÇÃO RICARDO GUMBLETON DAUNT. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER SANÁVEL PELA VIA DO HABEAS CORPUS – “Não se vislumbrando, in casu, qualquer restrição ao direito de Ir e vir do paciente, não há que se falar em ilegalidade e abuso de poder sanável pela via do habeas corpus” (STJ – HC n° 106417-SP, Rel. Alderita Ramos de Oliveira, j. 18.06.2013, DJe 01.07.2013).

e) procedimento verificatório do ECA

FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENOR. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO – “A instauração de procedimento administrativo verificatório, que não tem o condão de causar ameaça ou violação ao direito ambulatorial do Recorrente, não é suscetível de análise na via do habeas corpus” (STJ – RHC n° 32239-SP, Rel. Laurita Vaz, j. 06.08.2013, DJe 13.08.2013).

Seguindo o mesmo espírito, a medida cautelar de afastamento de função pública não afeta diretamente a liberdade de locomoção, sendo inviável, por isso, a sua correção por meio de habeas corpus ou de seu recurso ordinário, salvo se imposta conjuntamente com a prisão preventiva ou outras medidas cautelares diversas da prisão que possam, de alguma forma, restringir o direito tutelado pela via mandamental (AgRg no HC 442539/PB).

3 - TEMA: Inversão da ordem de oitiva de testemunhas inquiridas por carta precatória não gera nulidade

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 29/11/2018

Não há nulidade quando as testemunhas de defesa são ouvidas antes das de acusação, na hipótese em que a inquirição é feita por carta precatória. Reafirmando esse entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o ministro Sebastião Reis Júnior negou provimento a recurso em habeas corpus no qual se alegava constrangimento ilegal decorrente da inversão da prova testemunhal.

Os três recorrentes foram denunciados pelo Ministério Público de São Paulo por fraudes em licitações praticadas contra o município de Pitangueiras (SP), com base no artigo 90 da Lei 8.666/93 e nos artigos 288 e 312 do Código Penal.

Após a citação, os acusados apresentaram defesa prévia, e a audiência de instrução para a oitiva das testemunhas foi marcada para 13 de junho. Em seguida, o juízo determinou a

expedição de carta precatória para a inquirição de testemunha de acusação, na comarca de Guariba (SP), em 28 de junho. A defesa, então, requereu a mudança na ordem das datas, o que foi indeferido.

Os acusados impetraram habeas corpus alegando vício processual, mas o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que não houve prejuízo às partes e negou o pedido.

Em recurso ao STJ, a defesa argumentou que a decisão feriu o artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP), uma vez que o dispositivo prevê que as testemunhas de acusação devem ser ouvidas antes das de defesa, para assegurar o devido processo legal e a ordem lógica do contraditório penal.

Pedi ainda, em liminar, o sobrestamento da ação até o julgamento final do recurso no STJ, o que foi indeferido.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Alerta o §1º. do art. 222 do CPP que expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal. A razão deste dispositivo é evitar que, em atitude pouco escrupulosa, a parte arrole inúmeras testemunhas de fora, em locais diversos deste país continental, como forma de ganhar tempo e, assim, ensejar eventual prescrição ou mesmo excesso de prazo na conclusão do feito, que culminaria com a soltura do réu.

De sorte que, expedida a carta precatória, não se suspende o andamento da instrução criminal. Como bem decidiu o STJ, havendo a necessidade de se ouvir testemunha de acusação e defesa por meio de carta precatória, excepciona-se a imposição de observância a ordem de oitiva: primeiro, a da acusação e, depois, a da defesa. **Leia a [decisão](#).**

DIREITO PENAL:

1- PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS SUPERIOR A 10 % (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. INAPLICABILIDADE

STJ- HC 439.750/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS SUPERIOR A 10 % (DEZ POR CENTO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. INAPLICABILIDADE. PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

IV - Na hipótese dos autos, o valor dos bens subtraídos (que correspondem a mais de 20% do salário mínimo vigente à época do fato) ultrapassa o limite jurisprudencialmente fixado como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância, que é de 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente à época do fato (precedentes).

Habeas Corpus não conhecido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Sabendo que o Direito Penal só deve ser aproveitado quando estritamente necessário (princípio da intervenção mínima), a sua aplicação fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle e à existência de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado. Dentro desse espírito, discute-se o princípio da insignificância.

Como alertado no boletim #1 de setembro, tanto STF quanto STJ têm reconhecido com frequência o princípio da insignificância, mas estabelecem alguns requisitos necessários. São eles: **a)** mínima ofensividade da conduta do agente; **b)** ausência de periculosidade social da ação; **c)** reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; **d)** inexpressividade da lesão

jurídica causada. **Esses vetores são rigorosamente observados pelo Setor do art. 28 CPP da Procuradoria-Geral de Justiça.**

No que se refere ao quarto vetor, relativo à intensidade da afetação do bem jurídico, só há atipicidade material quando a lesão ou perigo forem de tal forma inexpressivos que não põem em risco a incolumidade do bem. Pode-se citar, a título de ilustração, o entendimento atual do STJ no sentido de impedir o reconhecimento da insignificância quando o valor do bem jurídico ultrapassa a 10% (dez por cento) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

2- TEMA: NATUREZA DO CRIME DO ART 298 DO CP- DELITO FORMAL

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.681 – SP

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 298 DO CÓDIGO PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. DELITO DE NATUREZA FORMAL. PERIGO ABSTRATO. DESNECESSÁRIA AFERIÇÃO DO EFETIVO POTENCIAL LESIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O crime do art. 298 do CP (falsificação de documento particular), a exemplo do art. 297 (falsificação de documento público), consuma-se quando praticada uma das ações nucleares previstas no tipo (falsificação ou alteração), potencialmente lesiva.

Desse modo, é irrelevante que o agente faça uso do documento que produziu ou alterou. De acordo com entendimento pacificado no STJ, o crime é formal, de perigo abstrato.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

26 de novembro de 2018

1- Liminar suspende ação penal contra médico denunciado por tortura durante regime militar

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Rejeitado habeas corpus que buscava encerrar ação penal contra nadador norte-americano Ryan Lochte

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Mantida na 1ª instância investigação contra o senador Fernando Bezerra

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Mantida prisão preventiva de condenado por homicídio qualificado em acidente de trânsito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de novembro de 2018

5- 2ª Turma concede habeas corpus a inimputável mantido sob regime de internação após prescrição penal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de novembro de 2018

6- Plenário suspende julgamento sobre indulto natalino concedido pelo presidente Temer

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

29 de novembro de 2018

7- Julgamento sobre indulto natalino prossegue nesta quinta-feira (29) no STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

26 de novembro de 2018

8- Quinta Turma nega pronúncia de réu denunciado apenas com base em provas do inquérito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de novembro de 2018

9- Sexta Turma nega pedido do empresário Eike Batista e mantém processo por crime de insider trading na Justiça Federal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de novembro de 2018

10- Habeas corpus não é instrumento adequado para discutir alteração na situação financeira do alimentante

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 032

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

DIA INTERNACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO: prestação de contas do Ministério Público do Estado de São Paulo

Se o dia de aniversário deve servir para comemorar e refletir, devemos analisar e revelar estatísticas reais do MPSP sobre sua atuação no enfrentamento da corrupção, no ano de 2018.

Os Promotores de Justiça Criminais, designados nos Grupos de Atuações Especiais, realizaram:

- a) 77 operações, com 836 cumprimentos de mandado de busca e apreensão;
- b) 1205 pessoas presas nessas operações, ou em durante o curso dessas investigações criminais presididas pelo MPSP; sendo 132 pessoas presas pela prática de crime contra a administração pública; e 644 relacionados com o PCC;
- c) foram apreendidos R\$ 12.026.590,62 (doze milhões, vinte e seis mil, quinhentos e noventa reais e sessenta de dois centavos); \$ 4300,00 pesos mexicanos; \$ 572,00 pesos argentinos; \$ 8.860,00 bolívares; U\$ 109 mil dólares e 6.420 euros;
- d) 401 veículos apreendidos e três helicópteros;
- e) 146 imóveis sequestrados pela Justiça;
- f) R\$ 5.618.073.057,99 (cinco bilhões, seiscentos e dezoito milhões, setenta e três mil, cinquenta e sete reais e noventa e nove centavos) identificados em esquemas de sonegação fiscal ou fraude fiscal estruturada;
- g) 172 PICs foram instaurados por crimes contra a administração pública; 14 sobre sonegação fiscal; e 87 sobre lavagem de dinheiro;
- h) 45 denúncias foram oferecidas pela prática de crimes contra a administração pública; 18 acusações pela prática do crime de lavagem de dinheiro; e 136 agentes públicos denunciados, sempre relacionadas com as investigações do MPSP;
- i) 51 agentes públicos foram condenados e 59 condenados por crimes contra a administração pública;
- j) 21 condenados por lavagem de dinheiro;
- k) e 26 ações civis públicas foram manejadas em conjunto com o promotor de justiça de defesa do patrimônio público;

Importante frisar que em nenhum momento houve rompimento do devido processo legal, ou desrespeito ao Investigado e sua Defesa. Nenhum promotor de justiça foi acusado de abuso de poder ou desvio de finalidade no exercício dessas atribuições.

Conquanto não seja o único, a corrupção é o maior problema que aflige o cidadão que deseja um país melhor. Seus efeitos são silenciosos e ao mesmo tempo desastrosos. Segundo a Transparência Internacional, o Brasil ocupa um desonroso 79º lugar no ranking do índice de percepção da corrupção. Essa situação tem que ser alterada. Recentemente, inclusive, a temática do combate à corrupção e a necessidade de se efetivar o direito fundamental à segurança pública, exerceram protagonismo no debate de idéias do processo eleitoral democrático do país e modificou quadros nos poderes legislativo e executivo.

Aqui no Ministério Público de SP o assunto não é acadêmico, teórico e, tampouco, trampolim para cargos políticos. Tratamos e examinamos a corrupção de forma concreta, de acordo com a sua realidade e com muita coragem. Não raro e quase sempre, o alvo principal do esquema criminoso ocupa posição social de destaque na coletividade e influência nos meios de comunicação, quando não dono dessa rede.

Com essa ideia, verificamos que a corrupção desvia o dinheiro público das necessidades do cidadão; torna prioritário o enriquecimento ilícito do funcionário público corrupto ou de seu grupo criminoso, que se finca no organograma público para tornar a prática criminosa endêmica e sistêmica.

Enquanto o líder de uma facção criminosa, que se dedica à lavagem de dinheiro, preocupa-se em aumentar o poderio de fogo de seu grupo criminoso, para aumentar os negócios, diversificar as práticas ilícitas, como os roubos a carros fortes e empresas de valores; o agente público corrupto, valendo-se dos valores de origem ilícita, aprimora sua rede de contato e conquista luxo, numa ostentação de riqueza dissimulada e que afronta qualquer cidadão de bem inconformado com essa situação; o agente público num ciclo vicioso, mantém sua relação ilícita com setores privados, que também se mantém com seus contratos públicos vigentes por décadas.

Esse pernicioso panorama agride o Estado de Direito Democrático e Social. O cidadão e empresário honesto não consegue concorrer com aquele que tem agenda privada e clandestina com o agente público corrupto. De outro lado, o cidadão fica desprovido de uma melhor prestação de serviço, que não evolui em tecnologia, preço e eficiência. Talvez seja o retrato do serviço oferecido à população no transporte público, na saúde, educação, etc.

A Constituição Federal de 1988 colocou nessa linha de combate o Ministério Público. No caso de São Paulo, os Promotores de Justiça Criminais contam com forte rede de contatos com instituições, que têm a corrupção como foco de enfrentamento. De fato, não se combate esse tipo de criminalidade sozinho. Inclusive para se atingir as estatísticas acima reveladas, sob uma exemplar coordenação, os Promotores de Justiça Criminais que atuam nos Grupos acionam ou são acionados por outros profissionais das Receitas Estadual e Federal, Procuradoria da Fazenda Nacional, Procuradoria do Estado, Polícia Civil, Militar e Federal, COAF, Corregedoria Geral da Administração do Estado, Corregedoria Geral da União, Tribunais de Contas do Estado, do Município e da União, dentre outros.

Sem contratos e sem formalidade, os membros do Ministério Público, em procedimentos investigatórios criminais, dividem tarefas com os profissionais de outras áreas e focam a atuação

criminal, para além da restrição à liberdade, no ressarcimento de prejuízos, na reparação do dano, na recuperação do proveito do ilícito dissimulado em contas bancárias, moedas virtuais, joias, bens imóveis, negócios comerciais com aparência de licitude, etc.

Com essa prioridade de atuação, o Ministério Público colabora para a formatação de um Estado cada vez mais democrático e de direito social. Trata-se, então, de mero cumprimento do mandamento constitucional: a defesa dos interesses públicos e sociais.

Aqui no Ministério Público de São Paulo não se comemora numa única data o dia internacional de combate à corrupção. Todos os dias elegemos esse combate como prioridade e tornamos tal atitude nossa verdadeira alma, que, sem local determinado, nos aproxima dos anseios puros do cidadão.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-TEMA: Segundo entendimento do STJ é vedado pleitear em habeas corpus a aplicação da minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, para concluir de modo diverso do que foi decidido nas vias ordinárias.

STJ- PESQUISA PRONTA

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Análise da possibilidade ou não de, em sede de habeas corpus, pleitear-se a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/96, para concluir de modo diverso do entendimento das vias ordinárias](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1.º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

A incidência da causa de diminuição da pena pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

“2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/08/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há bis in idem:

“Cumpre destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida

apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

Questão interessante diz respeito à aplicação da causa de diminuição de pena em favor do agente que serve de transportador da droga (o conhecido “mula”). Há quem sustente que o fato é indicativo bastante de participação em organização criminosa, fator impeditivo da minorante. O STJ tem tanto decisões nas quais aplica a minorante quanto outras nas quais a afasta, sempre considerando o caso concreto. Em síntese, o tribunal não considera que o fato de o agente servir de transportador da droga caracterize uma presunção absoluta de que integra a organização criminosa à qual esteja servindo. São as circunstâncias da prática criminosa que indicam a extensão de sua colaboração. E, note-se, este papel pode servir inclusive para balizar a quantidade da diminuição da pena, caso a minorante seja aplicada:

“A condição de agente colaborador de crime organizado no tráfico internacional de drogas (“mula”) constitui fundamento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual é válida a aplicação do percentual de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no REsp 1.354.656/SP, DJe 18/08/2017).

“2. Em consonância com o entendimento desta Quinta Turma, foi ressaltado que a simples atuação do indivíduo flagrado no transporte eventual de droga alheia (“mula”) não pode levar à conclusão de que integre organização criminosa para efeito de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 3. Todavia, a referida minorante foi afastada pois, no caso, as instâncias ordinárias concluíram, com base nos elementos de prova, que o réu “não se trata indivíduo que se apresente totalmente desvinculado de organizações criminosas ou sobre quem não parem indicativos de que tenha como meio de vida a dedicação ao crime, notadamente em razão “das anotações de viagens anteriores havidas no passaporte do acusado, viagens estas de curta duração (Azerbaijão – 1 semana; Geórgia – 1 dia) e cujo propósito evidentemente não foi aquele mencionado pelo réu na versão que trouxe à baila em seu interrogatório (procura de um trabalho temporário) tudo a indicar que foram realizadas com o mesmo propósito que a viagem feita ao Brasil e que culminou com sua prisão, ou seja, a traficância de drogas.” 4. Com efeito, “esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.”

(AgRg no AREsp 736.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017)” (AgRg no HC 241.072/SP, DJe 18/08/2017).

Com isso, o tribunal segue o entendimento firmado pelo STF:

“2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. 3. O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes” (HC 134.597/SP, DJe 09/08/2016).

A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante (esta orientada pela quantidade e/ou espécie da droga apreendida).

Feitas estas observações, alerta-se que o STJ não permite discutir os requisitos autorizadores da minorante em sede de habeas corpus. Para a sua incidência, mostra-se sempre que seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado durante a instrução criminal, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

2- TEMA: Justiça estadual é o foro competente para julgar suposto crime envolvendo bitcoin

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 03/12/2018

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o juízo da 1ª Vara de Embu das Artes (SP) é o foro competente para julgar a suposta prática de crime envolvendo a negociação de moeda virtual conhecida como bitcoin.

Para o colegiado, não se observou no caso em análise nenhum indício de crime de competência federal, pois a negociação de criptomoedas ainda não foi objeto de regulação no ordenamento jurídico.

Segundo os autos, duas pessoas, por meio de uma empresa, captavam dinheiro de investidores, oferecendo ganhos fixos mensais, e atuavam de forma especulativa no mercado de bitcoin, sem autorização ou registro prévio da autoridade administrativa competente.

Durante a investigação, o Ministério Público de São Paulo entendeu que a ação deveria ser processada pela Justiça Federal, pois existiriam indícios de crimes como evasão de divisas, sonegação fiscal e movimentação de recurso paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

A Justiça estadual acolheu a manifestação do MP e declinou da competência. A Justiça Federal, no entanto, suscitou o conflito de competência sob o argumento de que a atividade desenvolvida pelos investigados não representaria crime contra o Sistema Financeiro Nacional, pois a moeda digital não configura ativo financeiro, e sua operação não se sujeita ao controle do Banco Central.

Sem regulação

O relator do conflito no STJ, ministro Sebastião Reis Júnior, após analisar os autos, confirmou não haver indícios de crime de competência federal. Ele afirmou que as atividades desenvolvidas pelos suspeitos devem continuar a ser investigadas, só que na esfera estadual.

Segundo o ministro, os suspeitos constituíram pessoa jurídica para obter ganhos na compra e venda de criptomoedas, o que não é reconhecido, regulado, supervisionado ou autorizado por instituições como o Banco Central ou a Comissão de Valores Mobiliários.

Diante disso, observou o relator, a negociação de bitcoin não poderia ser investigada com base nos crimes previstos pela legislação federal. “Com efeito, entendo que a conduta investigada não se amolda aos crimes previstos nos artigos 7º, II, da Lei 7.492/1986, e 27-E da Lei 6.385/1976, notadamente porque a criptomoeda, até então, não é tida como moeda nem valor mobiliário”, disse.

Para o ministro, não há indícios de que a atuação dos acusados objetivasse a evasão de divisas. Quanto ao crime de lavagem de dinheiro, ele explicou que seria necessário haver a prática de crime federal antecedente. “Não há, por ora, indícios da prática de crime federal antecedente, o que exclui a competência federal para apurar eventual ilícito de lavagem”, destacou.

Por isso, Sebastião Reis Júnior determinou a continuação da apuração de outros crimes pela Justiça estadual, inclusive estelionato e crime contra a economia popular, e ressaltou que, “se no curso da investigação surgirem novos indícios de crime de competência federal, nada obsta o envio dos autos ao juízo federal”.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [CC 161123](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No âmbito do sistema financeiro, são diversas as infrações penais cuja competência de julgamento recai na Justiça Federal, como a falsificação de moeda – de emissão rigorosamente controlada pelo Banco Central –, a evasão de divisas e a fraude em instituição financeira nos termos da Lei 7.492/86. Todas estas infrações atingem diretamente a União, que tem interesse em manter o domínio sobre a emissão e a circulação de moeda devido aos efeitos devastadores que o descontrole pode provocar em termos macroeconômicos. À União ainda convém controlar a movimentação de moeda para fora e para dentro do Brasil, não somente em virtude da influência que isso pode exercer na economia interna, mas também por questões de ordem tributária, como também lhe interessa manter a higidez do sistema financeiro nacional garantindo sua operação em condições nas quais as pessoas possam confiar.

Mas a criação de novas tecnologias pode provocar dúvidas a respeito da aplicação de leis penais e processuais penais. Já tratamos, em boletins pretéritos, de controvérsias envolvendo o julgamento de crimes relativos à pornografia infantil praticados por meios digitais; também já comentamos decisões envolvendo o acesso e a interceptação de mensagens por WhatsApp e a prática de ameaças por meio de redes sociais quando o autor e a vítima estão em países diversos. Não poderia ser diferente em relação a crimes que, ao menos aparentemente, envolvem o sistema financeiro.

Com efeito, temos visto, nos últimos anos, um aumento considerável na utilização das denominadas criptomedas, negociadas exclusivamente por meio virtual, sem nenhum controle dos bancos centrais ou de algum outro órgão ligado à fiscalização do sistema financeiro dos países. Na medida em que se populariza a utilização das criptomedas, é inevitável a multiplicação de atos ilícitos nas transações, o que pode provocar certa perplexidade nos operadores do sistema criminal, cujas normas não acompanham a evolução tecnológica e o incremento das atividades delituosas decorrentes desta evolução.

Recentemente a Terceira Seção do STJ julgou um conflito de competência (CC 161.123/SP, j. 28/11/2018) que teve origem em irregularidades cometidas numa espécie de corretagem sobre bitcoins. No caso, os acusados captavam recursos de investidores e lhes ofereciam ganhos fixos mensais enquanto utilizavam os recursos recebidos para especular no mercado de criptomoeda.

O Ministério Público de São Paulo considerou que os indícios de evasão de divisas, de sonegação fiscal e de exercício de atividade financeira sem autorização legal deveriam provocar o deslocamento da competência para a Justiça Federal, no que foi acatado pela Justiça paulista.

Mas a Justiça Federal suscitou o conflito de competência argumentando que a atividade desenvolvida pelos acusados não se inseria em crimes contra o sistema financeiro, tendo em vista que criptomoedas não sofrem controle do Banco Central e não podem ser consideradas ativos financeiros.

O STJ deu razão à Justiça Federal e julgou não haver indícios da ocorrência de crimes contra o sistema financeiro, pois a atividade desenvolvida pelos acusados – compra e venda de criptomoedas – não é regulamentada pelos órgãos que fiscalizam o sistema financeiro nacional. Para o ministro Sebastião Reis Junior, a moeda virtual não pode ser considerada verdadeira moeda, nem tampouco um valor mobiliário, situação esta em que a fiscalização seria submetida à Comissão de Valores Mobiliários. Por esta razão, o ministro descartou a ocorrência das infrações às quais o Ministério Público havia inicialmente subsumido a conduta (arts. 7º, inc. II, da Lei 7.492/86 e 27-E da Lei 6.385/76).

Além disso, o tribunal não vislumbrou a ocorrência do crime de evasão de divisas, o que faz sentido se considerarmos a conclusão a que se chegou a respeito da natureza da criptomoeda, isto é, de que não se trata de efetiva moeda nem de valor mobiliário. E, por fim, afastou-se a competência da Justiça Federal para julgar eventual crime de lavagem de dinheiro, que, no caso, deveria ter como pressuposto (infração antecedente) a prática de crime de competência federal.

3- TEMA: Crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil

STJ- REsp 1737088/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, REPDJe 18/10/2018, DJe 31/08/2018

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSO PENAL MILITAR. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA DE CIVIL. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. ARQUIVAMENTO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, a competência da Justiça Militar, embora de natureza constitucional, deve observar a competência do Tribunal do Júri nos casos em que o delito praticado por integrante de seus quadros atingir vítima civil.

2. Entende este Sodalício que, existindo investigação de crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil, descabe à jurisdição castrense determinar, de ofício, o arquivamento de IPM, mesmo que sob o fundamento de excludente de ilicitude, devendo os autos do inquérito serem remetidos para justiça comum.

Precedentes.

3. Recurso provido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Este julgado do STJ nos obriga recordar dois importantes estudos apresentados pelo CAOCRIM em edições pretéritas do boletim.

O primeiro estudo diz respeito à Lei 13.491/17, que alterou o Decreto-Lei 1.001 de 1969 – Código Penal Militar -, mais precisamente seu art. 9º.

Antes de analisar as mudanças, vamos recordar os fundamentos constitucionais para se manter, num Estado Democrático, a Justiça Militar.

De acordo com o disposto no art. 124 da Constituição, é da competência da Justiça Militar da União, processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Sabendo que os crimes militares, nos termos do art. 9º do Código Penal Militar, podem ser cometidos por civis, a competência da Justiça Castrense Federal não se restringe a processar e julgar os militares das Forças Armadas.

A competência da Justiça Militar estadual, por sua vez, está estampada também na Constituição. O art. 125, §4º, porém, estabelece que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados [Policiais e Bombeiros], nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.

Da simples leitura dos dois dispositivos constitucionais, percebe-se que a Justiça Militar estadual tem competência apenas e tão somente para julgar os militares estaduais. Já a Justiça Militar da União, julga os membros das forças armadas e, em alguns casos, os civis nos crimes praticados contra as instituições militares.

No que se refere aos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, a competência, até o advento da novel Lei, era da Justiça Comum, estadual ou federal, devendo o miliciano submeter-se a julgamento perante o Tribunal do Júri (“salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do [...] [Código Brasileiro de Aeronáutica](#)”). Também o Código de Processo Penal Militar, em seu art. 82, dispõe que sobre a especialidade do foro militar “exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil”.

A nova Lei trouxe mudanças, inflando a justiça castrense, devendo agora processar e julgar crimes praticados por militares, mesmo que tipificados fora do CPM. Antes, a redação do inciso II do artigo 9º mencionava que eram considerados crimes militares, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados na forma das alíneas “a” a “e” do mencionado inciso. Agora, são considerados crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados” na forma das alíneas referidas, as quais não foram objeto de modificação.

Inevitável, portanto, uma releitura dos conceitos de crimes militares próprio e impróprio. Vejamos.

Até a edição da Lei 13.491/17, o crime militar se dividia em próprio, quando definido apenas no Código Penal Militar, ou impróprio, se definido também no restante da legislação penal. O delito de deserção era próprio, pois previsto somente no CPM. Já o furto, impróprio, pois previsto no CPM e CP.

Atualmente, no entanto, a definição deve ser diversa, especialmente no que concerne ao crime militar impróprio.

Crime militar passa a ser o delito praticado por militar. Pode ser próprio, porque definido apenas no Código Penal Militar (como a deserção), ou impróprio, porque definido também no restante da legislação penal (como o furto) ou somente nela, legislação não militar (como a tortura, lavagem de capitais, organização criminosa etc).

A Lei nº. 13.491/2017 promoveu relevante alteração no art. 9º, § 2º, do Código Penal Militar, ao dispor que os delitos “dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União”. Esse dispositivo não abrange todo e qualquer delito contra a vida perpetrado por componentes das Forças Armadas, mas somente aqueles praticados no seguinte contexto: “I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; “II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou “III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal ...”. Interessante observar que a lei incide não apenas quando o militar estiver em situação de confronto, tão comuns, ultimamente, nas

comunidades cariocas, mas também em “operação de paz”. Apenas para exemplificar, ao tempo em que o Exército brasileiro, em missão de paz da ONU, atuava no Haiti (intervenção que se findou em outubro de 2017), um crime ali praticado seria da competência da Justiça Militar, ainda que a missão não tivesse nenhum caráter beligerante.

Alertamos, de plano, que estão abrangidos pela alteração levada pela lei em comento os crimes dolosos contra a vida cometidos por integrantes das Forças Armadas, assim considerados, na dicção do art. 142 da Constituição, os membros da Marinha, Exército e Aeronáutica. Queremos dizer, com isso, que os crimes contra a vida de civil perpetrados por policiais militares estaduais, continuam sendo de competência da Justiça Comum, julgados pelo Júri Popular, nos termos do § 4º, do art. 125 da Carta, in verbis: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil ...”. Insistimos: cometido um crime contra a vida por um miliciano estadual, competente para o julgamento será a Justiça Militar estadual, a menos que a vítima seja civil, quando, então, a competência será da justiça comum, por meio do Júri, na dicção da norma constitucional.

O segundo estudo que deve ser recordado, umbilicalmente ligado ao julgado do STJ em comento, diz respeito à Resolução 54 do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, por meio da qual, coexistindo os arts. 125, §4º. da CF/88 (*crimes militares definidos em lei, quando dolosos contra a vida de civil, são da competência do júri*), e art. 82, §2º., do CPPM (*nesses casos a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum*), conclui que a investigação de crimes dolosos contra vida cometidos por militares contra civis é atribuição da polícia judiciária militar.

A constitucionalidade da referida resolução foi questionada pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo perante a Corte de Justiça Paulista, recebendo tal feito o nº 2166281-19.2017.8.26.0000. No dia 13 de setembro de 2017, o relator, Exmo. Desembargador Péricles Piza, deferiu a liminar pleiteada pelo Procurador-Geral **e suspendeu os efeitos, ex nunc, da eficácia da resolução** impugnada, sendo que, até o momento, o mérito da ADI ainda não foi julgado, encontrando-se, portanto, em vigor referida medida liminar suspensiva.

Diante desse quadro, em obediência à liminar do TJ, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo vem fazendo valer a sua Resolução n. 40/2015, que disciplina o procedimento a ser adotado no caso de **“morte decorrente de intervenção policial”**, estando ou não o agente em serviço, ficando determinado que: “Os policiais que primeiro atenderem a ocorrência deverão preservar o local até a chegada do Delegado de Polícia, e providenciar para que não se alterem o estado e conservação das coisas para a realização de perícia, comunicando, imediatamente, o COPOM ou CEPOL, conforme o caso”, determinando, ainda, que o Delegado deverá apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais, bem como colher todos os elementos informativos que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias, inclusive, desde logo, identificar e qualificar as testemunhas presenciais do fato, ficando claro, assim, que a Resolução SSP-40 determina que a condução das apurações ficará a cargo do Delegado de Polícia. À Polícia Militar cabe, segundo a mesma Resolução, zelar pela observância dos procedimentos operacionais de preservação do local do

crime, e a respectiva Corregedoria deverá acompanhar a ocorrência, com o objetivo de coletar dados e informações para instrução de procedimento administrativo.

Cientes desse cenário, promotores de Justiça, no exercício do controle externo da atividade policial, com fundamento no art. 129, VII, da Constituição Federal, art. 103, XIII, “c” da Lei Complementar Estadual 734/1993, art. 4º, IX, da Resolução 20/2007 do CNMP, **têm encaminhado recomendação às polícias militar e civil no sentido de ver obedecida a liminar do TJ, bem como a Resolução no. 40/15 da SSP SP.**

O CAO-CRIM, com a finalidade de uniformizar (e fortalecer) a postura dos órgãos de execução do MP, confeccionou modelo de RECOMENDAÇÃO para ser utilizado no exercício do controle externo da atividade policial. Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo.

DIREITO PENAL:

1-TEMA: Conduta caracterizadora do crime de estupro de vulnerável

STJ- REsp 1754950/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018

RECURSO ESPECIAL. CONDOTA CARACTERIZADORA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos.

2. "A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp 530.053/MT, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015), em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente" (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, Parte Especial, v.3, p. 467).

3. No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se o entendimento de que "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso". (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA Turma, DJe 21/3/2012)

4. Devidamente caracterizada a conduta descrita no art. 217-A do Código Penal, pelo fato do agravante ter passado a mão nas nádegas da menor por cima de suas vestes, impõe-se a condenação pela prática do delito na modalidade consumada.

5. Recurso Especial provido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

No art. 217-A do CP (estupro de vulnerável), pune-se o agente que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com vítima com menos de 14 anos (*caput*) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência (§ 1º) – pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

A conduta de **praticar** com o vulnerável atos libidinosos abrange tanto o ato sexual tendo a vítima um comportamento passivo (permitindo que com ela se pratiquem os atos) ou ativo (praticando os atos de libidinagem no agente), implicando, interpretação diversa, proteção deficiente do Estado.

Em resumo, trata-se de crime de execução livre.

A expressão “outro ato libidinoso” é bastante ampla. Como exemplos citados copiosamente pela doutrina temos o coito per *anum*, *inter femora*, *a fellatio*, o *cunnilingus*, o *anilingus*, ou ainda a associação da *fellatio* e o *cunnilingus*, a cópula axilar, entre os seios, vulvar etc.

Mas o STJ tem sido rigoroso e ido além desses casos extremos. Pacificou-se no Tribunal que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso.

Diante desse quadro, decidiu caracterizado o crime de estupro qualificado na situação em que o agente, pretendendo se envolver lascivamente com uma adolescente de quinze anos, levou-a ao chão e, imobilizando-a com o joelho, “roubou-lhe” um beijo (REsp 1.611.910/MT, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 27/10/2016). Para o STJ existe o crime inclusive em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima (RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/8/2016). E, agora, no julgado em comento, afastando a tese da desproporcionalidade, reconheceu devidamente caracterizada a conduta descrita no art. 217-A do Código Penal, pelo fato de o agente ter passado a mão nas nádegas da menor por cima de suas vestes, impondo-se a condenação pela prática do delito na modalidade consumada.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

03 de dezembro de 2018

1- Mantida prisão preventiva de ex-secretário de Governo do RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

04 de dezembro de 2018

2- Suspenso julgamento de habeas corpus que pede prisão domiciliar a avô responsável dos dois netos menores de idade

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Suspenso julgamento de HC em que defesa de Lula aponta suspeição de ex-juiz Sérgio Moro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Mantida prisão preventiva de ex-prefeito de Marabá (PA)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 1ª Turma autoriza extensão em extradição de alemão processado por sonegação fiscal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

05 de dezembro de 2018

6- Plenário determina arquivamento de investigação contra banqueiro André Esteves

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7- Pedido de vista suspende análise de revisão criminal ajuizada pelo deputado federal João Rodrigues

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

07 de dezembro de 2018

Nega liminar a condenado por concessão irregular de licença ambiental em Joinville (SC)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 033

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

1- Balanço da nossa gestão.

Este é o último boletim deste ano. Há muito ainda a ser conquistado. O objetivo e difícil missão dos integrantes do Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCRIM é fortalecer cada Promotoria de Justiça Criminal, com suas diferentes particularidades.

Tivemos a oportunidade de nos aproximar, pois desde o início de nossa gestão atendemos cerca de 2000 promotores e procuradores de justiça criminais. Visitamos as Regionais de Ribeirão Preto, Bauru, Marília e os colegas da Capital no Foro Central da Barra Funda. Monitoramos, em conjunto com o Dr. José Correia de Arruda Neto, Susana Henriques e Cleber Masson, 25 processos crimes em segunda instância e em instância superior, atendendo assim ao antigo anseio da classe de conectar, ao menos nos casos mais importantes, a primeira e a segunda instância. Publicamos 33 boletins do CAOCRIM, com o total de 554 páginas, 67 estudos de casos, comentamos 132 jurisprudências do STF e STJ; emitimos 5 notas técnicas sobre projetos de Leis no Congresso e outras notas já estão sendo elaboradas, todas de alto interesse institucional, como a Lei de Prisão Temporária e o Código Brasileiro de Trânsito. Monitoramos vários mandados de prisões de foragidos, sendo que já tivemos êxito em dois deles provenientes do I Tribunal do Júri da Capital. Ainda, tivemos a honra de participar com os colegas de duas reuniões de trabalho pelo *Skype Business*: uma sobre o *acordo de não persecução penal* – já foram realizados cerca de 50 acordos nas promotorias de justiça criminais – e outro sobre o *depoimento especial e escuta protegida*; no total tivemos quase 200 colegas reunidos com o CAOCRIM por meio do *Skype*. A próxima reunião de trabalho com essa ferramenta será sobre a captação da prova nos crimes cometidos pela internet.

Passamos a acessar *on line* a segunda via de laudos periciais elaborados pela Polícia Técnica Científica. Passamos a acessar as informações da ANAC. Ampliamos o acesso ao banco de dados do DETRAN e passamos a acessar o sistema DETECTA, com seis senhas de acesso. Por meio de projeto com a Secretaria Estadual de Segurança Pública, ENASP e Polícia Técnica, o CAOCRIM monitorou a coleta de amostra de DNA de presos de Itaí pela prática de crimes sexuais e vamos ampliar esse trabalho para atingir também a população de outros presídios, possibilitando assim futuros confrontos de perfis genéticos e esclarecimento de crimes. Viabilizamos o cadastro de trinta colegas das promotorias de justiça de execuções criminais para acesso ao Boletim Informativo, com dados da movimentação carcerária em tempo real. Tudo em razão do trabalho

desenvolvido em conjunto com o Dr. Mário Luiz Sarrubbo, Subprocurador-geral de Justiça de Política Criminal e Institucional, e com os colegas Fábio Bechara, Secretário Executivo da Procuradoria-Geral de Justiça, e Mylene Comploier, Diretora do CAEX; sempre sob o comando do Procurador-Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Poggio Smanio.

Houve intenso trabalho nas promotorias de justiça criminais. Só na Capital de São Paulo foram realizadas cerca de 100 a 140 audiências de custódias por dia, numa média de 4050 audiências por mês (fonte TJSP). No período de setembro de 2017 a agosto de 2018, foram ofertadas 38.518 denúncias, numa média de 3.209 denúncias por mês pelos promotores de justiça criminais da Barra Funda. Ainda, estes mesmos promotores arquivaram cerca de 4700 casos por mês (inquéritos policiais e notícias de fato) – fonte CIPP e CGMP. Tudo isso ainda poderia ser agregado com o número infelizmente enorme de mulheres atendidas nas promotorias de justiça especializada em violência doméstica, onde se faz um trabalho pioneiro inclusive preventivo. Os números são impressionantes. Aliás, no que concerne ao atendimento às vítimas, acreditamos que devemos resgatar urgentemente nosso papel de defensor do ofendido na ação penal, inclusive cuidando para que haja a necessária e efetiva reparação do dano causado pelo delito; nesse sentido, elaboramos farto material de apoio que se encontra disponível em nossa página, no ícone “Medidas Assecuratórias”. Na mesma esteira, também estamos em processo de aproximação com o CRAVI (Centro de Referência e Atendimento às Vítimas), importante órgão vinculado à Secretaria Estadual de Justiça que presta relevante atendimento e orientação às vítimas de crimes.

Finalmente, ressaltamos que o CAOCRIM representa o MPSP no PROVITA (Programa Estadual de Proteção à Vítimas e Testemunhas), sendo que em nossa gestão recebemos dezenas de casos encaminhados pelos promotores criminais e providenciamos as medidas necessárias para os acolhimentos e proteção.

Esperamos que no próximo ano, com muita saúde e disposição, as vitórias se acumulem, na mesma medida em que nos aproximamos mais ainda da sociedade e de seus interesses coletivos indisponíveis, sobretudo a segurança pública.

Desejamos a todos os colegas um Feliz Natal, com muito amor, solidariedade, fraternidade, esperança, bênçãos e proteção de Deus, sobretudo àqueles que contam o resultado de nosso trabalho; e que no Ano Vindouro consigamos prosseguir na

construção do nosso Ministério Público ainda mais forte e protagonista. Até fevereiro de 2019.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – TEMA: Aplicação da pena de acordo com o STJ:

a) Aplicação da pena - Havendo diversas condenações anteriores com trânsito em julgado, não há bis in idem se uma for considerada como maus antecedentes e a outra como reincidência.

O STJ, de forma pacífica, vem decidindo que a condenação transitada em julgado não pode incidir simultaneamente como maus antecedentes e como circunstância agravante de reincidência, pois este procedimento caracteriza bis in idem. É o que estabelece a sua Súmula nº 241.

É possível, no entanto, que, havendo mais de uma condenação com trânsito em julgado, uma delas seja considerada na primeira fase de aplicação da pena na qualidade de mau antecedente e a outra incida para marcar a reincidência, na segunda fase:

“É firme o entendimento desta Corte Superior de que, em se tratando de agente que ostenta mais de uma condenação definitiva anterior, não configura bis in idem nem ofensa à Súmula 241 do STJ a utilização de anotações criminais distintas na primeira e segunda etapa da dosimetria para reconhecer, respectivamente, os maus antecedentes e a agravante de reincidência. Precedentes” (HC 304.411/RJ, j. 03/05/2018)

E nota-se no mesmo julgado que o tribunal admite a comprovação das condenações anteriores – inclusive para a reincidência – por meio apenas da folha de antecedentes, independentemente de certificação específica:

“6. ‘A folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária’ (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

(...)

8. No caso, o Tribunal a quo, ao analisar as folhas de antecedentes criminais e o histórico penal do acusado, entendeu que há elementos suficientes para a comprovação da agravante da

reincidência, pois, embora não tenha sido certificado o trânsito em julgado da condenação considerada, há registro do início da execução definitiva da pena privativa de liberdade em data anterior à prática do delito em comento.”

b) Aplicação da pena - O expressivo prejuízo causado à vítima justifica o aumento da pena-base, em razão das consequências do crime.

Na análise relativa às consequências do crime o juiz considera os efeitos decorrentes da infração penal, seus resultados, particularmente para a vítima, para sua família ou mesmo para a coletividade. Não se trata de algo relacionado necessariamente ao patrimônio, pois até mesmo danos psicológicos severos já foram admitidos para fundamentar o aumento da pena-base:

“As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. No caso em tela, essa circunstância mostrou-se de gravidade superior àquela esperada como decorrência da grave ameaça de um crime comum de roubo. Isso porque o crime em análise acarretou danos psicológicos à genitora da vítima, que inviabilizou até sua presença em juízo, e, especialmente, a seu filho, que desenvolveu, desde então, síndrome do pânico. Destarte, malgrado o aumento padrão sugerido da pena-base seja de 1/8, o aumento na fração de 1/6 mostrou-se proporcional à gravidade da circunstância valorada” (HC 401.764/SP, DJe 07/12/2017).

No âmbito patrimonial, caso o prejuízo provocado pela conduta criminosa seja superior ao esperado, que já é contemplado na própria cominação da pena abstrata, é possível o aumento da pena-base:

“A pena-base foi fixada acima do mínimo legal por meio de fundamentação adequada, considerando que o paciente obteve considerável lucro em razão da conduta delitiva, em detrimento de grave prejuízo imposto aos cooperados. A fundamentação, bem assim o quantum de aumento se mostram idôneos, uma vez que as circunstâncias judiciais ultrapassam em muito os elementos intrínsecos ao tipo penal, o que indica maior reprovabilidade do ilícito, a ensejar reprimenda também mais gravosa, em obediência ao princípio da individualização da pena.” (AgRg no HC 463.788/SP, j. 13/11/2018)

(...)

“2. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao

tipo penal. In casu, o elevado prejuízo patrimonial à autarquia previdenciária revela um maior grau de reprovação, apta a justificar a necessidade de resposta penal mais severa. 3. O entendimento perfilhado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que as consequências do crime em razão do prejuízo ocasionado ao erário justificam a majoração da reprimenda de piso.” (AgRg no AREsp 1.291.192/SP, j. 23/10/2018)

c) Aplicação da pena - Os atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência.

A imputabilidade penal se inicia aos dezoito anos de idade, como se extrai, a contrario sensu, do art. 27 do Código Penal:

“Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.”

Antes de completar a maioridade, o autor de conduta que se amolda a uma descrição típica não comete infração penal, mas ato infracional, que tem disciplina própria na Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Segundo esta lei, a criança autora de ato infracional será submetida às medidas de proteção do art. 101, ao passo que aos adolescentes são aplicadas as medidas socioeducativas elencadas no art. 112.

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

Com mais razão, atos infracionais não podem ser considerados para os efeitos da reincidência, pois o art. 63 do Código Penal dispõe que é reincidente quem “comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”, e o art. 64, ao dispor sobre o quinquênio depurador, faz referência ao cumprimento e à extinção da pena. E, como vimos linhas acima, ato infracional não é crime e as medidas dele decorrentes não são penas.

d) Aplicação da pena - Os atos infracionais podem ser valorados negativamente na circunstância judicial referente à personalidade do agente.

Não obstante esteja inserida em matéria relativa à aplicação da pena, esta tese tem sido utilizada no âmbito da prisão preventiva. De acordo com diversas decisões proferidas por ambas as Turmas com competência criminal no STJ, os atos infracionais podem influenciar a análise da personalidade do agente para fins cautelares:

“Embora o registro de ato infracional não possa ser utilizado para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem considerados crimes, podem ser sopesados na análise da personalidade do recorrente, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa e cuja segregação é necessária. Precedentes.” (5ª Turma – HC 466.866/PE, j. 02/10/2018).

“A Terceira Seção desta Corte firmou orientação de que “os registros sobre o passado de uma pessoa, seja ela quem for, não podem ser desconsiderados para fins cautelares. A avaliação sobre a periculosidade de alguém impõe que se perscrute todo o seu histórico de vida, em especial o seu comportamento perante a comunidade, em atos exteriores, cujas consequências tenham sido sentidas no âmbito social. Se os atos infracionais não servem, por óbvio, como antecedentes penais e muito menos para firmar reincidência (porque tais conceitos implicam a ideia de ‘crime’ anterior), não podem ser ignorados para aferir a personalidade e eventual risco que sua liberdade plena representa para terceiros” (RHC n. 63.855/MG, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Dje 13/6/2016).” (6ª Turma – RHC 96.158/SP, j. 14/08/2018)

Mas os atos infracionais como elementos de valoração negativa na personalidade do agente para o incremento da pena-base não têm sido admitidos, como veremos na tese seguinte.

e) Aplicação da pena - Os atos infracionais não podem ser considerados como personalidade desajustada ou voltada para a criminalidade para fins de exasperação da pena-base.

Havia no STJ decisões segundo as quais os atos infracionais eram aptos a exasperar a pena-base se considerados na personalidade do agente:

“Embora o envolvimento anterior em atos infracionais não possa ser considerado como maus antecedentes e nem se preste para induzir a reincidência, demonstra a “personalidade voltada para o mundo do crime” e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar

o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria.” (HC 198.223/PE, j. 19/02/2013)

Ultimamente, no entanto, a orientação tem sido diversa. Ainda que se considere que na análise da personalidade se faz um simples retrato psíquico, no qual o ato infracional não é tratado como se fosse um crime, mas como um aspecto que pode revelar inclinação para a prática de atos ilícitos, tem-se decidido que a conduta praticada quando o agente era inimputável não pode ter influência direta na pena aplicada:

“Conforme o entendimento firmado no âmbito na Terceira Seção, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo, portanto, ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. Precedente.” (HC 364.532/SP, j. 07/12/2017).

2-TEMA: Colaboração premiada - termo de confidencialidade (breves comentários e modelo)

O termo de confidencialidade, na seara da colaboração premiada (Lei 12.850/13), é o contrato por meio do qual o Ministério Público se compromete a manter em sigilo as informações que serão trocadas durante a revelação do pretense colaborador. Será, em regra, unidirecional, quando apenas uma das partes revelará informações que deverão ser mantidas em segredo pela outra.

O ato tem reflexo importante nos benefícios a serem acordados, pois, com a sua assinatura, o pretense colaborador já pode ser considerado o primeiro agente a prestar efetiva colaboração. Não sendo o líder da organização, pode o Ministério Público deixar de ofertar a denúncia (art. 4º, §4º, incs. I e II, da Lei 12.850/13). Como expresso no texto legal, trata-se de mera faculdade conferida ao “parquet”, pelo que não se deve cogitar de nenhum direito subjetivo do agente a não ser denunciado.

Entendemos que os dois requisitos dos incs. I e II acima deverão estar presentes concomitantemente, isto é, não basta o preenchimento de um deles apenas, senão de ambos. Fosse a “ratio legis” se contentar apenas com um deles e teria empregado a partícula “ou”, o que não se verifica. Demais disso, pensar-se de forma diversa importaria na banalização do instituto, o que se mostra preocupante em face da tantas vezes reiterada gravidade dos crimes perpetrados em organização.

MODELO DE TERMO DE CONFIDENCIALIDADE (clique [aqui](#)).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-TEMA: Venda premiada. Captação de recursos de terceiros. Pessoa jurídica praticante de atividade de consórcios. Equiparação a instituição financeira. Ausência de autorização do Banco Central. Caracterização de crime contra o sistema financeiro nacional. Lei n. 7.492/1986. Competência da Justiça Federal.

INFORMATIVO 637 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

A simulação de consórcio por meio de venda premiada, operada sem autorização do Banco Central do Brasil, configura crime contra o sistema financeiro, tipificado pelo art. 16 da Lei n. 7.492/1986, o que atrai a competência da Justiça Federal.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Cinge-se a controvérsia a definir se a "venda premiada" de motocicletas pode ser considerada uma simulação de consórcio, de forma que a conduta descrita na denúncia possa se subsumir em tipos penais incriminadores descritos na Lei n. 7.492/1986, dentre eles, o crime tipificado no art. 16, consistente em operar instituição financeira, sem a devida autorização. Preliminarmente, cumpre salientar que em pesquisa à jurisprudência do STJ, constata-se mudança de entendimento em curto espaço de tempo. O precedente da Terceira Seção, CC 121.146/MA, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, de junho de 2012, dispõe que "as operações denominadas compra premiada ou venda premiada - caracterizadas pela promessa de aquisição de bens, mediante formação de grupos, com pagamentos de contribuições mensais e sorteios, cujos contemplados ficam exonerados de adimplir as parcelas restantes - não constituem atividades financeiras para fins de incidência da Lei n. 7.492/1986". De outro lado, há precedentes, em sede de habeas corpus, no sentido de que a compra premiada – ainda que levada a efeito sem autorização do Banco Central do Brasil e mesmo não caracterizando um consórcio puro – trata-se de um simulacro de consórcio, que capta e administra recurso de terceiros, de modo a se enquadrar no tipo penal previsto do art. 16, caput, da Lei n. 7.492/1986. Feito um panorama jurisprudencial do STJ acerca do tema, observa-se que o melhor posicionamento é o de que a simulação de consórcio por meio de

venda premiada, operada sem autorização do Banco Central do Brasil, configura crime contra o sistema financeiro devendo, assim, ser apurada pela Justiça Federal. Ademais, ainda que não haja identidade perfeita entre a venda premiada e o consórcio, é evidente que não se trata de venda comum, na medida que a pessoa jurídica capta recursos de terceiros, podendo, portanto, ser considerada instituição financeira a teor do art. 1º da Lei n. 7.492/1986. Desse modo, a ausência de autorização do Banco Central do Brasil não afasta a prática de crime contra o sistema financeiro, ao contrário, constitui justamente elemento constante no tipo descrito no art. 16 da Lei n. 7.492/1986.

PROCESSO: CC 160.077-PA, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, por unanimidade, julgado em 10/10/2018, DJe 19/10/2018

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Conforme o artigo 1º da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86): “Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários”.

Prossegue o parágrafo único do referido artigo dispondo que se equipara à instituição financeira: i) a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; ii) a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

Como se percebe, a caracterização de instituição financeira, para fins penais, pressupõe a operação de recursos de terceiros, não se enquadrando na definição legal a instituição que opera recursos próprios. Por esta razão, o entendimento pacificado em nossos Tribunais é no sentido de que a prática da agiotagem (crime contra a economia popular) não se confunde com crime contra o sistema financeiro. De fato, o agiota se vale de recursos próprios. Neste sentido, STF, HC 66741 / SP, rel. Min. Aldir Passarinho, j.07/03/89.

É importante que se tenha em mente que o conceito de instituição financeira para fins penais não coincide, totalmente, com o conceito cunhado pela Lei nº 4.595/65, que faz menção à operação de recursos próprios. Com efeito, a Lei n.º 4595/65, que “Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”, traz, em seu artigo 17, a definição de instituição financeira, nos seguintes termos: “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou

acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

A definição contida na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional deve ser a legislação empregada para a definição de instituição financeira, para os fins a que se destinam a Lei de Atribuições da Polícia Federal. E isto porque, muito embora a Lei nº 7.492/86 assevere que o conceito de instituição financeira somente se aplica para os fins da própria Lei, o fato é que temos um conceito de instituição financeira para fins penais. nada justifica, portanto, que não se empregue o mesmo conceito, quando nos referimos aos crimes de que são vítimas as instituições financeiras, como no dispositivo legal em comento.

2- TEMA: Desnecessidade de intimação pessoal do acusado sobre o resultado do julgamento do recurso de apelação criminal

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.777.308 - SP (2018/0290170-7)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO MINISTERIAL. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ACUSADO SOBRE O RESULTADO DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. EXIGÊNCIA APENAS PARA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. REGULAR NOTIFICAÇÃO DO PATRONO CONTRATADO PELO RÉU. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Reza o art. 392, incs. I e II, do CPP:

“A intimação da sentença será feita:

I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

(...)”

A Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que a intimação pessoal do acusado, nos termos do artigo 392, incisos I e II, do CPP, é necessária apenas em relação à sentença condenatória proferida em primeira instância, de tal sorte que a intimação do acórdão prolatado em segunda instância se aperfeiçoa com a publicação da decisão na imprensa oficial.

DIREITO PENAL:

1- TEMA: Legitimidade para execução de multas em condenações penais é do Ministério Público

DECISÃO DO STF - Publicado em notícias do STF no dia 13/12/2018

No julgamento conjunto da ADI 3150 e de questão de ordem na AP 470, os ministros entenderam que, por ter natureza de sanção penal, a competência da Fazenda Pública para executar as multas se limita aos casos de inércia do MP.

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) definiu que o Ministério Público é o principal legitimado para executar a cobrança das multas pecuniárias fixadas em sentenças penais condenatórias. Na sessão desta quinta-feira (13), os ministros entenderam que, por ter natureza de sanção penal, a competência da Fazenda Pública para executar essas multas se limita aos casos de inércia do MP.

O tema foi debatido conjuntamente na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3150, de relatoria do ministro Marco Aurélio, e na 12ª Questão de Ordem apresentada na Ação Penal (AP) 470, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. A controvérsia diz respeito ao artigo 51 do Código Penal, que estabelece a conversão da multa pecuniária em dívida de valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e determina que a cobrança se dê conforme as normas da legislação relativa à dívida ativa. A Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI 3150 pedindo que o texto seja interpretado de forma a conferir legitimidade exclusiva ao MP para executar essas dívidas. A União, por sua vez, argumentou que a competência seria da Fazenda Pública.

O julgamento foi retomado com o voto do ministro Roberto Barroso, que reafirmou o entendimento apresentado na 12ª Questão de Ordem na AP 470 no sentido da procedência parcial da ADI 3150. Segundo ele, o fato de a nova redação do artigo 51 do Código Penal transformar a multa em dívida de valor não retira a competência do MP para efetuar sua cobrança. Ele lembrou que a multa pecuniária é uma sanção penal prevista na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XLVI, alínea “c”), o que torna impossível alterar sua natureza jurídica

por meio de lei. Ressaltou, também, que a Lei de Execuções Penais (LEP), em dispositivo expresso, reconhece a atribuição do MP para executar a dívida.

Segundo Barroso, o fato de o MP cobrar a dívida, ou seja, executar a condenação, não significa que ele estaria substituindo a Fazenda Pública. O ministro destacou que a condenação criminal é um título executivo judicial, sendo incongruente sua inscrição em dívida ativa, que é um título executivo extrajudicial. Reafirmando seu voto na 12ª Questão de Ordem na AP 470, o ministro salientou que, caso o MP não proponha a execução da multa no prazo de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença, o juízo da vara criminal comunicará ao órgão competente da Fazenda Pública para efetuar a cobrança na vara de execução fiscal. “Mas a prioridade é do Ministério Público, pois, antes de ser uma dívida, é uma sanção criminal”, reiterou.

Seguiram essa corrente os ministros Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (presidente). Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que votaram pela improcedência da ADI por entenderem ser competência da Fazenda Pública a cobrança da multa pecuniária.

A ADI 3150 foi julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição ao artigo 51 do Código Penal, explicitando que, ao estabelecer que a cobrança da multa pecuniária ocorra segundo as normas de execução da dívida pública, não exclui a legitimidade prioritária do Ministério Público para a cobrança da multa na vara de execução penal. A questão de ordem foi resolvida no sentido de assentar a legitimidade do MP para propor a cobrança de multa com a possibilidade de cobrança subsidiária pela Fazenda Pública.

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

Em face da sistemática imposta pela Lei 9.268/96, que alterou o art. 51 do Código Penal para estabelecer que a multa “será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, há divergência a respeito da legitimidade para a execução em caso de inadimplência. Há, basicamente, três orientações:

1ª) a competência continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público, seguindo o rito da LEP (arts. 164 e ss – Cezar Roberto Bitencourt).

2ª) a competência continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público, mas o rito a ser seguido é o previsto na Lei de Execuções Fiscais.

3ª) com o advento da Lei n. 9.268/1996, a multa criminal torna-se executável por meio dos procedimentos próprios da execução fiscal, afastando-se a competência da Vara de Execuções Penais. É, portanto, da Fazenda Pública – e não do Ministério Público – a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória.

Esta última orientação foi adotada pelo STJ por meio da súmula 521:

“A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.”

Mas o tribunal continuou atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para adotar medidas assecuratórias do pagamento da multa

“O Ministério Público tem legitimidade para promover medida assecuratória que vise à garantia do pagamento de multa imposta por sentença penal condenatória. É certo que, com a edição da Lei 9.268/1996, a qual deu nova redação ao art. 51 do CP, modificou-se o procedimento de cobrança da pena de multa, passando-se a aplicar as regras referentes à Fazenda Pública. Cabe referir, por oportuno, que não obstante a pena de multa tenha passado a ser considerada dívida de valor, não perdeu sua natureza jurídica de sanção penal. Todavia, na hipótese em análise, discute-se a legitimidade do MP não para cobrança de pena de multa – esta sim de legitimidade da Fazenda Pública –, mas para promover medida assecuratória, a qual está assegurada tanto pelos termos do art. 142 do CPP quanto pela própria titularidade da ação penal, conferida pela Constituição Federal. Precedentes citados: Resp 1.115.275-PR, Quinta Turma, DJe 4/11/2011); e RMS 21.967-PR, Quinta Turma, DJe 2/3/2009.” (REsp 1.275.834-PR, j. 17/03/2015).

Em julgamento realizado hoje (13/12/2018), no entanto, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal – não alterada pela Lei 9.268/96 –, a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público na própria Vara de Execuções Penais.

O tribunal apreciou conjuntamente uma questão de ordem na Ação Penal 470 e a ADI 3150. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da Vara de Execuções Penais para a execução da pena de multa. Já na questão de ordem contestava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação.

Segundo o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal.

Ainda segundo a decisão, apenas se o Ministério Público não adotar as providências para a cobrança no prazo de noventa dias é que o juiz da Vara de Execuções Penais deve cientificar a Fazenda Pública para que proceda à cobrança perante a Vara de Execuções Fiscais e com base na Lei 6.830/80.

2- TEMA: Tráfico de drogas- Crime de associação para o tráfico

PESQUISA PRONTA- STJ

Pesquise sobre este tema na base de Acórdãos do STJ: [Análise da necessidade ou não do dolo de associar-se com estabilidade e permanência para a caracterização do crime de associação para o tráfico](#)

COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O art. 35 da Lei 11.343/06 define o delito de associação para o tráfico da seguinte forma: “associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º, e 34 desta Lei”.

Entendeu por bem o legislador punir os atos preparatórios para a prática do tráfico de drogas e maquinários. Entretanto, não é necessária a efetivação dos referidos delitos, mas, simplesmente, a associação com esse fim específico.

A associação para o tráfico é uma modalidade especial de associação criminosa (art. 288 do CP), porém, com algumas diferenças, a saber: exigem-se duas pessoas para que seja configurada a associação para o tráfico e três para o delito do art. 288 do CP. Além disso, a finalidade do crime do Código Penal é a prática de crimes, genéricos, enquanto a finalidade da associação para o tráfico é a prática, reiterada ou não, de quaisquer crimes previstos nos arts. 33 e 34 da Lei de Drogas. A associação, em ambos os delitos, deve ser estável e permanente.

Portanto, para o reconhecimento do crime do art. 35 da Lei de Drogas, não basta a convergência de vontades para a prática das infrações constantes dos arts. 33 e 34. É

necessário, também, a intenção associativa com a finalidade de cometê-las. Assim vem decidindo de forma copiosa os Tribunais Superiores.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

10 de dezembro de 2018

1- Indeferida liminar para governador do Rio preso acusado de substituir Cabral como líder de organização criminosa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de dezembro de 2018

2- Homologação de acordos de colaboração premiada no STF restituem mais de R\$ 780 milhões em multas na Operação Lava-Jato

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Suspenso julgamento de pedido de arquivamento de investigações contra o ex-ministro Ricardo Berzoini

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Segunda Turma exclui denúncia contra Mario Negromonte por duas imputações de lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Rejeitada denúncia contra senador Fernando Bezerra Coelho sobre fatos ligados à Refinaria Abreu e Lima

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14 de dezembro de 2018

6- Íntegra da decisão do ministro Luiz Fux que determinou a prisão de Cesare Battisti para fins de extradição

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

10 de dezembro de 2018

7- Ação penal contra empresários por desabamento que matou dez deve prosseguir

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de dezembro de 2018

8- Quinta Turma garante acesso de Daniel Dantas a documentos de inquérito policial

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12 de dezembro de 2018

9- Sexta Turma concede habeas corpus a réu acusado de roubar uma maçã

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13 de dezembro de 2018

10- Quinta Turma nega alteração da ordem de testemunhas em ação contra vice-governador do Pará

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11- Relator substitui prisão de ex-secretários de Saúde do DF por medidas alternativas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14 de dezembro de 2018

12- Líder da milícia Liga da Justiça vai continuar em presídio federal de segurança máxima

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 034

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1) Tema - Lei 13.769/18: a prisão domiciliar e a progressão de regime para presas gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência

Em fevereiro de 2018, a 2ª Turma do STF concedeu *habeas corpus* coletivo (HC 143.641/SP, j. 20/02/2018) no qual figuravam como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional” que ostentassem “a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade”, além das próprias crianças que porventura estivessem na companhia de suas mães.

Analisando o mérito do *habeas corpus*, os ministros invocaram tanto a legislação nacional quanto a internacional para justificar a concessão da ordem.

Como apontou a decisão, as *Regras de Bangkok* estabelecem prioridade para soluções judiciais que promovam alternativas ao encarceramento, especialmente nas situações prévias à formação definitiva da culpa. Além disso, temos no plano interno o art. 227 da CF/88, que determina prioridade absoluta para a garantia dos interesses de crianças, e a manutenção de presas sem efetiva necessidade atinge o direito delas, que acabam sofrendo injustamente as consequências da prisão. E, por fim, o quadro revelado no processo demonstrava a necessidade de cumprir a lei sobre as políticas públicas para a primeira infância (Lei 13.257/16), que inclusive alterou o art. 318 do CPP nas disposições relativas à substituição da prisão preventiva pela domiciliar, permitindo-a para gestantes, mulheres com filho de até doze anos incompletos e homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados do filho de até doze anos incompletos.

O suporte fático para a concessão da ordem consistiu na comprovação de que mulheres grávidas e mães de crianças (compreendidas no sentido legal conferido pelo art. 2º do ECA: até doze anos incompletos) estavam sendo submetidas a prisões preventivas em situação degradante, não dispunham de cuidados médicos pré-natais e pós-parto e não contavam com berçários e creches para seus filhos.

Em razão disso, determinou-se “a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício”. E estendeu-se a ordem de ofício a todas as demais presas gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas que estivessem na mesma situação daquelas beneficiadas diretamente pela impetração.

Pois bem, na esteira da decisão proferida pelo STF, a Lei 13.769/18 altera a legislação processual penal para disciplinar a matéria de forma expressa. Para tanto, a lei insere no Código de Processo Penal os artigos 318-A e 318-B.

O art. 318-A estabelece que a prisão preventiva decretada sobre a “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que a presa: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

A lei processual penal já estabelecia a possibilidade de conceder prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva para gestantes e mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos no art. 318, incisos IV e V. Há, porém, uma diferença que certamente trará problemas na prática: o *caput* do art. 318 dispõe que o juiz **poderá substituir** a prisão preventiva pela domiciliar, ao passo que o *caput* do novo art. 318-A dispõe que a prisão preventiva **será substituída**, a não ser que uma das situações elencadas nos incisos o impeça.

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi criar um poder-dever para o juiz, isto é, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho ou dependente podem impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permaneçam presas cautelarmente. Neste passo, a nova lei é mais pródiga na concessão do benefício do que foi a decisão do STF no *habeas corpus* coletivo, cujo acórdão reconhece que “situações excepcionalíssimas” podem fundamentar a denegação da prisão domiciliar. Nesta ressalva era possível inserir crimes que, não obstante cometidos sem violência ou ameaça, guardavam acentuada gravidade. O STJ, por exemplo, tem decisões nas quais se refere a situações excepcionalíssimas referentes à prática de tráfico de drogas:

“V - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. VI - Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade, consoante consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes.” (HC 471.503/RJ, j. 13/11/2018).

“O fato de a acusada comercializar entorpecentes em sua própria residência, local onde foi apreendida quantidade relevante de cocaína, já embalada em porções individuais, além de outros petrechos comumente utilizados para o tráfico de drogas, evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não cessaria a possibilidade de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (STJ – RHC 96.737/RJ, j. 19/06/2018).

“O fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro – líder da associação, atualmente privado de sua liberdade – evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não seria suficiente para evitar a prática delitiva no interior de sua residência, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (RHC 96.157/RS, j. 05/06/2018).

A nosso ver, não andou bem o legislador. Acabou desconsiderando o cometimento de crimes graves como o já mencionado tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a **necessidade** e com **adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato** e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, como apresentado, o novo dispositivo (art. 318-A) opõe-se abertamente às **regras gerais** para a concessão de cautelares, ignorando as circunstâncias do crime cometido, se a substituição é **adequada e suficiente** para impedir a reiteração delitiva e para garantir a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, tem o legislador (e o juiz) a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbem o Estado.

Por fim, ainda que se admita a existência de um direito subjetivo da presa à concessão do favor legal, sempre haverá algum espaço para que o magistrado formule um conceito de ordem subjetiva. Assim, por exemplo, há que se analisar se a criança, filha da presa vive efetivamente sob sua companhia, pois é comum que se encontre sob a guarda de fato ou de direito de uma avó ou mesmo do pai. Em relação à pessoa portadora de deficiência, ela pode, eventualmente, encontrar-se internada em uma clínica, quando, então, os cuidados da detenta serão dispensáveis. Não se pode ignorar, também, o cabimento da preventiva como sanção processual para o caso de descumprimento injustificado do benefício legal.

O art. 318-B dispõe que a substituição da prisão preventiva pela domiciliar pode ser efetuada com aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319. Considerando que a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, da qual só pode ausentar-se com autorização judicial, a nosso ver são compatíveis as seguintes medidas estabelecidas no art. 319:

- *proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;*
- *suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;*
- *monitoração eletrônica.*

Além das regras a respeito da prisão domiciliar, a Lei 13.769/18 promoveu alterações em três dispositivos da Lei de Execução Penal.

O art. 112, que trata da progressão de regime, passa a contar com o § 3º para disciplinar de forma específica a progressão da mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Neste caso, são requisitos **cumulativos** para a progressão:

I – não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II – não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III – ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV – ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V – não ter integrado organização criminosa.

A fração de pena a ser cumprida é menor do que a regra estabelecida no *caput* do art. 112 (um sexto da pena), mas há outros requisitos que devem ser atendidos **conjuntamente** e que não compõem a regra geral do sistema progressivo de pena, como a primariedade e a inexistência de violência ou grave ameaça.

O § 4º do art. 112 – também inserido pela Lei 13.769/18 – estabelece que o cometimento de novo crime doloso ou falta grave implica “a revogação do benefício previsto no § 3º”, ou seja, provoca a regressão de regime. Sem implicar na violação do princípio da presunção de inocência – ou de não culpa –, não se exige – assim como ocorre na regressão disposta no art. 118 da LEP – sentença condenatória transitada em julgado, bastando prova, no incidente próprio, de que a condenada praticou crime ou fato definido como falta grave.

Em tempo: a Lei 13.769/18 também alterou a progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados se a condenada é gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência. Segundo a nova redação do art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/90, a progressão de regime deve observar as regras estabelecidas nos §§ 3º e 4º do art. 112 da LEP. Cria-se, pois, uma progressão de regime mais branda para crimes de natureza hedionda tendo em consideração as condições pessoais da condenada.

Dada a redação do § 4º do art. 112, uma dúvida pode surgir: “revogação do benefício” quer dizer apenas a regressão de regime ou também a impossibilidade de que nova progressão seja concedida

com base nas regras mais amenas? Trata-se, pensamos, de vedação a nova progressão de regime com base no § 3º do art. 112. Caso a condenada cumpra os requisitos do § 3º, progredida de regime e cometa novo crime ou falta grave, deverá regredir e cumprir os requisitos gerais – da LEP ou da Lei 8.072/90 – para que possa progredir de regime novamente. Assim é porque não faria sentido se referir a “revogação do benefício” se a intenção fosse apenas a regressão, que já uma consequência necessária do cometimento de crime ou falta grave durante a execução da pena, como estabelece o art. 118, I, da LEP. Como o § 3º do art. 112 estabelece uma forma de progressão especial, devem ser beneficiadas somente as condenadas que se mostrem aptas à ressocialização, pois, caso contrário, não se justifica o tratamento menos severo.

Por fim, o art. 72 da LEP, que trata das atribuições do Departamento Penitenciário Nacional, passa contar com o inciso VII, que impõe ao órgão a obrigação de “acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial de que trata o § 3º do art. 112, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais”. Pretende-se com isso, diante das regras menos severas para a progressão de regime, garantir que as finalidades da pena sejam cumpridas e que as intenções da execução penal mais moderada (cuidados com a gestação, o filho ou a pessoa dependente) sejam alcançadas.

E o § 2º do art. 72 – também inserido pela Lei 13.769/18 – dispõe que “Os resultados obtidos por meio do monitoramento e das avaliações periódicas previstas no inciso VII do caput serão utilizados para, em função da efetividade da progressão especial para a ressocialização das mulheres de que trata o § 3º do art. 112, avaliar eventual desnecessidade do regime fechado de cumprimento de pena para essas mulheres nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça”. Considerando que as mulheres que são monitoradas já foram beneficiadas pela progressão mais branda, o que torna dispensável a avaliação da desnecessidade do regime fechado, a nosso ver este dispositivo cria um procedimento de política criminal em que a efetividade da ressocialização de mulheres que progrediram de regime com base na regra especial do § 3º do art. 112 pode indicar a desnecessidade de que se imponha o regime inicial fechado nas futuras condenações de outras mulheres que estejam na mesma condição e que tenham cometido crimes sem violência ou grave ameaça. Dessa forma, provando-se efetiva a progressão especial criada pela Lei 13.769/18, seria possível, mesmo diante da quantidade da pena aplicada, que o juiz afastasse o regime inicial fechado e determinasse desde logo o acompanhamento da condenada pelos órgãos incumbidos da fiscalização da execução penal.

2) Tema - Lei 13.771/18: altera majorantes no feminicídio

Com a entrada em vigor da Lei 13.104/15, o art. 121 do Código Penal passou a contar com a qualificadora do feminicídio (§ 2º, inc. VI). Sobre esta qualificadora podem incidir as majorantes estabelecidas no § 7º, que sofreu alterações pela Lei 13.771/18. Vejamos, em síntese, quais são as majorantes e o que se modifica em razão do novo diploma legal.

A pena do feminicídio pode ser aumentada de um terço à metade se o crime for cometido:

a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto: aqui não houve nenhuma alteração. Aplica-se a majorante desde o momento em que gerado o feto até três meses após o nascimento. O aumento da pena se justifica inclusive nas situações em que demonstrada a inviabilidade do feto, pois o objeto da proteção especial é a mulher em fase de gestação, não exatamente o feto.

O aborto não é pressuposto da causa de aumento, e, caso do homicídio decorra a morte, querida ou aceita, do ser humano em gestação, o agente responderá, em concurso formal, pelo homicídio majorado e pelo aborto.

b) contra pessoa menor de catorze anos, maior de sessenta anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental: ao se referir à idade da vítima (menor de catorze ou maior de sessenta anos) o dispositivo repete o § 4º do art. 121. Ressalta-se, porém, que, nesta majorante, diferentemente daquela do § 4º, em que o aumento é fixo em um terço, o aumento é variável de um terço à metade.

Outra figura da causa de aumento contempla a vítima com deficiência (física ou mental). O conceito de pessoa portadora de deficiência é trazido pelo art. 2º da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. E, com a alteração promovida pela Lei 13.771/18, majora-se também a pena se a vítima tem alguma doença degenerativa que provoque limitação ou vulnerabilidade física ou mental, como esclerose múltipla, esclerose lateral amiotrófica, Parkinson, Alzheimer, osteoporose, arteriosclerose, diabetes e alguns tipos de câncer.

c) na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima: expressa o texto legal que o comportamento criminoso ocorra na *presença* do ascendente ou do descendente da vítima. Diante do atual estágio de interação humana, em que ambientes de presença virtual são capazes de tornar a comunicação por meio de áudio e vídeo muito próxima da realidade, já havia doutrina sustentando, quando o § 7º foi incluído pela Lei 13.104/15, a possibilidade de interpretação extensiva do vocábulo *presença* para nele abarcar outras formas de interação que não a física, como chamadas com vídeo pela *internet* (Skype, por exemplo). Com a modificação promovida pela Lei 13.771/18, a majoração pela presença virtual é expressa.

d) em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do art. 22 da Lei Maria da Penha: por meio da Lei 13.771/18, inseriu-se nova majorante para as situações em que o homicida comete o crime apesar da existência de medidas protetivas contra si decretadas nos termos da Lei Maria da Penha. O inciso I do art. 22 estabelece a medida de suspensão da posse ou restrição do porte de armas; o inciso II consiste no afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; e no inciso III temos a proibição de determinadas condutas, entre as quais: a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor; b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

Desde a entrada em vigor da Lei 13.641, em abril de 2018, o descumprimento de medidas protetivas é crime punido com detenção de três meses a dois anos, mas, se ocorre no mesmo contexto da prática do homicídio, incide apenas a causa de aumento, afastando-se a figura criminosa autônoma diante do *bis in idem* provocado pela imputação simultânea.

3) Tema - Lei 13.772/18: criminaliza o registro não autorizado de cena de nudez ou ato de libidinagem de caráter íntimo e privado

Considerações iniciais: A Lei 13.772/18, ao mesmo tempo em que reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar (art. 7º., II, da Lei 11.340/06), criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado, inserindo no Código Penal o art. 216-B, tipificando as condutas de produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes. E, de acordo com o parágrafo único, incorre na mesma pena quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

O crime é de menor potencial ofensivo, pois a pena cominada é de detenção de seis meses a um ano, além da multa.

Objetividade jurídica: A objetividade jurídica é a tutela da intimidade, tanto que a mesma lei que insere o art. 216-B institui nos crimes contra a dignidade sexual um capítulo denominado “Da exposição da intimidade sexual”.

O tipo preenche a lacuna que existia em relação à punição da conduta de indivíduos que registravam a prática de atos sexuais entre terceiros. Foi a grande repercussão quando, em janeiro de 2018, um casal alugou um apartamento para passar alguns dias no litoral de São Paulo e, depois de se instalar, percebeu uma pequena luz atrás de um espelho que guarnecia o quarto. O inusitado sinal faz com que um deles vistoriasse o espelho e, espantado, descobrisse que ali há uma câmera instalada. O equipamento foi imediatamente desligado e, logo em seguida, o casal recebeu uma ligação do proprietário do imóvel, que indagou se havia ocorrido algum problema, o que indicava que as imagens estavam sendo transmitidas em tempo real.

Embora se tratasse de conduta violadora da intimidade e que inequivocamente dava ensejo a indenização por danos morais, o ato – não tão incomum – de quem instalava um equipamento de gravação nas dependências de um imóvel para captar imagens íntimas sem o consentimento dos ocupantes não se subsumia a nenhum tipo penal. A partir de agora, é classificado como crime contra a dignidade sexual.

Sujeitos: Não se exige nenhuma qualidade especial do sujeito ativo, tampouco do sujeito passivo, razão por que o crime pode ser considerado bicomum.

Conduta: No *caput* do dispositivo são quatro as condutas típicas: *produzir* (pôr em prática, levar a efeito, realizar), *fotografar* (imprimir a imagem de alguém por meio da fotografia), *filmar* (registrar a imagem de alguém por meio de vídeo) e *registrar* (alocar em bases de dados) cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

Entende-se como cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado qualquer situação íntima que envolva uma ou mais pessoas em ambiente restrito, não acessível ao público. É evidente que se o ato de caráter sexual ocorre em local acessível ao público o bem jurídico tutelado (intimidade) é exposto pelo próprio titular, razão pela qual não pode ser considerado violado pelo terceiro que captura a imagem.

Note-se que embora a lei utilize a expressão *participantes* – no plural – não se exclui da incidência do tipo o registro não autorizado de apenas uma pessoa em momento de intimidade.

Trata-se, no mais, de tipo misto alternativo, ou seja, se o agente, no mesmo contexto fático, incorrer em mais de uma ação nuclear típica (fotografar, filmar e registrar, por exemplo), responderá por apenas um crime, embora isso possa se refletir na aplicação da pena.

A conduta equiparada do parágrafo único não envolve propriamente a violação da intimidade, pois não consiste na captura de imagens reais de alguém nu ou praticando um ato sexual. Trata-se de montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual.

Há atualmente *softwares* capazes de simular com muita verossimilhança a participação de alguém em ato sexual praticado por terceiros. Durante as eleições de 2018 foi amplamente divulgado o caso envolvendo um candidato que, segundo se apurou à época, foi vítima deste tipo de conduta, que não encontrava correspondência típica específica, embora pudesse, conforme as circunstâncias, se subsumir à injúria, assim como ocorria com a divulgação de imagens de sexo, nudez ou pornografia, hoje tipificada no art. 218-C do Código Penal.

Por fim, caso o agente faça o registro indevido e posteriormente divulgue a cena, deve responder pelos crimes do art. 216-B e 218-C em concurso material.

Voluntariedade: Consiste no dolo de praticar uma das condutas sem autorização dos participantes. Não se exige finalidade especial, nem mesmo a satisfação da lascívia.

Consumação e tentativa: O delito se consuma com a prática de uma das ações típicas, que podem ser fracionadas e admitem a tentativa. Suponhamos que o equipamento esteja instalado e, antes de ser registrada, a vítima perceba e evite o constrangimento. Neste caso o agente responde portentativa.

Ação penal: Seguindo a regra estabelecida pela Lei 13.718/18, que modificou a redação do art. 225 do Código Penal, a ação penal é pública incondicionada.

4) Tema - Lei 13.803/19: Notificação de faltas escolares e o crime de abandono intelectual

A Constituição Federal dispõe no art. 205: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Também o Código Civil estabelece, no art. 1.634, I, que compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores, “dirigir-lhes a criação e educação”.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/1996), de sua parte, dispõe, em seu art. 2º, que “a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. O art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), reza que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

De acordo com as disposições da Lei nº 12.796/13, que alterou as diretrizes e bases da educação nacional, a educação básica e gratuita, dos quatro aos dezessete anos de idade, se organiza da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio. E o art. 6º da Lei nº 9.394/96, também modificado, impõe aos pais e responsáveis a obrigação de efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos quatro anos de idade.

O Código Penal, dentro desse espírito, pune no art. 246 o abandono intelectual, acautelando, a exemplo dos crimes que o precedem, a organização da família, agora no que tange à formação do filho em idade escolar.

O crime consiste em deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar. A omissão pode se dar tanto pela falta da matrícula quanto pelo desleixo na obrigação de enviar o menor matriculado à escola. A caracterização do delito pela falta de matrícula é de fácil apuração, mas a outra modalidade, em que o menor é matriculado mas costuma faltar às aulas, demanda que se apure se o número de faltas é suficiente para indicar o abandono.

De modo geral, a doutrina se refere à necessidade de um tempo juridicamente relevante de ausência, ou ainda à necessidade de habitualidade nas faltas. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, alterada pela Lei 13.803/19, pode auxiliar a estabelecer um parâmetro objetivo.

Promulgada em 10 de janeiro, referida lei alterou o art. 12 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que dispõe sobre as incumbências dos estabelecimentos de ensino, obrigados, segundo a nova regra, a notificar ao Conselho Tutelar a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de trinta por cento do percentual permitido em lei, que é de no máximo vinte e cinco por cento do total de horas letivas. Com base neste parâmetro, torna-se possível uma apuração mais rigorosa e menos subjetiva no âmbito criminal, em que a ocorrência do abandono será analisada em contraste com as disposições da lei que estabelece as regras gerais para a educação.

5) Tema - Lei 13.804/19: Cassação de habilitação para autores de receptação, descaminho e contrabando

A receptação, o descaminho e o contrabando representam certamente parte muito significativa das infrações penais cometidas atualmente no Brasil. São, com efeito, alarmantes os números relativos a veículos e suas peças, eletrônicos e outros produtos furtados e roubados que acabam sendo receptados e vendidos em estabelecimentos comerciais regulares e irregulares. Em 2017, somente no Estado de São Paulo foram registrados 104.829 furtos e 67.964 roubos de veículos, além de 10.584 roubos de carga. É evidente que a receptação facilitada é a grande causa dos altos índices de furto e roubo, pois a maioria dos produtos é subtraída com destinação certa: o mercado paralelo ilegal. São também impressionantes os números relacionados ao contrabando e ao descaminho. Estima-se que, em conjunto, entre 2015 e 2017 ambos causaram prejuízos em torno de 345 bilhões de reais.

Em razão disso, diversas medidas têm sido adotadas para inibir a prática de tais crimes. Descaminho e contrabando são combatidos sobretudo com a fiscalização do trânsito nas fronteiras brasileiras, especialmente com o Paraguai e com a Bolívia. O combate à receptação pode envolver medidas que impliquem maior formalidade e fiscalização mais intensa em estabelecimentos comerciais, como se verifica no Estado de São Paulo, que, por meio da Lei 15.276/14, obriga as empresas do ramo de desmontagem de veículos e de comercialização das respectivas partes e peças a solicitar credenciamento junto ao DETRAN – o que pressupõe, dentre outros requisitos, a apresentação de atestado de antecedentes criminais e certidão de distribuições criminais dos sócios-proprietários –, a comunicar ao DETRAN a entrada de veículo em seu estabelecimento para fins de desmontagem e a implementar sistema de controle que permita o rastreamento de todas as etapas do processo de desmontagem, desde a origem das partes e peças, incluindo a movimentação do estoque, até a sua saída. Estas providências facilitam a fiscalização, que pode facilmente detectar se o comércio é irregular.

Mas, dada a gravidade da situação, providências devem ser adotadas em outras frentes. A Lei 13.804/19 surge para somar esforços ao estabelecer punição administrativa a quem for flagrado cometendo receptação, descaminho ou contrabando por meio de veículo automotor. A lei insere no Código de Trânsito Brasileiro o art. 278-A, cujo caput dispõe:

“O condutor que se utilize de veículo para a prática do crime de receptação, descaminho, contrabando, previstos nos arts. 180, 334 e 334-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), condenado por um desses crimes em decisão judicial transitada em julgado, terá cassado seu documento de habilitação ou será proibido de obter a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 5 (cinco) anos.”

Busca-se atingir de forma mais severa o motorista que se dedica a transportar para o Brasil produtos proibidos ou sobre os quais não há o recolhimento dos tributos devidos, bem como aquele que se presta a transportar de um lugar a outro mercadorias furtadas e roubadas.

Controvérsia que, acreditamos, pode surgir, diz respeito à aplicação da penalidade a motoristas profissionais, que, tendo a habilitação cassada, não podem mais exercer a profissão que lhes proporciona o sustento.

A nosso ver, é inquestionável a possibilidade de aplicar a cassação, a exemplo, aliás, do que já ocorre com a suspensão da habilitação para motoristas profissionais envolvidos em crimes culposos de trânsito. Há quem sustente que a pena de suspensão não pode ser aplicada contra o motorista profissional, mas o STJ se orienta em sentido diverso:

“O fato de o agravante ser motorista profissional não impede a aplicação da pena acessória de suspensão da habilitação, pois é justamente tal categoria que deveria agir com maior prudência no trânsito. 5. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, os motoristas profissionais – mais do que qualquer outra categoria de pessoas – revelam maior reprovabilidade ao praticarem delito de trânsito, merecendo, pois, a reprimenda de suspensão do direito de dirigir, expressamente prevista no art. 302 do CTB, de aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade. Dada a especialização, deles é de se esperar maior acuidade no trânsito” (AgRg no REsp 1.744.154/CE, j. 23/10/2018).

Ora, se a suspensão da habilitação é possível até mesmo em crimes de resultado involuntário, com muito mais razão deve ser admitida a cassação nas situações em que o motorista faz de sua profissão um meio para a prática de delitos.

No mais, o § 2º do art. 278-A admite uma espécie de suspensão cautelar da habilitação do motorista preso em flagrante pelo cometimento de um dos citados delitos. Em caso de necessidade de garantir a ordem pública, a medida pode ser decretada em qualquer fase da investigação ou da ação penal, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. Inibese, com isto, a situação recorrente do motorista que, preso em flagrante, logo é solto e volta a conduzir veículos com o mesmo propósito. Embora possa parecer de pouca utilidade à primeira vista, a medida pode dificultar a ação de organizações criminosas que buscam conferir aparência de legalidade ao transporte, o que pressupõe motoristas aptos e sobre os quais não recaia suspeita imediata.

Finalmente, transcorrido o prazo de cinco anos, o condenado poderá requerer sua reabilitação, desde que se submeta a todo o procedimento estabelecido no Código de Trânsito para a habilitação de motoristas.

6) Tema – Aspectos penais do Decreto 9.685/19 (posse de arma de fogo)

REFLEXOS PENAIS DO DECRETO 9.685, DE 15 DE JANEIRO DE 2019, NO CRIME DO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

O texto original do Estatuto do Desarmamento previa que os registros de propriedade expedidos até a data de sua publicação (23 de dezembro de 2003), deveriam ser renovados junto à Polícia Federal

no prazo máximo de três anos (§ 3º do art. 5º). Tais registros eram expedidos, antes da nova lei, em geral, por autoridades estaduais. No entanto, o dispositivo sofreu diversas modificações, a última delas por meio da Lei 11.922/2009 (art. 20). Assim, o proprietário de arma de fogo com certificados de registro de propriedade expedido por órgão estadual ou do Distrito Federal até a data da publicação do Estatuto que não optou pela entrega espontânea prevista em seu art. 32, tinha o dever de renová-lo mediante o pertinente registro federal até o dia 31 de dezembro de 2009, desde que cumpridos certos requisitos. Portanto, o prazo já expirou, de modo que aqueles proprietários de armas de fogo que se omitiram em tal dever possuem-nas, desde então, ilegalmente, podendo até mesmo responder criminalmente por tal conduta. O mesmo se diga quanto aos proprietários de armas de uso permitido que não possuíam qualquer registro, visto que o art. 30 do Estatuto também fixou a mesma data para a devida regularização.

Aquele que registrou a arma ou renovou o registro dentro do prazo acima passou a ter uma arma em acordo com as determinações legais.

E se, depois disso, vencendo o prazo de validade do registro, pergunta-se: haverá o crime do art. 12 do Estatuto, caso o proprietário não entregue a arma à Polícia Federal?

Estando vencido o registro, não tendo providenciado o proprietário da arma sua renovação, não haverá o crime do art. 12 do Estatuto e o fato será atípico se a arma for encontrada nas condições descritas no dispositivo legal (posse dentro de casa ou local de trabalho). É que registro houve e os objetivos deste foram cumpridos, não havendo o rebaixamento da segurança pública apenas porque expirada sua validade. Trata-se, assim, de infração administrativa, sem reflexos penais. Esse posicionamento vem sendo, por sinal, adotado pelo STJ (RHC 80.365-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 14/03/2017). Mas nem todos concordam, daí a relevância das observações abaixo.

O que isso tem a ver com o Decreto 9.685/2019? Simples: o citado decreto renovou automaticamente todos os certificados de registro de arma de fogo expedidos antes da data de sua publicação (15 de janeiro de 2019), conforme texto de seu art. 2º: “Os Certificados de Registro de Arma de Fogo expedidos antes da data de publicação deste Decreto ficam automaticamente renovados pelo prazo a que se refere o § 2º do art. 16 do Decreto nº 5.123, de 2004”. Entendam: uma vez que a arma, lá nos primeiros anos de vigência do Estatuto do Desarmamento, tenha sido regularizada por meio do registro, houve a expedição de um certificado, que possui um determinado prazo de validade (já foi de 3 anos, passou para 5 anos e, agora, para 10 anos) e todos foram automaticamente renovados pelo novo decreto.

E aqui vem um ponto realmente importante: entendemos que esse dispositivo não faz distinção entre certificados ainda válidos e os vencidos, pois apenas menciona os certificados “expedidos antes da data de publicação deste Decreto”. Ora, assim pensamos porque nos parece evidente que mesmo os certificados já vencidos foram expedidos antes da data de publicação do decreto.

Portanto, a questão acima levantada – é crime possuir a arma com registro vencido? – perde toda importância na atualidade, pois a renovação automática dos registros retira a tipicidade da conduta –

para aqueles que entendiam ser típica –, pois os possuidores de tais armas agora deixam de estar em desacordo com a disposição regulamentar.

Mais uma indagação: essa renovação automática atinge aqueles que, por conta da promulgação do próprio Estatuto do Desarmamento, tinham o dever de regularizar a arma até o dia 31 de dezembro de 2009, mediante o pertinente registro ou sua renovação?

A resposta só pode ser negativa. É que, nesse caso, o prazo foi instituído pela própria Lei 10.826 e, como vimos, já expirou. Não se pode, pela via infralegal, alterar o prazo estabelecido em lei. Portanto, repita-se: uma vez regularizada a arma até 31 de dezembro de 2009, com o registro ou sua renovação, a arma passou a estar em acordo com a determinação legal; vencido depois o registro, não haverá crime, pois todos os certificados foram automaticamente renovados por dez anos, a partir de 15 de janeiro de 2019.

Porém, no caso de registro vencido, com recusa de renovação por falta de atendimento a algum requisito legal, a solução deve ser outra.

Nesse caso, de acordo com o art. 67-B do Decreto 5.123/2004, deverá o proprietário entregar a arma à Polícia Federal – mediante indenização – ou providenciar sua transferência para terceiro, no prazo máximo de sessenta dias. A inobservância dessa obrigação implicará na apreensão da arma pela Polícia Federal ou por órgão público por esta credenciado, sem prejuízo da aplicação das sanções penais cabíveis. Assim, nessa hipótese, mantendo o proprietário a arma em casa ou local de trabalho – nas condições, portanto, do art. 12 do Estatuto do Desarmamento – incorrerá nesse tipo penal. É que o próprio Estado negou a renovação do registro, por falta de requisito legal (ex.: prática de crime, resultado de exame psicológico etc.) e, a partir daí, tem o possuidor a obrigação de se desfazer da arma, quer entregando-a à Polícia, quer a transferindo a terceiro. Mantendo a arma consigo, cometerá crime.

Isso mudou com o Decreto 9.685/2019? Não. Pensamos que o art. 67-B do Decreto 5.123 não foi atingido pela renovação automática dos certificados de registro. Note-se que o possuidor da arma que teve indeferida a renovação do registro perdeu o direito de reiterar futuramente o pedido, simplesmente porque perdeu o direito de possuir aquela arma anteriormente registrada, tanto que tem o dever de entregá-la à Polícia Federal ou de transferi-la, no prazo máximo de sessenta dias. Em suma: o possuidor tentou renovar o registro, não conseguiu e, com isso, perdeu o direito de possuir e de registrar a arma, não podendo ser beneficiado por uma renovação automática.

REFLEXOS PENAIS DO DECRETO 9.685, DE 15 DE JANEIRO DE 2019, NO CRIME DO ART. 13 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A conduta prevista no caput do art. 13 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) é a de deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 anos ou que pessoa portadora de deficiência mental se apodere de uma arma de fogo que esteja sob a posse do agente ou que seja de

propriedade deste. O núcleo do tipo situa-se na expressão deixar de observar, ou seja, não ter atenção, o que sugere a existência de um dever, de um comportamento esperado que não foi seguido pelo agente.

Mas o que se deixa de observar nesse caso? As cautelas necessárias, expressão que constitui elemento normativo do tipo e que representa o dever de cuidado objetivo.

O tipo ainda prevê uma finalidade para a exigência da cautela, é dizer, o legislador deixa expresso o que quer efetivamente impedir: que menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo.

É nesse ponto que devemos discutir uma nova disposição trazida pelo Decreto 9.685/2019.

O Decreto 5.123/2004, com a redação que lhe foi dada pelo decreto citado acima, exige daquele que queira adquirir uma arma de fogo e que possua residência habitada também por criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental, a apresentação de uma declaração de que, a sua moradia possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento (art. 12, VIII). Essa exigência não existia até 15 de janeiro de 2019, data da publicação do Decreto 9.685.

O § 10 do mesmo art. 12 do Decreto 5.123 (também incluído pelo Decreto 9.685/2019) por sua vez estatui o seguinte: “A inobservância do disposto no inciso VIII do caput sujeitará o interessado à pena prevista no art. 13 da Lei nº 10.826, de 2003”.

Este último dispositivo deve ser interpretado com muita cautela.

A exigência do inciso VIII do art. 12 do Decreto 5.125 não pode ser considerada a “cautela necessária” prevista no tipo do art. 13 do Estatuto: a cautela seria o ato de providenciar que na moradia haja cofre ou local seguro com tranca para armazenamento da arma, de modo a impedir que menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental dela se apodere. O que o inciso VIII do art. 12 do Decreto exige é apenas a apresentação de uma declaração do interessado de que possui tal cofre ou local seguro em casa.

Assim, como interpretar que “a inobservância do disposto no inciso VIII do caput sujeitará o interessado à pena prevista no art. 13 da Lei nº 10.826, de 2003”?

A inobservância não pode ser simplesmente inobservância da falta de apresentação da declaração, obviamente, porque, nesse caso, não estaria presente um dos requisitos exigidos pelo Decreto 5.123 para que seja autorizada a aquisição da arma. O problema inexistiria.

Tampouco pode ser a falta de apresentação da declaração daquele que tinha o dever de apresentá-la, ocultando o fato de coabitar com menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental. Isso porque a simples apresentação de uma declaração não pode ser, em si, a própria cautela. Esta não pode ser outra coisa senão o fato de se possuir, na casa, o cofre ou o local seguro com tranca para armazenar a arma.

Com isso, “a inobservância do disposto no inciso VIII etc.” não pode ser interpretada no sentido de que a falta de apresentação da declaração quando exigida pelo Decreto configura o crime do art. 13 do Estatuto. Claro, já que a mera apresentação da declaração não pode ser considerada a “cautela necessária” do tipo penal. E não sendo a cautela necessária, afirmar que alguém comete o crime do art. 13 do Estatuto simplesmente porque deixou de apresentar a declaração quando exigida é aceitar que um decreto possa criar novo tipo penal, o que seria inconstitucional, por flagrante violação ao princípio da reserva legal.

Pensamos que a única interpretação possível é outra: o § 10 do art. 12 traz uma presunção de que, caso haja o apoderamento da arma por menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental que resida na casa (o que a doutrina, em geral, exige que ocorra para configuração do crime), a falta de cofre ou de local seguro com tranca para armazenar o objeto trará a presunção de falta das “cauteladas necessárias” do tipo do art. 13 do Estatuto do Desarmamento. Essa presunção não poderá ser aplicada aos casos anteriores a 15 de janeiro de 2019, data em que entrou em vigor o Decreto 9.685, que trouxe o citado § 10 ao art. 12 do Decreto 5.123/2004.

7) Tema –Ministério Público e a execução de multa criminal

Em face da sistemática imposta pela Lei 9.268/96, que alterou o art. 51 do Código Penal para estabelecer que a multa “será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”, há divergência a respeito da legitimidade para a execução em caso de inadimplência. Há, basicamente, três orientações:

1ª) a competência continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público, seguindo o rito da LEP (arts. 164 e ss – Cezar Roberto Bitencourt).

2ª) a competência continua sendo do Juiz das Execuções Criminais, bem como a legitimidade para a sua promoção continua sendo do Ministério Público, mas o rito a ser seguido é o previsto na Lei de Execuções Fiscais.

3ª) com o advento da Lei n. 9.268/1996, a multa criminal torna-se executável por meio dos procedimentos próprios da execução fiscal, afastando-se a competência da Vara de Execuções Penais. É, portanto, da Fazenda Pública – e não do Ministério Público – a legitimidade para promover a execução de pena de multa imposta em sentença penal condenatória.

Esta última orientação foi adotada pelo STJ por meio da súmula 521:

“A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública.”

Mas o tribunal continuou atribuindo ao Ministério Público a legitimidade para adotar medidas assecuratórias do pagamento da multa.

“O Ministério Público tem legitimidade para promover medida assecuratória que vise à garantia do pagamento de multa imposta por sentença penal condenatória. É certo que, com a edição da Lei 9.268/1996, a qual deu nova redação ao art. 51 do CP, modificou-se o procedimento de cobrança da pena de multa, passando-se a aplicar as regras referentes à Fazenda Pública. Cabe referir, por oportuno, que não obstante a pena de multa tenha passado a ser considerada dívida de valor, não perdeu sua natureza jurídica de sanção penal. Todavia, na hipótese em análise, discute-se a legitimidade do MP não para cobrança de pena de multa – esta sim de legitimidade da Fazenda Pública –, mas para promover medida assecuratória, a qual está assegurada tanto pelos termos do art. 142 do CPP quanto pela própria titularidade da ação penal, conferida pela Constituição Federal. Precedentes citados: Resp 1.115.275-PR, Quinta Turma, DJe 4/11/2011; e RMS 21.967-PR, Quinta Turma, DJe 2/3/2009.” (REsp 1.275.834-PR, j. 17/03/2015).

Em julgamento realizado em 13/12/2018, no entanto, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal – não alterada pela Lei 9.268/96 –, a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público na própria Vara de Execuções Penais.

O tribunal apreciou conjuntamente uma questão de ordem na Ação Penal 470 e a ADI 3150. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da Vara de Execuções Penais para a execução da pena de multa. Já na questão de ordem contestava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação.

Segundo o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal.

Ainda segundo a decisão, apenas se o Ministério Público não adotar as providências para a cobrança no prazo de noventa dias é que o juiz da Vara de Execuções Penais deve cientificar a Fazenda Pública para que proceda à cobrança perante a Vara de Execuções Fiscais e com base na Lei 6.830/80.

Modelo da Execução da Pena de Multa- Clique [aqui](#)

Modelo do Agravo em Execução- Clique [aqui](#)

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 035

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

Tema: questões controvertidas envolvendo a execução da pena de multa pelo MP

A seguir vamos relembrar os principais tópicos discutidos no workshop promovido pelo CAO-CRIM, no dia 7/2, via Skype, com colegas e servidores.

a) rito aplicado: extrai-se do voto do ministro Barroso (ainda não publicado), que a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal.

Nada impede a aplicação da LEP e do próprio CPC subsidiariamente.

b) prazo para a execução: o Ministério Público deve adotar as providências para a cobrança no prazo de noventa dias. Decorrendo “in albis”, o juiz da Vara de Execuções Penais deve cientificar a Fazenda Pública para que proceda à cobrança perante a Vara de Execuções Fiscais e com base na Lei 6.830/80.

c) termo inicial do prazo: intimado para pagar a multa em 10 dias, não o fazendo o condenado, deve o juiz intimar o MP para promover a execução forçada no prazo de 90 dias.

d) competência: o promotor das execuções criminais deve ajuizar a execução na VEC do domicílio do executado, local onde ocorrerão as constrições dos seus bens. Em caso de mudança de domicílio durante a execução, observa-se seu caráter itinerante, como manda o CPC. Entende o CAO-CRIM que, com a nova decisão (vinculante) do STF, os provimentos do TJ em sentido diverso (VEC da condenação) deverão ser revisitados pelo Tribunal.

e) multa imposta no JECRIM: sendo a multa a única pena imposta, deve ser executada no JECRIM. Se cumulada com pena privativa ou restritiva, deve ser executada na VEC.

f) multa irrisória: são inaplicáveis a Lei Estadual 16.498/2017 e a Resolução PGE 21/17. Estas normas anunciam que não será proposta execução fiscal visando à cobrança dos débitos oriundos de inúmeros tributos, inclusive de multas criminais, quando o valor da causa for igual ou inferior a 1.200 (mil e duzentas) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (hoje, por volta de R\$ 31.200,00). Referidas normas regulamentam apenas a atuação da Procuradoria do Estado, instituição responsável pela advocacia do Estado, não impactando a missão constitucional do Ministério Público, titular da ação penal (art. 129, I, CF/88). A multa criminal, diferentemente dos tributos (receita do Estado), apesar de ser executada como dívida de valor, mantém seu caráter penal, norteadas pelos princípios da coercibilidade e inevitabilidade. Renunciar a execução da multa penal é ignorar as suas finalidades (prevenção e repressão). Não executar multa por conta do seu valor é fomentar o descrédito do sistema penal.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Novo crime praticado durante a execução da pena - Unificação de penas - Nova data-base para concessão de benefícios- Mudança da Jurisprudência

STJ - REsp 1557461/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 15/03/2018

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TERMO A QUO PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A superveniência de nova condenação no curso da execução penal enseja a unificação das reprimendas impostas ao reeducando. Caso o quantum obtido após o somatório torne incabível o regime atual, está o condenado sujeito a regressão a regime de cumprimento de pena mais gravoso, consoante inteligência dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, da Lei de Execução Penal.

2. A alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra respaldo legal. Portanto, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave, configura excesso de execução.

3. Caso o crime cometido no curso da execução tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já repercutiram no bojo do cumprimento da pena, pois, segundo a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto.

Portanto, a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado, sob pena de flagrante bis in idem.

4. O delito praticado antes do início da execução da pena não constitui parâmetro idôneo de avaliação do mérito do apenado, porquanto evento anterior ao início do resgate das reprimendas impostas não desmerece hodiernamente o comportamento do sentenciado.

As condenações por fatos pretéritos não se prestam a macular a avaliação do comportamento do sentenciado, visto que estranhas ao processo de resgate da pena.

5. Recurso não provido.

Decisões do STJ- Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Vamos partir de um exemplo: suponhamos que “A” tenha sido condenado a nove anos de reclusão em regime inicial fechado. Após ter cumprido um ano e meio, progrediu para o semiaberto, mas foi condenado a mais seis anos de reclusão pela prática de outro crime do qual também estava sendo acusado. Neste caso, o juiz da execução deve unificar as penas descontando o ano e meio já cumprido, o que resulta em treze anos e meio de reclusão ainda a cumprir. Considerando que a soma das penas é incompatível com o regime semiaberto, deve ainda o juiz determinar a regressão para o regime fechado.

No nosso exemplo, o condenado havia progredido de regime e, após a concessão do benefício, transcorreu outro tanto em que já se fazia o cômputo para a nova progressão. Mas, com a unificação, altera-se a data-base (marco inicial) para os futuros benefícios?

De acordo com a orientação firmada pela Terceira Seção do STJ – e reiterada há alguns dias em liminares de habeas corpus –, o marco inicial deve permanecer inalterado, não obstante o rearranjo provocado pela unificação das penas.

Até há algum tempo, o STJ seguia a orientação ainda adotada pelo STF, segundo a qual, uma vez unificada a pena, não há sentido na manutenção do marco inicial para a concessão de futuros benefícios da execução, como a progressão de regime e o livramento condicional. Com isso, sobrevindo condenação definitiva e unificadas as penas, interrompe-se a contagem de prazo para a concessão de benefícios:

“(…) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou no sentido de que “a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas” (HC 101.023, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26/3/2010). 3. In casu, o recorrente, em sede de execução da pena privativa de liberdade, sofreu nova condenação, a qual resultou na soma das penas com interrupção do lapso temporal para contagem do prazo para aquisição de benefícios, dentre eles a progressão de regime. (...)” (RHC 135.826 AgR/MG, j. 26/05/2017)

Embora não haja previsão legal expressa a respeito da interrupção do prazo, o STF considera que a interpretação conjunta dos artigos 111, parágrafo único e 118, inc. II, da LEP leva à conclusão de que reiniciar a contagem é a solução mais adequada. Nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski, “se a legislação prevê a possibilidade de regressão de regime, quando a unificação das penas resultar na necessidade de sua alteração, resta evidente que a data-base também deve ser alterada, uma vez que seria ilógico regredir o regime do sentenciado sem se alterar o termo inicial para concessão de benefícios, pois chegar-se-ia à situação absurda de, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de regressão em razão de condenação superveniente, esta não surtiria efeito pelo fato de o preso já ter direito à progressão” (HC 101.023/RS).

Ocorre que, no julgamento do recurso especial 1.557.461/SC, proferido em 22 de fevereiro de 2018, a Terceira Seção do STJ firmou orientação divergente, que contraria inclusive o que vinham decidindo ambas as turmas que compõem aquele colegiado.

O fundamento primário para a mudança de orientação foi a ausência de disposição legal que determine a interrupção do prazo.

Segundo observou o ministro Rogério Schietti Cruz, impor a interrupção do prazo para a concessão de benefícios ofende a legalidade e pode levar a situações de injustiça. Ofende-se a legalidade porque, como já destacado, a Lei de Execução Penal não contempla a interrupção, e inferir que a contagem de tempo para benefícios é consecutório puro e simples da regressão não é razoável. Além disso, apontou o ministro, há situações em que o condenado pode ser prejudicado duas vezes, como no caso em que o crime cuja condenação gerou a unificação das penas tenha sido cometido durante a própria execução.

Com efeito, a prática de crime doloso durante a execução caracteriza falta grave, que, nos termos da súmula 534 do STJ, interrompe o prazo para a progressão de regime. E, segundo a orientação do próprio STJ, basta, para isso, a notícia da prática do crime, dispensando-se que se aguarde o trânsito em julgado. Logo, o condenado que praticasse crime doloso durante a execução poderia ter o prazo de progressão interrompido no momento da prática do crime e também depois, quando a pena decorrente desse novo crime fosse unificada com o restante da pena que já estava sendo cumprida. Haveria, portanto, indevido bis in idem.

Também se considerou o fato de que a unificação decorrente de crime cometido anteriormente à execução penal em curso tem ainda menos razão para interromper o prazo para a concessão de benefícios, pois se trata de fato que não tem nenhuma relação com o período em que o condenado se submetia à execução da pena, cujos benefícios são regidos sobretudo pelo princípio do merecimento. Se o agente não praticou o fato criminoso enquanto cumpria a pena, não há razão para que a nova condenação prejudique a avaliação de seu merecimento para obter benefícios.

Concluiu-se o julgamento com destaque para o fato de “que a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o quantum de pena restante a ser cumprido pelo reeducando; logo, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, com base apenas em argumentos extrajurídicos. O período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta grave”.

2- Tema: Falta grave - Audiência de justificação para oitiva do reeducando antes da homologação judicial – Desnecessidade - Prévia oitiva na fase administrativa

STJ-AgRg no HC 407.301/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018

Ementa:

EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 52 DA LEP. APURAÇÃO MEDIANTE REGULAR PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE OITIVA JUDICIAL DO SENTENCIADO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PERDA DOS DIAS REMIDOS NO PERCENTUAL MÁXIMO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. No caso, consta do feito auto de constatação preliminar de substância entorpecente (Cannabis Sativa L., vulgarmente conhecida como "maconha"), subscrito por dois peritos nomeados, impondo-se o reconhecimento da falta grave.

2. Este Tribunal possui orientação no sentido ser "desnecessária a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave, se ocorreu a apuração da falta disciplinar em regular procedimento administrativo, no qual foi assegurado, ao reeducando, o contraditório e ampla defesa, inclusive com a participação da defesa técnica" (HC 333.233/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 6/11/2015).

3. Ressalte-se, por oportuno, que o artigo 118 da LEP exige a oitiva prévia do apenado apenas nos casos de regressão definitiva de regime prisional, o que não é a hipótese dos autos.

4. Impende registrar, ainda, que o habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de absolvição/desclassificação da falta grave, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e provas constantes dos autos da execução, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heroico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória.

5. Por fim, o cometimento de falta de natureza especialmente grave acarreta da perda dos dias remidos no percentual máximo. Precedentes deste Tribunal.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Reconhecida a falta grave no decorrer da execução penal, não pode ser determinada a perda dos dias remidos na fração máxima de 1/3 sem que haja fundamentação concreta para justificá-la. De fato, a Lei de Execução Penal (LEP) estipula como um dos seus vetores o mérito do apenado, cuja avaliação decorre do cumprimento de seus deveres (art. 39), da disciplina praticada dentro do estabelecimento prisional (art. 44) e, por óbvio, do comportamento observado quando em gozo dos benefícios previstos na aludida norma de regência. Inserido nesse escopo, a configuração da falta de natureza grave enseja vários efeitos (art. 48, parágrafo único), entre eles: a possibilidade de colocação do sentenciado em regime disciplinar diferenciado (art. 56); a interrupção do lapso para a aquisição de outros instrumentos ressocializantes, como, por exemplo, a progressão para regime menos gravoso (art. 112); a regressão

no caso do cumprimento da pena em regime diverso do fechado (art. 118); além da revogação em até 1/3 do tempo remido (art. 127).

Nesse contexto, o STJ adota o entendimento de que “o cometimento de falta grave implica a perda de até 1/3 dos dias remidos, cabendo ao Juízo das Execuções dimensionar o quantum cabível, observando os critérios do artigo 57 da Lei 7.210/1984, relativos à natureza, aos motivos, às circunstâncias e às consequências do fato, bem como à pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, recomeçando a contagem a partir da data da infração”. (HC 271.185-RS, Sexta Turma, DJe 14/3/2014). Dessa forma, ao decretar a perda dos dias remidos, o magistrado não pode apenas repetir o disposto no art. 57 da LEP, deixando de apontar elementos concretos do caso que, efetivamente, evidenciem a necessidade de decretação da perda dos dias remidos na fração máxima de 1/3. Isso porque, a motivação dos atos jurisdicionais, conforme imposição do artigo 93, IX, da CF (“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”), funciona como garantia da atuação imparcial e secundum legis (sentido lato) do órgão julgador.

A decisão de mérito pressupõe o devido processo legal, dando ao reeducando a oportunidade de se defender. Permitida a ampla defesa e o contraditório em procedimento disciplinar, por óbvio fica dispensada a realização de audiência de justificação para homologação de falta grave que enseja a perda dos dias remidos.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Adulteração ou falsificação de anilhas - Crime ambiental e uso de sinal público falsificado

Decisão do TJSP – Clique [aqui](#)

Decisão do TJSP - Clique [aqui](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O caso tratado nos julgados acima tem como objeto, dentre outros, o crime do art. 29, §1º, III, da Lei dos Crimes Ambientais. Esse tipo merece atenção especial, tratando-se de norma penal em branco, complementada por atos do Executivo (IBAMA).

No art. 29, § 1º, III, da Lei 9.605/98, incrimina-se a conduta do sujeito ativo que vende (comercializar), expõe à venda (anunciar para comercialização), exporta (enviar algo para fora do Estado ou do país) ou adquire (tornar-se proprietário por compra, permuta, doação), guarda (armazenar), tem (manter) em cativeiro ou depósito, utiliza (usar) ou transporta (locomover) os seguintes objetos materiais: ovos, larvas (primeiro estado dos insetos) ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos (bens derivados, a exemplo de um casaco de pele) e objetos (penas) dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Registra-se que comércio é permitido pela Lei n. 5.197/1967, regulamentado pela Portaria IBAMA n. 117-N, de 15 de outubro de 1997 (“Dispõe sobre a comercialização de animais vivos, abatidos, partes e produtos da fauna silvestre”) e pela Portaria IBAMA 118-N, de 15 de outubro de 1997 (“Dispõe sobre os criadouros comerciais da fauna silvestre brasileira”); a criação amadora e comercial de passeriformes nativos é regulada pela Instrução Normativa IBAMA n. 10/2011, de 20 de setembro de 2011; o apanho ou a utilização de espécimes da fauna silvestre por criadouros previamente licenciados são autorizados pelo art. 3º da Lei 5.197/1967.

Nos verbos nucleares adquirir, vender ou expor à venda, se o objeto material for um dos previstos no art. 29, § 1º, III, surge um conflito aparente com o art. 180 do CP (receptação). Todavia, pelo princípio da especialidade, prevalece o crime previsto na LCA. Diversamente, se o sujeito ativo adquire, transporta, tem em depósito ou vende espécime da fauna silvestre que for semovente domesticável, com a finalidade de produção ou comercialização, prevalece, pela especialidade, a receptação de animal tipificada no art. 180-A do CP.

2- Tema: Dosimetria da pena. Art. 59 do CP. Condenação anterior com trânsito em julgado. Negativação da conduta social. Impossibilidade. Modificação de entendimento

INFORMATIVO 639 STJ- SEXTA TURMA

Não é possível a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado como fundamento para negativar a conduta social.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

A utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para negativar a conduta social era admitida porque os antecedentes judiciais e os antecedentes sociais se confundiam na mesma circunstância, conforme o art. 42 do Código Penal, anterior à reforma de 1984. Essa alteração legislativa, operada pela Lei n. 7.209/1984, especificou os critérios referentes ao autor, desmembrando a conduta social e a personalidade dos antecedentes.

PROCESSO: REsp 1.760.972-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Esse tema possuía jurisprudência pacificada no âmbito das duas turmas do Superior Tribunal de Justiça, que admitiam a utilização de condenações com trânsito em julgado como fundamento para negativar não só o vetor antecedentes, como também a conduta social e a personalidade. No entanto, após o julgamento do HC n. 366.639/SP (DJe 05/04/2017), a Quinta Turma passou a não admitir a utilização de condenações com trânsito em julgado anteriores para fins de negatificação da conduta social. A mudança de orientação adotada pela Quinta Turma, seguindo jurisprudência da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, incrementa significado ao disposto no art. 59 do Código Penal, na medida em que torna a conduta social melhor concretizável, com *locus* específico.

Assim, em melhor atenção ao princípio da individualização das penas, as condenações com trânsito em julgado, não utilizadas a título de reincidência, não podem fundamentar a negatificação da conduta social, o que significa alteração também da jurisprudência desta Sexta Turma sobre o tema.

Por fim, deve ser alertado que o conceito de maus antecedentes, para o próprio STJ, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes (STJ – HC 185.894/MG – Sexta Turma – Nefi Cordeiro – Dje 05/02/2016)”.

3- Tema: Crime contra a ordem tributária. Súmula Vinculante n. 24. Fato típico anterior à sua edição. Incidência. Mera consolidação de remansosa interpretação judicial. Termo inicial do prazo prescricional. Constituição definitiva do crédito tributário.

INFORMATIVO 639 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

A Súmula Vinculante n. 24 tem aplicação aos fatos ocorridos anteriormente à sua edição.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Extrai-se do acórdão embargado, da Sexta Turma, que a irretroatividade da Súmula Vinculante n. 24/STF foi fixada como garantia de mínima previsibilidade e segurança jurídica. Assim, estipulou-se, no caso concreto, como termo inicial para o cômputo do lapso prescricional, a data do fato e não do lançamento definitivo do tributo. Por sua vez, em sentido contrário, no paradigma colacionado da Quinta Turma definiu-se que o enunciado da referida súmula aplica-se aos delitos praticados antes e depois de sua vigência, tendo em vista que não se está diante de norma mais gravosa, mas de consolidação de interpretação judicial. Assim, o delito imputado ao embargado (art. 1º da Lei n. 8.137/1990) somente se consuma, segundo a pacífica jurisprudência, com o lançamento definitivo do crédito tributário, momento em que nasce a justa causa para a ação penal. Desse modo, é inevitável concluir que o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva somente pode ter início com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento do processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, conforme inclusive prevê o art. 111, I, do Código Penal. Convém rememorar por fim, que a Súmula Vinculante n. 24/STF, aprovada na sessão plenária de 02/12/2009 (DJ de 11/12/2009), não trouxe novos contornos para a questão, uma vez que referido enunciado nada mais fez do que consolidar o entendimento jurisprudencial que já era aplicado tanto no âmbito do STF como do col. STJ, razão pela qual não se pode falar em indevida aplicação retroativa do referido texto sumular.

PROCESSO: EREsp 1.318.662-PR, Rel. Min. Felix Fischer, por unanimidade, julgado em 28/11/2018, DJe 04/12/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Nos crimes materiais contra a ordem tributária, questionava-se amplamente a possibilidade de ajuizamento da ação penal sem que o órgão fazendário pudesse exigir o tributo pela via da execução fiscal. Argumentava-se que se no âmbito fiscal não se havia esgotado o procedimento de cobrança do tributo, impedindo, portanto que o Estado o exigisse (art. 151, III, do Código Tributário), não seria possível utilizá-lo como fundamento da pretensão punitiva criminal. Além disso, lançar mão precocemente da via criminal significava ignorar a eficácia da fiscalização e da execução das dívidas tributárias pelos órgãos estatais, invertendo as prioridades de atuação entre o Direito Tributário e o Direito Penal.

Não bastasse isso, uma das vertentes que sustentavam a tese da impossibilidade de instauração da ação penal antes do esgotamento da via administrativa argumentava que, sem o pronunciamento formal de que o tributo era devido, não havia sequer a possibilidade de tipificação, pois o crime objeto do debate consistia em “suprimir ou reduzir” tributo ou contribuição social (art. 1º da Lei nº 8.137/90). Se não havia se estabelecido formalmente a existência do tributo suprimido ou reduzido, o tipo penal não poderia ser considerado perfeito.

Foram reiteradas as decisões do STF a respeito da impossibilidade de deflagrar a ação penal sem a constituição definitiva do tributo, até que o tribunal editou a súmula vinculante nº 24, segundo a qual

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

Editada a súmula, houve quem sustentasse sua irretroatividade, pois, tratando-se de interpretação que retira a tipificação do momento da conduta e a transfere para o momento da inscrição definitiva do tributo, provoca consequência direta no início do cômputo da prescrição, que, evidentemente, não pode correr se ainda não há crime tipificado. É o que sustenta Hugo de Brito Machado:

“Com apoio no que foi aqui exposto, podemos firmar as seguintes conclusões:

1ª) O prazo de prescrição da ação penal, relativa ao crime previsto no art. 1º, da Lei nº 8.137/90, antes do trânsito em julgado da sentença, é de 12 anos e começa a fluir no dia em que o crime se consumou, que nos termos da Súmula Vinculante nº 24 é a data do lançamento definitivo do tributo.

2ª) A regra consubstanciada na Súmula Vinculante nº 24 não produz os efeitos peculiares a essa espécie normativa, para o passado, de sorte que em relação aos crimes de supressão ou redução de tributo, nos quais a conduta do autor consumou-se antes dela, a prescrição começou a correr independentemente do lançamento definitivo do tributo a que se refiram.

3ª) A Súmula Vinculante nº 24 também não pode retroagir para adiar o início do prazo de prescrição, validando em prejuízo do réu a denúncia por crime contra a ordem tributária, porque a irretroatividade em prejuízo do réu está expressamente vedada pela Constituição Federal.

4ª) Mesmo que se tenha dúvida a respeito da questão de saber se em relação aos ilícitos tributários praticados antes do advento da Súmula Vinculante 24 a prescrição da ação penal começa na data em que esteja consumado o ilícito, ou na data do lançamento definitivo do tributo, essa dúvida deve ser resolvida a favor do réu, vale dizer, na dúvida devemos considerar que se consumou a prescrição.”

O STJ chegou a proferir decisões segundo as quais fatos ocorridos muito anteriormente à edição da súmula não poderiam sofrer seus efeitos, sob pena de fomentar a insegurança jurídica. Decidiu a Sexta Turma no julgamento do REsp 1.318.662/PR:

“1. Deve ser mantida a decisão agravada, que considerou como marco inicial da prescrição da pretensão punitiva estatal a data do fato (1998), e não a do lançamento definitivo do tributo, visto que, à época, muito anterior ao leading case sobre a matéria e ao enunciado da Súmula Vinculante n. 24 do STF, o exaurimento da via administrativa não obstava a tipificação do crime tributário que somente mais de uma década depois foi erigido a delito material, cuja consumação pressupõe a efetiva lesão ao erário.
2. Agravo regimental não provido.”

Ocorre que a Terceira Seção do tribunal, julgando embargos de divergência opostos no mesmo recurso especial, firmou a orientação de que a súmula vinculante 24 se aplica a fatos ocorridos antes de sua edição, tendo em vista que não se trata de irretroatividade maléfica, mas tão somente de consolidação da orientação que o tribunal já vinha adotando nos julgamentos relativos a crimes materiais contra a ordem tributária:

“Assim, o delito imputado ao embargado (art. 1º da Lei n. 8.137/1990) somente se consuma, segundo a pacífica jurisprudência, com o lançamento definitivo do crédito tributário, momento em que nasce a justa causa para a ação penal. Desse modo, é inevitável concluir que o curso do prazo da prescrição da pretensão punitiva somente pode ter início com a própria constituição definitiva do crédito, após o encerramento do processo administrativo de lançamento previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, conforme inclusive prevê o art. 111, I, do Código Penal. Convém rememorar por fim, que a Súmula Vinculante n. 24/STF, aprovada na sessão plenária de 02/12/2009 (DJ de 11/12/2009), não trouxe novos contornos para a questão, uma vez que referido enunciado nada mais fez do que consolidar o entendimento jurisprudencial que já era aplicado tanto no âmbito do STF como do col. STJ, razão pela qual não se pode falar em indevida aplicação retroativa do referido texto sumular.”

4- Tema: Prescrição da Pretensão Executória- Termo inicial

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A prescrição da pretensão executória, prevista no artigo 110, caput, do Código Penal, cuida da prescrição de pena “in concreto” (pena efetivamente imposta), que tem como pressuposto sentença condenatória com trânsito em julgado para ambas as partes (decisão definitiva, irrecorrível) e que se verifica dentro dos prazos estabelecidos pelo artigo 109 do Código Penal, os quais são aumentados de 1/3, se o condenado é reincidente.

Reconhecida esta espécie de prescrição, extingue-se a pena aplicada, sem, contudo, rescindir a sentença condenatória (que produz efeitos penais e extrapenais, a exemplo da reincidência).

De acordo com o art. 112, I, primeira parte do CP, essa espécie de prescrição começa a correr do dia em que transita em julgado a sentença condenatória para a acusação.

Em que pese a letra da lei, como alertamos no boletim da segunda semana de setembro, fazendo uma interpretação teleológica, a 5ª Turma do STJ decidiu que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória começa do trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O STF, em recentíssimo julgamento, decidiu no mesmo sentido, reconhecendo que o termo a quo da prescrição da pretensão executória não é o dies a quo recursal para a acusação, mas, sim, o trânsito em julgado da sentença condenatória para a defesa (STF, RE nº 696.533/SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgamento em 06.02.2018, DJe em 02.03.2018).

Clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudências sobre esse tema

Clique [aqui](#) para ter acesso ao Modelo da manifestação quanto ao momento consumativo da prescrição da pretensão executória.

5- Tema: Roubo – Emprego de arma branca – Aumento da pena base

Decisão monocrática do STJ- Clique [aqui](#)

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O inciso I (emprego de arma) do §2º. do art. 157 do CP foi revogado pela Lei 13.654/18.

O procedimento legislativo que gerou a revogação foi (e ainda é) objeto de críticas e questionamentos. Vejamos.

A pena para o delito de roubo circunstanciado era majorada até 1/2 se houvesse emprego de arma, abrangendo arma no sentido próprio e impróprio, isto é, qualquer instrumento, com ou sem finalidade bélica, desde que servisse para o ataque ao bem jurídico tutelado. Com a mudança legislativa, o aumento passou a ser de 2/3, mas somente quando cometido o crime com emprego de arma de fogo (§2º –A, inc. I).

Em que pese a redação inicial do Projeto de Lei efetivamente anunciar a revogação do §2º., inc. I, a redação final do texto aprovado na CCJ não trouxe a novatio legis in mellius, coexistindo as duas majorantes, isto é, quando cometido o crime com emprego de arma, o aumento seria de até 1/2 (§2º., I), e, quando empregada arma de fogo, de 2/3 (§2º.- A, I).

Foi na Comissão de Redação Legislativa (CORELE) onde se exumou o artigo que anunciava a revogação do §2º, I, sem que houvesse, sobre a matéria, deliberação da CCJ.

Importante insistir que o texto sem a revogação da majorante do §2º., inc. I foi votado na CCJ nos termos dos arts. 91 e 92 do Regimento Interno, substituindo a apreciação do Plenário. Não se votou apenas parecer, mas texto final (votação terminativa!). O art. 65 da CF/88, cujo texto estabelece que “O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”, foi infringido. A revogação do §2º, I, sem aprovação da CCJ do Senado (que substituiu, nos termos do RI, o Plenário), constituiu manifesta inconstitucionalidade formal, afrontando o devido processo legislativo.

Não bastasse, a matéria, dada sua importância e repercussão, jamais deveria ter sido subtraída da análise do Plenário, configurando caso típico de violação ao princípio da proibição da deliberação insuficiente.

Em suma, a restrição imposta pela nova Lei, além de evidente retrocesso na tutela do bem jurídico, é inconstitucional, pois não foi votada pelos parlamentares. De acordo com o texto final, o projeto de lei preservava a majorante do emprego de arma, criando outra para o caso de emprego de arma de fogo.

De qualquer forma, ao que tudo indica, os tribunais superiores não acataram a crítica, ficando mantida a restrição promovida pela Lei 13.654/18, verdadeira novatio legis mais benéfica, retroagindo para retirar a majorante relativa a todos os roubos cometidos com objetos outros que não armas de fogo. Neste sentido já decidiu o STJ em recurso especial no qual se buscava, originalmente, o reajuste da pena aplicada em primeira instância, que havia erroneamente desconsiderado a consumação da subtração cometida com emprego de uma faca:

“A atual previsão contida no art. 157, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, incluído pela Lei n. 13.654/2018, limita a possibilidade de aumento de pena à hipótese de a violência ser cometida mediante emprego de arma de fogo, assim considerado o instrumento que "(...) arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil", de acordo com o art. 3º, XIII, do Decreto n. 3.665/2000.

Portanto, não se está diante de continuidade normativa, mas de abolitio criminis, na hipótese de o delito ser praticado com emprego de artefato diverso de arma de fogo”.

Diante disso, apesar da procedência do recurso para reconhecer a consumação do roubo, concedeu-se de ofício ordem de habeas corpus para afastar a incidência da majorante revogada.

O próprio STJ, mesmo no caso de recurso da defesa, no qual se pleiteava a aplicação retroativa da nova lei, excluiu a majorante, mas considerou o emprego de arma “branca” na fixação da pena-base, sem reconhecer, nessa operação, reformatio in pejus. Na apelação, a devolução é global, sendo permitido ao Tribunal agregar novos fundamentos, desde que não extrapole a dosimetria já fixada.

6- Tema: Novo Indulto Humanitário

Foi publicado nesta data no Diário Oficial da União o Decreto n.º 9.706, de 08 de fevereiro de 2019, que concede Indulto Humanitário e dá outras providências.

Importante ressaltar que o artigo 2.º do referido decreto veda expressamente sua aplicação às pessoas condenadas por crimes hediondos, nos termos da Lei n.º 8.072/90; por crimes praticados com grave violência contra a pessoa; por crimes previstos nas Leis n.º 9.455/97; n.º 12.850/13 e n.º 13.260/16; bem como pelos delitos tipificados nos artigos 215, 216-A, 217-A, 218, 218-A, 218-B, 312, 316, 317, 332 e 333 do Código Penal; no caput e no §1.º do artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, exceto na hipótese prevista no §4.º, bem como nos artigos 34 e 36 do referido diploma legal; e ainda, pelos crimes previstos no Decreto-Lei n.º 1.001/69 - Código Penal Militar.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao Decreto n.º 9.706/19

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

04 de fevereiro de 2019

1- 2ª Turma anula provas apreendidas em domicílios que não constavam do mandado judicial

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

05 de fevereiro de 2019

2- Suspenso julgamento que discute se importação de arma de pressão configura contrabando ou descaminho

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Ministro rejeita trâmite de habeas corpus impetrado em favor de ex-secretário de Saúde do RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

04 de fevereiro de 2019

4- Homem acusado de matar ex-amante com faca de cozinha vai continuar preso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

05 de fevereiro de 2019

5-Sexta Turma concede liberdade a engenheiros presos após rompimento de barragem em Brumadinho (MG)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 036

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:

Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1. Execução da pena de Multa.

Como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3150, ocorrido em 13 de dezembro de 2018, foi publicado Diário Oficial da União em 6 de fevereiro de 2019, as Normas de Serviços da Corregedoria-Geral de Justiça (artigos 479 e seguintes) ainda não foram alteradas. Assim, ainda consta ao Juiz de Direito o dever de encaminhar certidão da sentença condenatória à Procuradoria-Geral do Estado para a Execução da Pena de Multa. De outro lado, o ESAJ não foi alterado para contemplar a hipótese da mesma Execução da Pena de Multa.

Dessa forma, após consulta a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, recomendamos que se aguarde a adequação das Normas de Serviços da CGJ e do ESAJ para a Execução da Pena de Multa por parte do Promotor de Justiça das Execuções Criminais.

2-Tema: o crime continuado nas teses do STJ.

l) Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e de ordem subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva).

Verifica-se a continuidade delitiva quando o sujeito, mediante pluralidade de condutas, realiza uma série de crimes da mesma espécie e que guardam entre si um elo de continuidade, em especial as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução (art. 71 do CP).

O instituto é baseado em razões de política criminal. O juiz, em vez de aplicar as penas correspondentes aos vários delitos praticados em continuidade, considera, por ficção jurídica, somente para aplicação da pena, a prática de um só crime pelo agente, que deve ter a sua reprimenda majorada.

O crime continuado tem como requisitos a pluralidade de condutas, a pluralidade de crimes da mesma espécie (aqueles protegendo igual bem jurídico), o elo de continuidade por meio das mesmas condições de tempo, lugar e a mesma maneira de execução, além de outras circunstâncias semelhantes (quaisquer outras circunstâncias das quais se possa concluir pela continuidade).

Os tribunais superiores, não sem razão, têm adotado a orientação de que se exige também homogeneidade subjetiva, ou seja, é imprescindível que os vários crimes resultem de plano previamente elaborado pelo agente, isto para distinguir crime continuado de habitualidade criminosa. É o que estabelece esta tese:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compreende que, para a caracterização da

continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos), nos termos do art. 71 do Código Penal. Exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. Para tanto, não é necessário que os fatos sejam capitulados no mesmo tipo penal, sendo suficiente que tutelem o mesmo bem jurídico e sejam perpetrados pelo mesmo modo de execução.” (REsp 1.767.902/RJ, j. 13/12/2018)

II) A continuidade delitiva, em regra, não pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos praticados em período superior a 30 (trinta) dias.

Vimos nos comentários à tese anterior que um dos requisitos da continuidade delitiva é a prática de crimes nas mesmas circunstâncias de tempo. A lei não estabelece o tempo exato a ser observado entre uma e outra infração penal, razão pela qual coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecer as circunstâncias de tempo razoáveis para que uma infração possa ser considerada continuidade de outra.

O prazo é, no geral, de trinta dias. Uma vez ultrapassados, quebra-se a unidade característica do crime continuado:

“O art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias.” (AgRg no REsp 1.747.1309/RS, j. 13/12/2018).

A regra, no entanto, não é absoluta. O próprio STJ admite que o juiz analise as circunstâncias do caso concreto e, se o caso, reconheça a continuidade mesmo diante de intervalos maiores do que trinta dias:

“Embora para reconhecimento da continuidade delitiva se exija o não distanciamento temporal das condutas, em regra no período não superior a trinta dias, conforme precedentes da Corte, excepcional vinculação entre as condutas permite maior elastério no tempo” (AgRg no REsp 1.345.274/SC, DJe 12/04/2018).

III) A continuidade delitiva pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos ocorridos em comarcas limítrofes ou próximas.

É também requisito da continuidade que os crimes sejam cometidos nas mesmas circunstâncias espaciais. Tal como ocorre no requisito de tempo, a lei não impõe os limites de distância espacial para que um crime seja continuidade de outro, o que também levou a doutrina e a jurisprudência a estabelecer parâmetros consentâneos com a natureza do instituto.

Desta forma, considera-se que os crimes foram cometidos nas mesmas circunstâncias de local inclusive quando as ações se deram em cidades diferentes, desde que limítrofes ou próximas:

“Inexistente o requisito objetivo, porque praticados os delitos em cidades distantes e em intervalo de tempo superior a 30 dias, não está caracterizada a continuidade delitiva.” (AgRg no AREsp 771.895/SP, j. 25/09/2018).

“Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, os delitos de roubo cometidos em comarcas diversas (Belo Horizonte – MG e Matipó – MG, distantes 249 km uma da outra) configuram a prática de atos independentes, característicos da reiteração criminosa, em que deve incidir a regra do concurso material, e não a da continuidade delitiva.” (REsp 1.588.832/MG, j. 26/04/2016)

IV) A continuidade delitiva não pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos cometidos com modos de execução diversos.

A continuidade delitiva pressupõe semelhança no modus operandi de que lança mão o criminoso no cometimento das várias infrações penais. Note-se que a lei exige semelhança, não identidade, ou seja, não é preciso que o agente observe estrita e detalhadamente os mesmos métodos de execução em todos os crimes. Assim, um furto cometido por arrombamento de uma porta pode ser inserido na linha de continuidade de outro cometido mediante arrombamento de uma janela, pois o rompimento de obstáculo torna ambos semelhantes.

Se, no entanto, os delitos diferem muito um do outro na forma de cometimento, ainda que sejam da mesma espécie, não é possível aplicar o benefício da continuidade. Portanto, a subtração cometida por um indivíduo mediante rompimento de obstáculo não pode ser considerada continuidade de outra em que concorreram diversos criminosos para subtrair mediante fraude:

“Não há continuação delitiva entre roubos sucessivos e autônomos, com ausência de identidade no modus operandi dos crimes, uma vez que verificada a diversidade da maneira de execução dos diversos delitos, agindo o recorrido ora sozinho, ora em companhia de comparsas, não se configura a continuidade delitiva, mas sim a habitualidade criminosa.” (AgRg no HC 426.556/MS, j. 23/03/2018)

V) Não há crime continuado quando configurada habitualidade delitiva ou reiteração criminosa.

Esta tese decorre sobretudo da imposição do requisito subjetivo, que determina a unidade de desígnios entre todas as infrações para que uma possa ser considerada continuidade da outra. Da mesma forma, é pressuposta a identidade de requisitos objetivos. Na falta destas características, considera-se que o agente faz do crime um verdadeiro meio de vida, o que contraria o escopo do instituto da continuidade, que é o de evitar penas exacerbadas em decorrência de infrações muito semelhantes e que resultam de um plano ao menos rudimentarmente elaborado:

“1. O art. 71, caput, do Código Penal não delimita o intervalo de tempo necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva. Esta Corte não admite, porém, a incidência do instituto quando as condutas criminosas foram cometidas em lapso superior a trinta dias. 2. E mesmo que se entenda preenchido o requisito temporal, há a indicação, nos autos, de que o Réu, embora seja primário, é criminoso habitual, que pratica reiteradamente delitos de tráfico, o que afasta a aplicação da continuidade

delitiva, por ser merecedor de tratamento penal mais rigoroso.” (AgRg no REsp 1.747.139/RS, j. 13/12/2017)

Note-se que a habitualidade criminosa mencionada na tese não se confunde com crime habitual, aquele que pressupõe reiteração de condutas para a consumação. A habitualidade criminosa consiste na reiteração de crimes consumados que, por suas características de autonomia, não se adéquam ao conceito de crime continuado.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Suspensão do processo (art. 366, CPP). Pedido de produção antecipada de prova. Decisão interlocutória de indeferimento. Recurso em sentido estrito. Cabimento. Interpretação extensiva do inciso XI do art. 581 do CPP.

INFORMATIVO 640 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

É cabível recurso em sentido estrito para impugnar decisão que indefere produção antecipada de prova, nas hipóteses do art. 366 do CPP.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A controvérsia consiste na divergência entre o acórdão embargado, da Sexta Turma, que decidiu ser inviável o manejo do recurso em sentido estrito para impugnar decisão judicial que indefere a produção antecipada de provas em ação penal, fundado na permissão constante na parte final do art. 366 do CPP, e o entendimento da Quinta Turma sobre o mesmo tema. Com efeito, dentre as hipóteses elencadas no art. 581 do CPP que autorizam a interposição de recurso em sentido estrito, não se encontra a possibilidade de reforma de decisão que indefere pedido de produção antecipada de provas. Entretanto, baseada no fato de que o art. 3º do Código de Processo Penal admite expressamente tanto a realização de interpretação extensiva quanto de aplicação analógica na seara processual penal, a jurisprudência tem entendido possível a utilização de interpretação extensiva para se admitir o manejo do recurso em sentido estrito contra decisões interlocutórias de 1º grau que, apesar de não constarem literalmente no rol taxativo do art. 581 do CPP, tratam de hipótese concreta que se assemelha àquelas previstas nos incisos do artigo. Exemplos disso se tem no cabimento de recurso em sentido estrito contra a decisão que não recebe o aditamento à denúncia ou à queixa (inciso I do art. 581 do CPP) e na decisão que delibera sobre o sursis processual (inciso XI do art. 581 do CPP). Assim, como cabível o manejo de recurso em sentido estrito contra decisão que ordenar a suspensão do processo, as providências de natureza cautelar advindas de tal decisão devem, como ela, ser impugnáveis pelo mesmo recurso.

PROCESSO: EREsp 1.630.121-RN, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, por unanimidade, julgado em 28/11/2018, DJe 11/12/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A lei não indica qual o recurso cabível contra decisão que defere – ou não – a suspensão condicional do processo e, tampouco, uma vez suspenso o feito, qual a insurgência adequada quanto à produção de provas urgentes e decretação da prisão preventiva. Jurisprudência e doutrina, por seu turno, jamais chegaram a um consenso sobre o tema, já tendo se cogitado de recurso em sentido estrito, correição parcial (RT 777/691), apelação (RSTJ 134/555), mandado de segurança (RT 785/590, JTJ 196/333) e mesmo habeas corpus (que não tem a natureza jurídica de recurso). Trata-se, pois, de um caso típico de adoção do chamado princípio da fungibilidade, previsto no art. 579 do CPP, a permitir o conhecimento de recurso erroneamente interposto, desde que não tenha havido má-fé e, acrescentamos, erro grosseiro em seu manejo. Tem prevalecido, porém, o entendimento e que é o recurso em sentido estrito é o adequado para atacar decisões que se refiram ao dispositivo em análise, conforme decisão do STJ aqui comentada.

Não se ignora a taxatividade do rol listado no art. 581 do CPP, para as hipóteses de recurso em sentido estrito, a não admitir, portanto, qualquer espécie de ampliação. Óbvio, ainda, que a hipótese tratada no art. 366 do CPP não poderia mesmo constar do rol do art. 581, já que introduzida em 2008, pela Lei n. 11.719, quando o código é datado de 1941. A despeito desse entendimento, nada impede que, por meio de interpretação extensiva, outras hipóteses não previstas no dispositivo legal admitam, também, o recurso stricto sensu. Fincada essa premissa, a admissão do recurso em sentido estrito se faz com base no incs. XI ou XVI, ambos do art. 581.

2-Tema: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Alimentos fixados a título de medida protetiva. Decisão em processo penal. Título idôneo. Inadimplemento. Prisão civil. Possibilidade.

INFORMATIVO 640 STJ- TERCEIRA TURMA

A decisão proferida em processo penal que fixa alimentos provisórios ou provisionais em favor da companheira e da filha, em razão da prática de violência doméstica, constitui título hábil para imediata cobrança e, em caso de inadimplemento, passível de decretação de prisão civil.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

De início, relevante assentar que o art. 14 da Lei n. 11.340/2006 estabelece a competência híbrida (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, para o julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que, a um só tempo, facilita o acesso da mulher, vítima de violência doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção. Assim, se afigura absolutamente consonante com a abrangência das matérias

outorgadas à competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o deferimento de medida protetiva de alimentos, de natureza cível, no âmbito de ação criminal destinada a apurar crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. É de se reconhecer, portanto, que a medida protetiva de alimentos, fixada por Juízo materialmente competente é, por si, válida e eficaz, não se encontrando, para esses efeitos, condicionada à ratificação de qualquer outro Juízo, no bojo de outra ação, do que decorre sua natureza satisfativa, e não cautelar. Tal decisão consubstancia, em si, título judicial idôneo a autorizar a credora de alimentos a levar a efeito, imediatamente, as providências judiciais para a sua cobrança, com os correspondentes meios coercitivos que a lei dispõe (perante o próprio Juízo) não sendo necessário o ajuizamento, no prazo de 30 (trinta) dias, de ação principal de alimentos (propriamente dita), sob pena de decadência do direito. Compreensão diversa tornaria inócuo o propósito de se conferir efetiva proteção à mulher, em situação de hipervulnerabilidade.

PROCESSO: RHC 100.446-MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, por unanimidade, julgado em 27/11/2018, DJe 05/12/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 22 da Lei Maria da Penha anuncia como medida protetiva que obriga o agressor a prestação de alimentos provisionais ou provisórios, prestações destinadas a assegurar à mulher vítima os meios para se manter na pendência da lide.

Sejam, portanto, provisionais ou provisórios, os alimentos possuem nítido caráter cautelar, fixados liminarmente, sujeitos à mutabilidade e de eficácia temporal limitada, até o julgamento, inclusive, de eventual recurso extraordinário. É o que ensina a doutrina.

Possuem o inegável caráter de medida emergência.

Tratando-se de medida cautelar, sempre obedeceu às regras dos arts. 796 e seguintes do CPC de 1973. Dentre elas, especialmente, a que impõe a propositura da ação principal no prazo de 30 dias, a ser contado da data da efetivação da medida, à luz do art. 806 do revogado *codex*.

A matéria, atualmente, conquanto de forma um pouco diversa, vem tratada no capítulo denominado do procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), mais precisamente no art. 309, que em seu inc. I, dispõe que cessa a eficácia da tutela se “o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal”.

Nem por isso se deve imaginar que a ação principal será manejada perante o Juizado da Violência Doméstica. A competência do Juizado, cível e criminal, se restringe às situações de violência doméstica ou familiar contra a mulher, em vista do exposto no art. 14 da lei. Ao juiz cumpre adotar as medidas de urgência, conforme previsto nos arts. 18 a 24. Parece óbvio, assim, que a ação principal deva ser ajuizada perante a Vara da Família ou a Vara Cível, conforme regras de organização judiciária.

Quisesse o legislador estender a competência do Juizado e, decerto, teria feito expressa menção na lei a esse respeito. Ao contrário, porém, preferiu se ater, apenas, aos alimentos provisionais ou provisórios.

Não se concebe, com efeito, o juiz do Juizado julgando, v.g., uma ação de anulação de casamento. Fugiria, mesmo do espírito da lei, que busca a adoção de medidas urgentes de proteção à mulher, sem tempo para maior dilação probatória e marcadas por certa dose de transitoriedade (*rebus sic stantibus*), ou seja, capazes de mudança no momento seguinte, quando alterado o panoramafático.

Insistimos, para conhecimento da ação principal, visando o recebimento de alimentos, a competência já não é mais do Juizado, senão de uma vara comum a ser indicada pelas normas que regem a matéria.

Nem se argumente que soaria estranho o juiz do Juizado fixar os alimentos provisionais ou provisórios e, posteriormente, outro juiz (por exemplo, da Vara da Família), alterar essa decisão. Afinal, se o próprio juiz que fixou os alimentos, já na inicial, pode alterá-los no curso da ação, conforme prevê, expressamente, o § 1.º, do art. 13 da Lei 5.478/68, não se vislumbra qualquer óbice para que, em nosso exemplo, ocorra o mesmo.

Assim, o juiz do Juizado, em sede de cognição sumária, arbitrará provisoriamente os alimentos e o outro juiz, da ação principal, poderá rever essa decisão, face, por exemplo, à contestação do réu que trouxe farta documentação demonstrando o exagero daquele primeiro decisum. Ou não é assim, para tomarmos um exemplo no âmbito criminal, quando um juiz plantonista é comunicado de uma prisão em flagrante, mantendo-a e o outro, mais á frente, relaxa esse flagrante ou concede a liberdade provisória? E o mesmo não ocorre quando, v.g., em um plantão judicial um juiz defere a separação de corpos e outro conhece da ação principal de separação judicial?

Não discrepa o entendimento do FONAVID (Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher), em seu Enunciado 3, a se conferir: “A competência cível dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é restrita às medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, devendo as ações relativas a direito de família ser processadas e julgadas pelas Varas de Família”.

De sorte que, em nossa ótica, ao Juizado caberá a fixação dos alimentos provisionais ou provisórios quando, a partir daí, se iniciará o *dies a quo* para a propositura da ação principal a ser ajuizada na forma acima sugerida.

A lição acima, contudo, presente na maioria da doutrina, não foi seguida pelo Terceira Turma do STJ. Decidiu a Corte, como recurso em comento, que se afigura absolutamente consonante com a abrangência das matérias outorgadas à competência da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher o deferimento de medida protetiva de alimentos, de natureza cível, no âmbito de ação criminal destinada a apurar crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher. **É de se reconhecer, portanto, que a medida protetiva de alimentos, fixada por Juízo materialmente competente é, por si, válida e eficaz, não se encontrando, para esses efeitos, condicionada à ratificação de qualquer outro Juízo, no bojo de outra ação, do que decorre sua natureza satisfativa,**

e não cautelar. Tal decisão consubstancia, em si, título judicial idôneo a autorizar a credora de alimentos a levar a efeito, imediatamente, as providências judiciais para a sua cobrança, com os correspondentes meios coercitivos que a lei dispõe (perante o próprio Juízo) não sendo necessário o ajuizamento, no prazo de 30 (trinta) dias, de ação principal de alimentos (propriamente dita), sob pena de decadência do direito. Compreensão diversa tornaria inócuo o propósito de se conferir efetiva proteção à mulher, em situação de hipervulnerabilidade.

3-Tema: STF autoriza execução provisória de pena restritiva de direitos

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 14/02/2019

O ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal (STF), autorizou a execução provisória de pena restritiva de direitos decorrente de condenação mantida, em segunda instância, pela Justiça de Santa Catarina. O relator acolheu o Recurso Extraordinário (RE) 1161548, interposto pelo Ministério Público Federal (MPF), e reformou decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que vedou a medida.

No caso em questão, o réu foi condenado pelo crime de falsificação de documento público à pena de dois anos de reclusão em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos: prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. Contra decisão do Tribunal de Justiça estadual (TJ-SC) que havia determinado o início do cumprimento da pena, a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (DPE-SC) impetrou habeas corpus no STJ, que concedeu a ordem com fundamento em sua jurisprudência no sentido da impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, devendo-se aguardar o trânsito em julgado da condenação. No Supremo, o MPF pediu a reforma da decisão do STJ a fim de que fosse autorizada a execução.

Em sua decisão, ministro Edson Fachin lembrou que o STF, em diferentes precedentes, fixou jurisprudência segundo a qual “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal”. Ele citou nesse sentido o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292, de medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43 e 44 e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, apreciado sob a sistemática da repercussão geral.

Especificamente em relação à execução provisória de pena restritiva de direitos em condenação já confirmada em segunda instância, o relator destacou que existem diversos julgados em que a Corte reconhece que a possibilidade de execução provisória da pena não está restrita às penas privativas de liberdade. “Entendo que a decisão do STJ, ao inviabilizar a execução provisória da pena restritiva de direitos, merece reparos, mormente porque incompatível com a jurisprudência prevalecente no âmbito desta Suprema Corte”, concluiu.

Leia [íntegra da decisão](#).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Apesar de a LEP condicionar a execução da pena restritiva ao trânsito em julgado da condenação, o STF passou a admitir a execução provisória no caso de condenação confirmada (ou imposta) em julgamento de 2º. grau.

Se a Suprema Corte assim decidiu em se tratando de pena privativa de liberdade, não enxergávamos motivos aptos a impedir esse mesmo raciocínio para as penas alternativas.

Todavia, a Terceira Seção do STJ (composta pela Quinta e Sexta Turma) e o STF vinham entendendo não ser possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, altera seu posicionamento, como manda a lógica e coerência.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Advocacia administrativa perante a administração fazendária. Art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990. Impugnações administrativas apresentadas por terceiro particular. Prévia correção quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico realizada por agente público. Atipicidade da conduta.

INFORMATIVO 639 STJ- SEXTA TURMA

É atípica a conduta de agente público que procede à prévia correção quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico das impugnações administrativas, não configurando o crime de advocacia administrativa perante a Administração Fazendária.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Inicialmente cumpre salientar que a conduta tipificada no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 – tipo especial em relação ao delito previsto no art. 321 do Código Penal – pressupõe que o agente, valendo-se da sua condição de funcionário público, patrocine, perante a administração fazendária, interesse alheio em processo administrativo. Pressupõe-se que o agente postule o interesse privado, direta ou indiretamente, utilizando-se da sua condição de funcionário para influenciar os responsáveis pela análise do pleito. Segundo a doutrina, "patrocinar significa defender, pleitear, advogar junto a companheiros ou superiores hierárquicos o interesse particular. Para que se configure este delito, não basta que o agente ostente a condição de funcionário público, mas é necessário e indispensável que pratique a ação aproveitando-se das facilidades que sua qualidade de funcionário público lhe proporciona". A doutrina também ensina que "é claro que o patrocínio incriminado exige efetiva defesa de interesse privado por parte do funcionário público da administração fazendária, e não simples ato que poderia ser praticado por qualquer pessoa, como no caso do agente que obtém certidões devidamente pagas ou informações passíveis de serem colhidas por qualquer um, sob pena de violação dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade". Desse modo, não se pode tomar como típica a conduta de proceder à correção quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico das

impugnações administrativas anteriormente confeccionadas pelos causídicos do administrado. Muito embora a conduta perpetrada possa ser avaliada sob o aspecto ético, ela não se justapõe à conduta típica descrita no art. 3º, III, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.

PROCESSO: REsp 1.770.444-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, por maioria, julgado em 08/11/2018, DJe 03/12/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No Código Penal, a advocacia administrativa é tipificada no art. 321: “Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário”. Há ainda uma figura especial tipificada no art. 3º, inc. III, da Lei 8.137/90, que pune a mesma conduta, mas praticada perante a administração fazendária, tratando-se, portanto, de um crime funcional contra a ordem tributária.

Consiste a advocacia administrativa, basicamente, em defender, pleitear, advogar junto a companheiros ou superiores hierárquicos o interesse particular. Para que se configure o crime, não basta que o agente ostente a condição de funcionário público, mas é necessário e indispensável que pratique a ação aproveitando-se das facilidades que sua qualidade de funcionário lhe proporciona.

Exige-se, além disso, mais do que um mero ato de encaminhamento ou protocolado de papéis. É curial que se verifique o efetivo patrocínio de uma causa, complexa ou não, perante a administração. É a lição de Basileu Garcia:

“Que é patrocinar? Patrocínio é proteção, auxílio, amparo. Patrocinar uma causa é advogá-la, defendê-la. De certo modo, toda manifestação de boa-vontade de um funcionário para certos papéis, na sua repartição, poderia ser interpretada como favorecimento, ou patrocínio. Precisamos, porém, colocá-los dentro da realidade, sem fantasias mitológicas, ao cuidar de impor sanções penais. É impossível evitar que funcionários se interessem pelo andamento de determinados papéis, atendendo ao pedido de um amigo ou conhecido. Seria absurdo vislumbrar-se nesse fato corriqueiro e inocente o patrocínio de interesses, visado pelo legislador ao punir a advocacia administrativa. O que se desejou punir é, como a própria denominação da modalidade criminosa adverte, a atitude que comprova, da parte do funcionário, o ânimo de advogar pretensões alheias, utilizando-se da sua qualidade e do seu poder de funcionário, como força para a vitória que, desse modo desleal, tende a ser concedida a uma das partes. Para essa advocacia criminosa não é preciso ser formado em direito.”(Dos crimes contra administração pública. *Justitia*, v. 6, São Paulo, 1948, p. 62)

Em virtude dessas características, o STJ deu provimento a recurso especial (REsp 1.770.444/DF, j. 08/11/2018) para afastar a tipicidade da conduta praticada por auditora da Receita Federal que havia feito correções de ordem técnica, estilística e gramatical em impugnações administrativas promovidas por particular.

Segundo a decisão, embora a conduta pudesse ser questionada sob o ponto de vista ético, não se demonstrou que a funcionária pública se valeu de sua condição para influenciar eventual julgamento

favorável ao terceiro. O fato de a auditora ser capaz de orientar a redação da impugnação administrativa envolve um conhecimento técnico não necessariamente ligado à função pública desempenhada. Qualquer pessoa, mesmo sem função pública, que tivesse tal conhecimento poderia fazer o mesmo:

“Inicialmente cumpre salientar que a conduta tipificada no art. 3º, III, da Lei n. 8.137/1990 – tipo especial em relação ao delito previsto no art. 321 do Código Penal – pressupõe que o agente, valendo-se da sua condição de funcionário público, patrocine, perante a administração fazendária, interesse alheio em processo administrativo. Pressupõe-se que o agente postule o interesse privado, direta ou indiretamente, utilizando-se da sua condição de funcionário para influenciar os responsáveis pela análise do pleito. Segundo a doutrina, “patrocinar significa defender, pleitear, advogar junto a companheiros ou superiores hierárquicos o interesse particular. Para que se configure este delito, não basta que o agente ostente a condição de funcionário público, mas é necessário e indispensável que pratique a ação aproveitando-se das facilidades que sua qualidade de funcionário público lhe proporciona”. A doutrina também ensina que “é claro que o patrocínio incriminado exige efetiva defesa de interesse privado por parte do funcionário público da administração fazendária, e não simples ato que poderia ser praticado por qualquer pessoa, como no caso do agente que obtém certidões devidamente pagas ou informações passíveis de serem colhidas por qualquer um, sob pena de violação dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade”. Desse modo, não se pode tomar como típica a conduta de proceder à correção quanto aos aspectos gramatical, estilístico e técnico das impugnações administrativas anteriormente confeccionadas pelos causídicos do administrado. Muito embora a conduta perpetrada possa ser avaliada sob o aspecto ético, ela não se justapõe à conduta típica descrita no art. 3º, III, da Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária.”

2- Tema: Crime de estupro de vulnerável- Desclassificação- Contravenção Penal- Impossibilidade

STJ- REsp 1754950/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 29/10/2018

Ementa:

RECURSO ESPECIAL. CONDUTA CARACTERIZADORA DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O tipo descrito no art. 217-A do Código Penal é misto alternativo, isto é, prevê as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. 2. "A materialização do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) se dá com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal (AgRg no AREsp 530.053/MT, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015), em cuja expressão estão contidos todos os atos de natureza sexual, que não a conjunção carnal, que tenham a finalidade de satisfazer a libido do agente" (Rogério Greco, in Curso de Direito Penal, Parte Especial, v.3, p. 467).

3. No âmbito deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se o entendimento de que "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA Turma, DJe 21/3/2012) 4. Devidamente caracterizada a conduta descrita no art. 217-A do Código Penal, pelo fato do agravante ter passado a mão nas nádegas da menor por cima de suas vestes, impõe-se a condenação pela prática do delito na modalidade consumada.

5. Recurso Especial provido.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No art. 217-A do CP pune-se o agente que tem conjunção carnal ou pratica **qualquer** outro ato libidinoso com vítima menor de 14 anos (caput) ou portadora de enfermidade ou deficiência mental incapaz de discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não tenha condições de oferecer resistência (§ 1º) – pouco importando, neste último caso, se a incapacidade foi ou não provocada pelo autor.

Trata-se de crime de execução livre.

A conduta de **praticar** com menor de idade atos libidinosos abrange tanto o ato sexual tendo a vítima um comportamento passivo (permitindo que com ela se pratiquem os atos) ou ativo (praticando os atos de libidinagem no agente), implicando, interpretação diversa, proteção deficiente do Estado.

De acordo com o que já decidiu o STJ, o crime de estupro de vulnerável pode se caracterizar inclusive em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima (RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/8/2016).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

11 de fevereiro de 2019

1- 2ª Turma assegura acesso a imagens de câmeras de segurança requeridas pela defesa de réu

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Caberá ao Plenário julgar Reclamação sobre audiências de custódia em casos de prisões cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14 de fevereiro de 2019

3- Plenário rejeita recurso de ex-vereador de Marília condenado por uso de documento falso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Decano do STF inicia voto sobre omissão do Congresso Nacional em criminalizar homofobia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

11 de fevereiro de 2019

-Crime da 113 Sul: STJ mantém julgamento de Adriana Villela no tribunal do júri

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

14 de fevereiro de 2019

Enfam promove debate sobre proposta da Lei Anticrime

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 037

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel
Rosa Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de
Palma Ricardo José Gasques de Almeida
Silvares

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

Tema: Tráfico de Drogas . Atenuante de confissão espontânea

Os julgados abaixo foram incluídos a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais, importantes para o dia a dia do órgão de execução criminal.

a) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DAS DROGAS PARA USO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. No delito de tráfico de drogas, não faz jus à atenuante da confissão o acusado que afirma a propriedade das drogas para uso próprio. Precedentes.

2. In casu, o paciente não confessou que estaria traficando drogas, mas, tão somente, admitiu que a substância entorpecente apreendida em seu poder seria para consumo próprio. Portanto, não incide ao caso a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, não sendo possível, por consequência, promover a sua compensação com a agravante da reincidência.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

STJ- AgRg no HC 448.692/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018

b) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

AGENTE QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO E AFIRMOU SER USUÁRIO DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, em se tratando do crime de tráfico de entorpecentes, a confissão espontânea do acusado que admite a propriedade da droga, no entanto afirma ser destinada a consumo próprio, sendo mero usuário, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal - CP. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

STJ-AgRg no HC 442.885/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018

c) RECLAMAÇÃO. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. FALTA DE RECONHECIMENTO NA ORIGEM DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPENSAR. PARECER ACOLHIDO.

1. Não há falar em descumprimento do julgado do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que faltou o anterior reconhecimento, na origem, da dita confissão espontânea, sendo, portanto, inviável a compensação com a reincidência constatada.
2. Conforme a revisão criminal, o reclamante apenas confessou ser o possuidor da droga para consumo próprio, não tendo confessado em nenhum momento o cometimento do tráfico.
3. Reclamação improcedente.

STJ-Rcl 35.076/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/02/2018, DJe 27/02/2018

d) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Deve-se indeferir liminarmente o habeas corpus impetrado como substitutivo recursal, se for possível à defesa manifestar sua irrisignação pela vida adequada e não sobressair, do ato inquinado coator, patente ilegalidade. Busca-se, com isso, evitar a subversão da essência do remédio heroico e o alargamento inconstitucional da competência desta Corte Superior para o julgamento desse tipo de ação de impugnação autônoma, consoante determinam os arts. 34, XVIII, e 210 do RISTJ e a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.
2. No caso em exame, o acusado não confessou o tráfico de drogas, mas admitiu, tão somente, o porte de substância entorpecente destinada ao consumo próprio. Não se aplica ao réu, portanto, a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Precedentes. Ressalva do relator.

3. Agravo regimental não provido.

STJ- AgRg no HC 411.440/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Descumprimento das condições do regime aberto - Extinção da pena - Impossibilidade

STJ- HC 445.879/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. EXIGÊNCIA DE COMPARECIMENTO DA SENTENCIADO EM JUÍZO. DESCUMPRIMENTO. CÔMPUTO DO PERÍODO QUE MEDEIA A DATA DO INÍCIO DO ABANDONO E A DE PROLAÇÃO DA DECISÃO QUE SUSPENDEU O BENEFÍCIO COMO PENA EFETIVAMENTE CUMPRIDA.

IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Se a Paciente não compareceu em Juízo para o cumprimento das condições impostas ao regime aberto, não há como computar o respectivo período como pena efetivamente cumprida.

2. Ordem denegada.

Inteiro [teor](#)

STJ- HC 380.077/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS. EXTINÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PENA REMANESCENTE. CUMPRIMENTO DA PENA SEQUER INICIADO. DESCASO COM A EXECUÇÃO DA REPRIMENDA. CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A FINALIDADE DO REGIME MENOS GRAVOSO. FRUSTRAÇÃO DOS FINS DA EXECUÇÃO. ART. 36, § 2º, DO CP. CONDUTA PASSÍVEL, INCLUSIVE, DE CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ART. 50, V, DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

ORDEM DENEGADA.

1. Se o apenado descumprir as condições do regime aberto ou não comparece para dar cumprimento às condições impostas, não há falar em extinção da pena pelo cumprimento da pena remanescente, o qual sequer se inicia efetivamente em tais casos. Precedente do STJ.

2. O descumprimento das condições impostas no regime aberto mostra-se incompatível com a sua finalidade ressocializadora, porquanto acarreta a frustração dos fins da execução, além de configurar, em tese, falta disciplinar de natureza grave, nos termos do inciso V do art. 50 da Lei de Execução Penal - cujo reconhecimento é apto a interromper o prazo para a aquisição de futuros benefícios, além de importar em regressão de regime -, inexistindo, pois, constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Ordem denegada.

Inteiro [teor](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Para que o condenado ingresse no regime aberto deverá não apenas cumprir os requisitos (objetivos e subjetivos) comuns a qualquer transferência, previstos no art. 112 da LEP, mas também aceitar o programa e as condições impostas pelo juiz (art. 113), as condições obrigatórias previstas em lei (art. 115), demonstrar capacidade para o trabalho e aptidão para viver em semiliberdade (art. 114).

O descumprimento injustificado das condições impostas demonstra falta de compromisso do reeducando, bem como ausência do senso de responsabilidade, frustrando os fins da execução. Essa postura configura falta disciplinar de natureza grave, nos termos do inciso V do art. 50 da LEP, acarretando a interrupção do prazo para a aquisição de futuros benefícios, além de importar em regressão de regime. Esse rol de sanções, longe de implicar em “bis in idem”, é admitido pelos tribunais superiores, não caracterizando constrangimento ilegal.

2- Tema: Situações excepcionais podem impedir prisão domiciliar para mães mesmo após alterações do CPP

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 22/02/2019

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o juiz pode negar a conversão da prisão preventiva em domiciliar para gestantes ou mães de filhos pequenos ou com deficiência caso entenda que está diante de uma situação excepcional, conforme admitido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Habeas Corpus 143.641.

Os ministros entenderam que o indeferimento do benefício em tais situações excepcionais é possível mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.769, de 18 de dezembro de 2018, que alterou o Código de Processo Penal (CPP) e fixou apenas duas ressalvas ao regime de prisão domiciliar.

A decisão da Quinta Turma foi tomada no julgamento dos HCs 426.526 e 470.549, nos quais a defesa alegava que as pacientes teriam direito à prisão domiciliar prevista no artigo 318, V, do CPP.

No primeiro caso, de relatoria do ministro Joel Ilan Paciornik, houve pedido de vista do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que, em concordância com o relator, negou o pedido. Já no segundo processo, de relatoria do ministro Reynaldo, a turma concedeu a ordem de ofício para que a ré passe ao regime domiciliar.

Histórico

Em fevereiro de 2018, a Segunda Turma do STF, em julgamento de habeas corpus coletivo (HC 143.641), determinou, por maioria, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, salvo nos casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

A decisão impôs, com suas ressalvas, o atendimento aos incisos III, IV e V do artigo 318 do CPP, segundo os quais o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência, gestante ou mulher com filho de até 12 anos incompletos.

Entretanto, em dezembro de 2018, sobreveio a Lei 13.769, que acrescentou os artigos 318-A e 318-B no CPP, prevendo que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e que não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Poder-dever

Ao analisar os casos, a Quinta Turma destacou o fato de que o texto da nova lei suprimiu a discricionariedade do juiz para negar a prisão domiciliar em casos de situações excepcionais, hipótese prevista no HC coletivo julgado pelo STF.

“Com a publicação da nova lei, não resta dúvida que se trata de um poder-dever para o juiz aplicar o benefício, ressalvados os casos em que tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa ou contra seu filho ou dependente. Assim, forçoso reconhecer o caráter objetivo de aplicação da nova lei, com a substituição do termo poderá (artigo 318, caput) por será (artigo 318-A, caput), sempre que apresentada prova idônea do requisito estabelecido na norma (artigo 318, parágrafo único)”, afirmou o ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

No entanto, os ministros do colegiado decidiram que a exceção à concessão do benefício em situações excepcionalíssimas a serem analisadas pelo juiz deve subsistir, pois o principal objetivo da lei é a proteção da criança, e não a concessão de um “salvo-conduto às mulheres que cometem crime sem violência ou grave ameaça, independentemente do risco que a sua liberdade possa oferecer aos filhos, à pessoa com deficiência pela qual é responsável, ou mesmo à sociedade”.

Em seu voto, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca citou decisão do ministro Sebastião Reis Júnior, da Sexta Turma, e artigos doutrinários que respaldam esse entendimento.

Casos diferentes

Durante o julgamento, os relatores também ressaltaram a diferença entre as situações tratadas nos dois habeas corpus. Para eles, a análise precisa levar em conta as particularidades do caso concreto, devendo-se observar se a presença da mãe pode representar risco direto aos direitos das crianças menores ou dos dependentes.

No caso do HC 426.526, os ministros levaram em consideração o fato de a mãe supostamente manter o funcionamento de “boca de fumo” ligada ao Comando Vermelho, além de utilizar arma de fogo rotineiramente, e concluíram pela caracterização da situação excepcional mencionada pelo STF no habeas corpus coletivo.

“Assim, é certo que da situação evidenciada nos autos verifica-se a excepcionalidade prevista no mencionado julgado, tendo em vista que, conforme fundamentado pelas instâncias ordinárias, a paciente é apontada como líder do tráfico de entorpecentes na região, exercia suas atividades mediante utilização de arma de fogo, e foi apreendida grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína)”, afirmou o relator, ministro Joel Ilan Paciornik.

Já no caso do HC 470.549, mesmo a ré tendo o benefício negado nas instâncias anteriores sob o argumento de que sua presença não seria imprescindível, já que contava com a ajuda da avó e da mãe para os cuidados com os filhos, a turma julgadora concluiu não haver impedimento para a concessão da prisão domiciliar.

“Embora a paciente seja investigada por tráfico, não é reincidente, o fato que deu origem à prisão em exame não ocorreu na residência onde moram os filhos, bem como não envolveu atuação de organização criminosa, tanto que foi denunciada apenas pelo crime de tráfico de drogas”, destacou o relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Leia os acórdãos no HC 426.526 e no HC 470.549.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei 13.769/18 alterou o Código de Processo para nele inserir o artigo 318-A, segundo o qual a prisão preventiva decretada sobre a “mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar”, desde que a presa: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

A lei processual penal já estabelecia a possibilidade de conceder prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva para gestantes e mulheres com filho de até doze anos de idade incompletos no art. 318, incisos IV e V. Há, porém, uma diferença que já provoca controvérsia: o caput do art. 318 dispõe que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar, ao passo que o caput do novo art. 318-A dispõe que a prisão preventiva será substituída, a não ser que uma das situações elencadas nos incisos o impeça.

A interpretação literal do novo disposto nos leva a à conclusão de que a intenção do legislador foi criar um poder-dever para o juiz, isto é, somente os crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa e contra o próprio filho ou dependente poderiam impedir que mulheres gestantes ou responsáveis por criança ou pessoa com deficiência permanecessem presas cautelarmente. Neste passo, a nova lei é mais pródiga na concessão do benefício do que foi a decisão do STF no habeas corpus coletivo 143.641/SP (j. 20/02/2018), cujo acórdão reconhece que “situações excepcionalíssimas” podem fundamentar a denegação da prisão domiciliar. Nesta ressalva é possível inserir crimes que, não obstante cometidos sem violência ou ameaça, guardam acentuada gravidade. O STJ tem decisões nas quais se refere a situações excepcionalíssimas referentes à prática de tráfico de drogas:

“V – O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus coletivo n. 143.641, determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas. VI – Na presente hipótese, verifica-se situação excepcionalíssima que impede a concessão do benefício, porquanto a paciente foi presa em flagrante realizando a mercancia e armazenamento de drogas ilícitas em sua própria residência, local onde se encontrava seu filho de 1 ano de idade, consoante consignado no v. acórdão vergastado. Precedentes.” (HC 471.503/RJ, j. 13/11/2018).

“O fato de a acusada comercializar entorpecentes em sua própria residência, local onde foi apreendida quantidade relevante de cocaína, já embalada em porções individuais, além de outros petrechos comumente utilizados para o tráfico de drogas, evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não cessaria a possibilidade de novas condutas delitivas no interior de sua casa, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (STJ – RHC 96.737/RJ, j. 19/06/2018).

“O fato de a acusada realizar a contabilidade do grupo criminoso e transmitir as ordens de seu companheiro – líder da associação, atualmente privado de sua liberdade – evidencia o prognóstico de que a prisão domiciliar não seria suficiente para evitar a prática delitiva no interior de sua residência, na presença dos filhos menores de 12 anos, circunstância que inviabiliza o acolhimento do pleito” (RHC 96.157/RS, j. 05/06/2018).

A nosso ver, a interpretação literal não é a melhor saída, pois desconsidera o cometimento de crimes graves como o tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à prática do próprio tráfico, fraudes de grande vulto e até mesmo determinadas figuras tipificadas na Lei 13.260/16, que trata do terrorismo.

A prisão domiciliar é, em si, uma medida de natureza cautelar e deve ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 292 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas de acordo com a necessidade e com adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ora, afirmar que o juiz é obrigado à substituição, sem considerar particularidades e circunstâncias do crime imputado à acusada, opõe-se abertamente às regras gerais para a concessão de cautelares.

A substituição automática também acaba por violar o disposto no art. 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Diante do plexo de direitos e garantias explicitados na Constituição, têm o legislador e o juiz a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente. Em outras palavras: é tão indesejado o excesso quanto a insuficiência da resposta do Estado punitivo. A obrigação de que o juiz substitua a prisão preventiva pela domiciliar torna evidentemente falha a proteção de que se incumbe o Estado.

Na decisão em comento o STJ nos dá razão ao ponderar que, mesmo diante do texto do art. 318-A, as circunstâncias excepcionais mencionadas pelo STF não podem ser ignoradas.

Em seu voto, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca admite que o art. 318-A do CPP estabelece um poder-dever do juiz, ou seja, reconhece-se o caráter objetivo da norma, que em regra deve ser aplicada diante de situações que se subsumam às suas disposições. Isto, no entanto, não afasta os requisitos impostos pelo STF no habeas corpus coletivo, que, segundo o ministro, continua aplicável porque a Lei 13.769/18 contém clara omissão.

A decisão é salutar, porque, além de adequar o procedimento às regras gerais para a concessão de cautelares no processo penal, garante que a análise da substituição da prisão preventiva seja mais criteriosa e condizente com a natureza e as circunstâncias do crime imputado.

Clique [aqui](#) para ter acesso a manifestação do Promotor de Justiça de Marília, Dr Rafael Abujamra, sobre a prisão domiciliar para presas gestantes e mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

3-Tema: Audiência de custódia e espécies de prisão

INFORMATIVO 930 STF- SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma afetou ao Plenário o julgamento de agravo regimental interposto contra decisão que negou seguimento à reclamação na qual se questionam as espécies de prisão em face das quais a audiência de custódia é imperativa.

A reclamante aponta ofensa à autoridade da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347 MC), que determinou a realização de audiência de custódia no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contado a partir do momento da prisão.

Sustenta que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) não observou a decisão do STF ao restringir, por meio da Resolução 29/2015, as hipóteses de audiência de custódia aos casos de flagrante delito. Alega que, independente do título prisional, o preso deve ser apresentado, no prazo de 24 horas, à autoridade judicial. Requer a procedência da reclamação a fim de que seja determinada ao TJRJ a realização da audiência de custódia para as demais hipóteses de prisão.

O ministro Edson Fachin (relator) negou provimento ao agravo regimental e manteve o entendimento proferido em sua decisão monocrática no sentido da não configuração da aderência estrita entre a decisão reclamada e o paradigma invocado. Segundo ele, não é possível extrapolar os limites do que decidido até agora em medida cautelar na ADPF, cuja extensão, se o Plenário assim entender, poderá ir além na apreciação do seu mérito. O relator foi acompanhado pela ministra Cármen Lúcia.

Na decisão monocrática, o ministro Fachin considerou que o Plenário, ao julgar a ADPF 347 MC, fixou a obrigatoriedade da audiência de custódia apenas para os casos de prisão em flagrante. Para ele, embora o Plenário tenha determinado “aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”, não afirmou a necessidade dessa providência nos casos de prisão preventiva, temporária ou definitiva decretada por juízes ou tribunais.

Em divergência, o ministro Gilmar Mendes deu provimento ao recurso para julgar procedente a reclamação e determinar que o TJRJ realize a audiência de custódia em todas as hipóteses de prisões cautelares, até mesmo temporárias e preventivas.

Para o ministro Gilmar Mendes, o acórdão do Plenário não limitou a determinação da audiência de custódia exclusivamente aos casos de prisão em flagrante, mas indicou, de modo genérico, o comparecimento do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Frisou que a ADPF 347 e as demais ações conexas envolvem diversos temas complexos relativos ao sistema penitenciário por vezes não decididos ou bem esclarecidos em uma única ação ou decisão. A complexidade e a variedade das questões discutidas e a necessidade de se resolverem essas novas demandas que surgem no transcorrer desses processos são características específicas das ações estruturais e do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro se comparados com o processo tradicional idealizado para resolução de uma disputa entre partes estabelecida em torno de um objeto bem definido.

Concluiu que, nesse sentido, o julgamento da reclamação permite ao STF integrar, esclarecer e reafirmar uma das políticas judiciárias estabelecidas na ADPF 347 em coordenação com a regulamentação fixada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para superação desse “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, em vez de delegar essa tarefa a cada um dos tribunais do País.

Em seguida, por proposição do relator, o julgamento foi suspenso e afetado ao Plenário.

Rcl 29303 AgR/RJ, rel. Edson Fachin, julgamento em 12.2.2019. (Rcl-29303)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A audiência de custódia se apresenta como cautela que atende, basicamente, à Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7. 5), impondo a apresentação do preso a um juiz ou a autoridade que exerça função assemelhada, legalmente constituída. No mesmo sentido, o art. 9, 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York.

A matéria ainda não recebeu tratamento legal, conquanto esteja em trâmite, no Congresso, projeto de lei que a regulamenta. Por ora, vem prevista na Resolução n. 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça e em normas internas de tribunais. Assegura-se prévia entrevista entre o preso com seu advogado ou, à falta deste, com um defensor público. Após formular perguntas de cunho pessoal, referentes à “qualificação, condições pessoais, tais como estado civil, grau de alfabetização, meios de vida ou profissão, local da residência, lugar onde exerce sua atividade, e, ainda, sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão”, sem adentrar o mérito dos fatos em si, é concedida a palavra ao Ministério Público e à defesa, após prévia entrevista entre o preso com seu advogado, sendo convertida ou não a prisão em flagrante em preventiva.

Como a matéria é tratada por meio de Resolução do Conselho Nacional de Justiça, não há, ainda, um tratamento uniforme em todo país. “Assim, cada estado irá regulando as formas de tornar viável a iniciativa, obviamente sem fugir das regras da Resolução 213 do CNJ. Por exemplo, em comarcas contíguas poderá haver um plantão regionalizado que receba os autuados em flagrante de todas as unidades judiciárias. A audiência de custódia por vídeo conferência que, em alguns locais, constitui um absurdo, em outros pode mostrar-se como uma necessidade absoluta. O prazo de 24 horas, em regiões distantes poderá ser flexibilizado, por ser de cumprimento impossível”, nas palavras de Vladimir Passos de Freitas, em artigo publicado sob o título “Precisamos dar um passo à frente com as audiências de custódia” (site do Conjur de 11.11.2018).

A audiência de custódia (ou de apresentação), como visto, tem dupla finalidade: de proteção, a fim de tutelar a integridade física do preso, e de constatação, aquilatando, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a necessidade de ser mantida a prisão do autuado.

Discute-se se a audiência se aplica apenas no caso do flagrante, divergindo a Corte Maior. Nos termos da Resolução 213/2015 do CNJ, o dever de apresentação de toda pessoa presa abrange o flagrante (art. 1º) e outras prisões, como temporária, preventiva ou definitiva (art. 13).

Alerta-se, contudo, que a audiência no caso de cumprimento de mandado de prisão temporária, preventiva ou definitiva somente se justifica para assegurar a integridade do preso, não havendo espaço para o magistrado aquilatar o mérito da clausura, ou seja, se devida ou não a prisão.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Art. 33, § 4º, da Lei de Drogas - Inexiste direito subjetivo à redução em seu grau máximo

STJ- AgRg no AgRg no AREsp 1205580/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. 3,987KG (TRÊS QUILOS, NOVECENTOS E OITENTA E SETE GRAMAS) DE COCAÍNA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6. AGENTE NA CONDIÇÃO DE "MULA". FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. A orientação jurisprudencial desta Casa, na linha do entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que "o fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode - como numa relação, pura e simples, de causa e efeito - levar à conclusão de que ele seria integrante de organização criminosa e, como tal, não seria merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos (REsp n. 1.365.002/MS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 11/9/2017).

3. No caso dos autos, o colegiado regional, respeitando os critérios legais estabelecidos pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 e, ainda, com observância aos pormenores da situação concreta, entendeu pela aplicação da causa especial de diminuição da pena na fração de 1/6 (um sexto), destacando que o agravante, embora não integrasse organização criminosa, teria se associado, de maneira pontual, a organização criminosa de tráfico internacional de drogas, atuando como "mula".

4. Revela-se suficiente a fundamentação da Corte local, quanto à não incidência da minorante em seu grau máximo, haja vista a maior reprovabilidade da conduta, sobretudo porque o agravante tinha conhecimento de estar a serviço de organização criminosa de tráfico internacional. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1.º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

O entendimento dominante era no sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos. Ocorre que, em 23/06/2016, julgando o habeas corpus 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, razão pela qual, uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512.

Em decorrência dessa nova orientação, o STJ passou a adotar o entendimento de que é permitida a concessão de indulto a condenado pelo crime de tráfico privilegiado, considerando inviável negar o benefício com base em entendimento jurisprudencial já superado (HC 435.156/SP, j. 19/04/2018).

A incidência da causa de diminuição da pena pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

“2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/08/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há bis in idem:

“Cumprê destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando

sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

É motivo para a não incidência da minorante o fato de o agente responder a inquéritos ou a ações penais.

Sabe-se que, na aplicação da pena, o juiz só pode considerar maus antecedentes as condenações transitadas em julgado. Não é possível exasperar a pena com fundamento em inquéritos policiais e em ações penais em andamento (súmula nº 444 do STJ). No entanto, a Terceira Seção do STJ firmou o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa de diminuição de pena no tráfico sob o argumento da dedicação do agente a atividades criminosas. De acordo com o tribunal – cujas 5ª e 6ª Turmas eram divergentes –, o fato de o agente ser investigado ou réu em outros feitos criminais não impossibilita automaticamente a aplicação da minorante, mas tampouco impede que o juiz deixe de aplicá-la se, analisando as circunstâncias, considerar que o agente não faz jus ao benefício legal. A cláusula de diminuição de pena não pode ser aplicada de forma desmedida, pois se destina a beneficiar somente aqueles que praticaram de forma eventual o crime de tráfico (REsp 1.431.091/SP, j. 14/12/2016).

Questão interessante diz respeito à aplicação da causa de diminuição de pena em favor do agente que serve de transportador da droga (o conhecido “mula”). Há quem sustente que o fato é indicativo bastante de participação em organização criminosa, fator impeditivo da minorante. O STJ tem tanto decisões nas quais aplica a minorante quanto outras nas quais a afasta, sempre considerando o caso concreto. Em síntese, o tribunal não considera que o fato de o agente servir de transportador da droga caracterize uma presunção absoluta de que integra a organização criminosa à qual esteja servindo. São as circunstâncias da prática criminosa que indicam a extensão de sua colaboração. E, note-se, este papel pode servir inclusive para balizar a quantidade da diminuição da pena, caso a minorante seja aplicada:

“A condição de agente colaborador de crime organizado no tráfico internacional de drogas (“mula”) constitui fundamento idôneo para se valorar negativamente na terceira fase da dosimetria, razão pela qual é válida a aplicação do percentual de redução em 1/6, pela incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes” (AgRg no REsp 1.354.656/SP, DJe 18/08/2017).

“2. Em consonância com o entendimento desta Quinta Turma, foi ressaltado que a simples atuação do indivíduo flagrado no transporte eventual de droga alheia (“mula”) não pode levar à conclusão de que integre organização criminosa para efeito de afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 3. Todavia, a referida minorante foi afastada pois, no caso, as instâncias ordinárias

concluíram, com base nos elementos de prova, que o réu “não se trata indivíduo que se apresente totalmente desvinculado de organizações criminosas ou sobre quem não parem indicativos de que tenha como meio de vida a dedicação ao crime, notadamente em razão “das anotações de viagens anteriores havidas no passaporte do acusado, viagens estas de curta duração (Azerbaijão – 1 semana; Geórgia – 1 dia) e cujo propósito evidentemente não foi aquele mencionado pelo réu na versão que trouxe à baila em seu interrogatório (procura de um trabalho temporário) tudo a indicar que foram realizadas com o mesmo propósito que a viagem feita ao Brasil e que culminou com sua prisão, ou seja, a traficância de drogas.” 4. Com efeito, “esta Corte tem entendido que a atuação como transportador de droga, aliada à presença de elementos que demonstram, concretamente, a vinculação com organização criminosa, é fundamento idôneo para afastar a redução aqui pleiteada.” (AgRg no AREsp 736.510/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017)” (AgRg no HC 241.072/SP, DJe 18/08/2017).

Com isso, o tribunal segue o entendimento firmado pelo STF:

“2. Descabe afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 com base em mera conjectura ou ilação de que o réu integre organização criminosa. Precedentes. 3. O exercício da função de “mula”, embora indispensável para o tráfico internacional, não traduz, por si só, adesão, em caráter estável e permanente, à estrutura de organização criminosa, até porque esse recrutamento pode ter por finalidade um único transporte de droga. Precedentes” (HC 134.597/SP, DJe 09/08/2016).

Direito subjetivo do réu – A simples leitura do parágrafo pode induzir o intérprete a imaginar que o benefício está na órbita discricionária do juiz. Contudo, parece-nos que, preenchidos os requisitos, o magistrado não só pode, como deve reduzir a pena, ficando a sua discricionariedade (motivada) limitada à fração minorante.

2- Tema: Homicídio na direção do veículo automotor- Compatibilidade do dolo eventual e a tentativa

STJ- Decisão Monocrática- RECURSO ESPECIAL Nº 1.791.278 - SP

Ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DO VEÍCULO AUTOMOTOR. COMPATIBILIDADE DO DOLO EVENTUAL E TENTATIVA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

Jurisprudência incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Apesar de haver doutrina lecionando não ser possível tentativa no dolo eventual, argumentando que, nessa espécie, o agente não tem vontade de realizar o resultado (apenas o aceita como possível), prevalece a tese em sentido contrário. A lei equiparou, em termos de vontade, o dolo eventual ao dolo direto, sendo possível o “conatus” nos dois casos. Nesse sentido, explica Hungria:

“Se o agente aquiesce no advento do resultado específico do crime, previsto como possível, é claro que este entra na órbita de sua volição: logo, se, por circunstâncias fortuitas, tal resultado não ocorre, é inegável que o agente deve responder por tentativa. É verdade que, na prática, será difícil identificar-se a tentativa no caso de dolo eventual, notadamente quando resulta totalmente improfícua (tentativa branca). Mas, repita-se: a dificuldade de prova não pode influir na conceituação de tentativa” (Comentários ao Código Penal. vol. I, t. II. p. 262).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

19 de fevereiro de 2019

1- Suspendo julgamento de HC em que se discute redução da pena de condenado por tráfico internacional de drogas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

20 de fevereiro de 2019

2- 1ª Turma mantém execução da pena de fazendeiro condenado pelo assassinato de Dorothy Stang

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Decano declara omissão legislativa e afirma que homofobia representa forma contemporânea de racismo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Ministro Fachin vota pela aplicação da Lei do Racismo à homofobia e à transfobia até edição de lei específica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro julga inviável HC de Lula contra decisão do STJ que não admitiu recurso especial

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

21 de fevereiro de 2019

6 - Continuidade delitiva reduz pena de empresário condenado por falsificar publicação de editais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 038

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

WORKSHOP: “ASPECTOS PRÁTICOS DA PERSECUÇÃO PENAL DO CRIME DIGITAL”

O CAOCRIM realizará no próximo dia 12 de março deste ano, às 17h00, um debate, via Skype, sobre os “**Aspectos práticos da persecução penal do crime digital**”. Por meio de perguntas feitas pela equipe do CAOCRIM aos colegas, José Eduardo Souza Pimentel (Promotor de Justiça de Piracicaba), Richard Encinas e Nathan Glina, especializados no tema, você saberá como manejar a prova de um crime cibernético, a fim de elucidar a autoria de fatos criminosos. Confira o seu e-mail institucional, pois foi enviado o link de acesso à reunião via Skype. Vamos transcrever aqui alguns dos assuntos que serão abordados: **a)** O que é um crime cibernético? **b)** Existe anonimato na internet? **c)** Existe *direito ao esquecimento* no uso da internet? **d)** Diante de uma notícia de fato sobre uma injúria qualificada (racismo) numa rede social como descobrir o seu autor, considerando que ele se utilizou de um “fake” para a ofensa? **e)** Quais os cuidados que o (a) promotor (a) deve tomar para que a empresa responsável por uma rede social, como facebook, conserve as mensagens mantidas por um Investigado? **f)** Como descobrir o responsável por distribuir fotografias na rede de internet com crianças em cenas pornográficas de crianças? **g)** Se essa distribuição de fotografias ocorrer na *deep web*? Como descobrir o agente criminoso? **h)** A competência para apurar e processar tais crimes é da Justiça Estadual ou Federal? **i)** Existe uma identidade digital no uso de equipamentos eletrônicos que acessam a internet? **j)** Como descobrir o IP de um computador? **k)** Considerando o uso de uma empresa fantasma (só existe na prateleira da Junta Comercial), que movimenta valores em conta bancária e faz declaração de imposto de renda, como descobrir quem está por detrás de tal pessoa jurídica? Dentre outras...

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Crime Ambiental de Pichação- Pena de prestação de serviço à comunidade- Art. 9 do Código Ambiental e art. 46 do CP: Conflito de Normas

Pesquisa solicitada pelo Dr. Florindo Campanella.

Tratada no art. 46 do CP, a prestação de serviços, **aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade**, consiste na execução de atividades à comunidade ou a entidades públicas (ex.: hospitais, escolas, orfanatos, programas comunitários).

Será prestada de forma gratuita (art. 30 da LEP), sem gerar vínculo empregatício com o Estado (art. 28, §2º, LEP), devendo ser observadas, para a atribuição das tarefas, as aptidões do reeducando.

Para cada dia de condenação imposto na sentença, uma hora de serviço deverá ser prestado, cuidando-se para que as tarefas não prejudiquem a jornada normal de trabalho do condenado.

Quando a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo, nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada (art. 46, §4º do CP).

O juiz da execução designará a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou convencionado, junto ao qual o condenado irá trabalhar, gratuitamente, conforme suas aptidões (art. 149 da LEP).

A forma de execução poderá ser alterada para ajustá-la às modificações, por exemplo, ocorridas na jornada de trabalho (art. 148 da LEP).

Da leitura do art. 150 da LEP conclui-se que o início do cumprimento da pena restritiva dar-se-á a partir da data do primeiro comparecimento do reeducando, ficando a entidade beneficiada obrigada a encaminhar, mensalmente, ao Juiz da execução, relatório circunstanciado das atividades desenvolvidas pelo condenado, bem como, a qualquer tempo, ausência ou falta disciplinar.

O relatório circunstanciado é uma forma de acompanhamento do cumprimento da prestação de serviço. O condenado tem que cumprir pontual e assiduamente o horário de trabalho estabelecido, servindo o relatório como ferramenta para verificação de tais obrigações.

A mesma pena alternativa (**prestação de serviços à comunidade**) consta de leis especiais. O art. 9º. da Lei dos Crimes Ambientais trata da sanção alternativa, consistente na prestação de tarefas gratuitas pelo condenado em parques, jardins públicos e unidades de conservação. Na hipótese de dano a coisa particular, pública ou tombada, as tarefas devem visar à restauração do dano, quando possível.

Percebam que a citada Lei Ambiental, diferentemente do art. 46 do CP, não estabelece um “quantum” mínimo de pena privativa a ser substituída pela prestação de serviços, gerando na doutrina e na jurisprudência indisfarçável controvérsia. Para uns, aplica-se a Lei especial, sem tempo mínimo. Para outros, aplica-se, no silêncio da Lei 9.605/98, a Parte Geral do CP, exigindo para a substituição da prisão pena superior a 6 meses. Esta última tem sido a orientação prevalente.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão do TJSP no sentido da substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos consubstanciada em prestação de serviços à comunidade à pena inferior a 6 meses

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão do TJSP em sentido contrário, isto é, prestação de serviços à comunidade, mesmo nos crimes ambientais, deve ser imposta às penas superiores a seis meses.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão do TJRS- Pena Readequada para prestação pecuniária em detrimento da PSC aplicada, em atenção ao art. 46 do CP.

2- Tema: Concurso de causas de aumento - Roubo majorado pelo concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) e pelo emprego de arma de fogo (CP, art. 157, § 2º-A, I) - Lei n.º 13.654/2018:

Este tema corresponde ao resultado da consulta feita pela Promotora de Justiça de Guarulhos, Dra. Francine Regina Gomes Cavallini.

Dispõe o parágrafo único do art. 68 do CP que “No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua”. Ora, da simples leitura do citado artigo percebe-se que, no caso de concurso de causas de aumento na parte especial, o juiz pode aplicar somente uma – escolhendo a que mais aumente -, desde que suficiente para atingir os fins da pena (prevenção e retribuição). Não sendo suficiente, aplica as duas, sob pena de estar protegendo de forma deficiente o bem jurídico tutelado.

Se houver por bem aplicar apenas uma das causas de aumento, o juiz pode considerar a outra na aplicação da pena-base. Assim, por exemplo, se um roubo for cometido com emprego de arma e com restrição da liberdade da vítima, é possível ao juiz considerar esta última na primeira fase de aplicação da pena para em seguida promover o aumento na terceira fase pela incidência da majorante.

Vejamos como vêm decidindo nossos Colendos Tribunais Superiores:

Concurso de causas de aumento da parte especial do CP

STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. LEI N.º 13.654/2018. DOSIMETRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA NO SENTIDO DE SER VEDADO O CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE QUE SEJA APLICADA APENAS A MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO

DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, HAVENDO FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA, NA HIPÓTESE. PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO SOMENTE DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2.º-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição a recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o art. 68, Parágrafo Único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

- Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, sendo razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado (ARE 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2015).

- Contudo, na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, o cúmulo de causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, pois o modus operandi do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade.

- Assim, respeitada a proporcionalidade da pena no caso concreto, e a intenção da Lei n. 13.654/2018, afasta-se a majorante do art. 157, § 2.º, inciso II ('A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade se há o concurso de duas ou mais pessoas'), aplicando-se apenas a do art. 157, § 2.º-A, inciso I ('A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços)' se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo'), ambas do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo patamar de 9 anos e 26 dias de reclusão, e 21 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 472.771/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018)

STF:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDO CONTRA MENOR (CP, ART. 214 C/C 224, “A”) E DE PRODUÇÃO DE PORNOGRAFIA INFANTIL (ECA, ART. 241). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DE “FOTOGRAFAR” MENORES EM CENAS DE SEXO EXPLÍCITO À ÉPOCA DOS ACONTECIMENTOS. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL E TELEOLÓGICA DO ART. 241 DO ECA, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.764/2003. IMPUGNAÇÃO DA INCIDÊNCIA CONCOMITANTE DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PREVISTAS NO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO. DOSIMETRIA. REAPRECIÇÃO DOS ELEMENTOS CONSIDERADOS PARA FIXAÇÃO DA PENA NA CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. NÃO APRECIÇÃO DO TEMA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE AMPARO LÓGICO-TEXTUAL À APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DOS INCISOS I E II DO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL. 1. A conduta consubstanciada em “fotografar” cenas com pornografia envolvendo crianças e adolescentes amolda-se ao tipo legal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), com redação dada pela Lei nº 10.764/2003, notadamente à expressão “produzir fotografia”, cujo valor semântico denota o comportamento de “dar origem ao registro fotográfico de alguma cena”. 2. In casu, o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 241 do ECA, em razão de ter fotografado sua enteada de seis anos de idade em cenas de sexo explícito. Tipicidade da conduta devidamente caracterizada e apenada. 3. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 4. Na espécie, o paciente teve sua pena majorada duas vezes ante a incidência concomitante dos incisos I e II do art. 226 do Código Penal, uma vez que, além de ser padastro da criança abusada sexualmente, consumou o crime mediante concurso de agentes.

Inexistência de arbitrariedade ou excesso que justifique a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal. 5. É que art. 68, parágrafo único, do Código Penal, estabelece, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade (e não um dever) de o magistrado, na hipótese de concurso de causas de aumento de pena previstas na parte especial, limitar-se a um só aumento, sendo certo que é válida a incidência concomitante das majorantes, sobretudo nas hipóteses em que sua previsão é desde já arbitrada em patamar fixo pelo legislador, como ocorre com o art. 226, I e II, do CP, que não comporta margem para a extensão judicial do quantum exasperado. 6. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que a presente impetração não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, ex officio, da ordem. 7. Habeas corpus extinto por inadequação da via processual.

(HC 110960, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 23-09-2014 PUBLIC 24-09-2014)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Sentença penal condenatória por meio audiovisual. Transcrição parcial do seu conteúdo. Ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência.

INFORMATIVO 641 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

A ausência de degravação completa da sentença penal condenatória não prejudica o contraditório ou a segurança do registro nos autos.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Inicialmente, cumpre salientar que a alteração realizada no CPP pela Lei n. 11.719/2008, ao inserir os §§ 1º e 2º ao art. 405, permitiu o registro dos depoimentos do investigado, do indiciado, do ofendido e das testemunhas apenas por meio audiovisual, sem necessidade de transcrição. Essa previsão legal do único registro audiovisual da prova, no art. 405, § 2º, do Código de Processo Penal, deve também ser compreendida como autorização para esse registro de toda a audiência - debates orais e sentença. Trata-se de medida de segurança (no mais completo registro de voz e imagem da prova oral) e de celeridade no assentamento dos atos da audiência. Exigir que se faça a degravação ou separada sentença escrita é negar valor ao registro da voz e imagem do próprio juiz, é sobrelevar sua assinatura em folha impressa

sobre o que ele diz e registra. Não há sentido lógico, nem em segurança, e é desserviço à celeridade.

PROCESSO: HC 462.253-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, por unanimidade, julgado em 28/11/2018, DJe 04/02/2019

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A fim de propiciar maior celeridade na colheita da prova, o legislador prevê a utilização de “gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar”, recursos que, na prática, já são amplamente empregados, sobretudo a estenotipia.

Nessa orientação, também contemplou o art. 405, §2º., CPP, a possibilidade de o registro da audiência ser realizado por meio audiovisual, ou seja, tudo quanto ocorrido seria gravado por câmeras e cópias das gravações entregues às partes. De forma literal, o legislador dispensou a necessidade de degravação integral dos atos, opção que tem merecido constante aprovação do STJ. Nesse sentido, a propósito, é o teor da Resolução n° 105/2010, do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 2º, pelo qual “os depoimentos documentados por meio audiovisual não precisam de transcrição”.

Na ferramenta conhecida como Jurisprudência de Teses, de n. 29, do STJ, publicada em 04.03.2015, restou assentado que “o registro audiovisual de depoimentos colhidos no âmbito do processo penal dispensa sua degravação ou transcrição, em prol dos princípios da razoável duração do processo e da celeridade processual, salvo comprovada demonstração de necessidade” (tese n. 10).

2- Tema: Justiça comum de MG vai julgar militar acusado de cometer crime fora de serviço contra bombeiro estadual

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 06/03/2019

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que cabe à Justiça comum estadual processar e julgar possíveis crimes de desacato e desobediência praticados por militares do Exército que estavam de folga e à paisana contra bombeiros militares durante operação de socorro a um potencial suicida.

O conflito negativo de competência foi suscitado pela 4ª Circunscrição Judiciária Militar de Juiz de Fora (MG), diante da decisão do Juizado Especial Criminal de Três Corações (MG), que se declarou incompetente para conduzir o inquérito policial no qual se investigava o possível cometimento dos crimes de desobediência e desacato.

O juízo suscitante alegou que o crime atribuído aos militares do Exército, supostamente praticado contra os agentes do Corpo de Bombeiros, teria sido cometido fora de serviço e, portanto, não se justificaria a competência da Justiça especializada, já que não haveria conexão com a vida militar.

Fora de serviço

Segundo o relator do conflito de competência, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, os crimes previstos no Código Penal Militar (CPM) somente podem ser praticados por militares no exercício da função ou em razão dela.

O ministro citou a Súmula 53 do STJ, segundo a qual “compete à Justiça comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais”. No caso analisado, o relator observou que, como as supostas vítimas são bombeiros militares do Estado de Minas Gerais, justifica-se a fixação da competência da Justiça estadual.

“No caso concreto, como ambos os investigados estavam fora do horário de serviço e sem farda, foi-lhes apontado preliminarmente o cometimento, em tese, de delito previsto no Código Penal comum, o que, per se, já demonstra a inviabilidade de seu enquadramento como crime militar próprio”, disse o ministro.

Segundo ele, cabe à Justiça Militar processar e julgar tanto os crimes militares próprios quanto os impróprios.

“É inconteste que à conduta em questão se aplicam as modificações efetuadas no Código Penal Militar pela Lei 13.491/2017, que ampliou o espectro da competência da Justiça Militar”, afirmou.

Reynaldo Soares da Fonseca concluiu que, para admitir que quaisquer crimes previstos na legislação penal – incluindo aqueles tipificados em norma extravagante/especial – sejam julgados pela Justiça castrense, é preciso envolver militar em atividade ou da reserva nas situações descritas nas alíneas dos incisos II e III do artigo 9º do CPM.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): CC 162399

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A especialidade dos crimes militares, as peculiaridades da caserna, enfim, as condições particulares que envolvem a prática e o processamento desses delitos justificariam – não sem críticas – a manutenção da Justiça Militar.

Como salienta Câmara Leal, “trata-se de um sistema repressivo atinente a interesses superiores do Estado, cuja regulamentação pode oscilar, segundo o momento histórico da vida nacional, dadas as transformações políticas, fazendo-se mister alterações de ordem processual, pelo que não seria aconselhável sua inclusão em um código de natureza definitiva, destinado a uma duração mais dilatada” (Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, vol. 1, p. 64).

Contudo, para se concluir pela competência da Justiça Castrense é preciso envolver militar em atividade ou da reserva nas situações descritas nas alíneas dos incisos II e III do artigo 9º do CPM. Nesse sentido decidiu o STJ no conflito ora comentado.

3- Tema: Detentor de Foro por prerrogativa de função. Declinação de competência para a Justiça comum

INFORMATIVO 931 STF - PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que declinou a competência para tribunal de justiça local, com determinação de imediata remessa dos autos ao juízo competente.

No caso, o inquérito foi instaurado para investigar suspeita de movimentação financeira irregular constatada no âmbito de confederação sindical em favor de deputado federal, revelada em acordo de colaboração premiada. Os fatos apurados culminam na possível prática do delito de apropriação indébita, previsto no art. 168 do Código Penal.

A defesa suscitou que a competência para processo e julgamento dos fatos seria do poder judiciário estadual, não obstante a entidade tenha sede em Brasília/DF e os saques dos valores tenham ocorrido também na capital federal.

Para o colegiado, a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para detentores de foro privilegiado somente se aplica aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relativos às funções desempenhadas, nos termos do precedente firmado na AP 937 QO. Na hipótese dos autos, os fatos não se relacionam ao exercício do mandato do deputado federal, razão pela qual não incide a competência constitucional do STF.

Ademais, a competência é determinada, de regra, pelo lugar em que se consumar a infração, nos termos do art. 70 do Código de Processo Penal (CPP). Como a apropriação indébita se consuma no ato da inversão da propriedade do bem e os fatos teriam ocorrido em Brasília/DF, a competência para o processo e o julgamento dos fatos apurados é do Tribunal de Justiça do

Distrito Federal e Territórios. Por fim, ainda que a efetiva utilização dos recursos tenha ocorrido em outro ente da Federação, essas circunstâncias representam elementos *post-factum*, que não interferem na consumação do delito.

Inq 4619 AgR-segundo/DF, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 19.2.2019. (Inq-4619)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de questão de ordem na Ação Penal 937, debateu o foro por prerrogativa de função dos Congressistas, decidindo, por ampla maioria:

- 1)** limitar a prerrogativa de foro aos crimes cometidos em razão do ofício e que digam respeito ao desempenho da função parlamentar;
- 2)** a jurisdição do foro deve se perpetuar caso tenha havido o encerramento da instrução processual. Uma vez publicado o despacho para que as partes apresentem suas manifestações finais, a competência do Tribunal deve ser prorrogada para que sejam preservadas a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional.

Em seu voto, o Min. Luís Roberto Barroso liderou a tese vencedora, sustentando, em resumo, que o sistema atual do foro por prerrogativa, abrangendo qualquer espécie de infração penal, cometida antes ou durante o mandato, é altamente disfuncional, muitas vezes impedindo a efetividade da justiça criminal, criando situações de impunidade que contrariam princípios constitucionais como os da equidade, da moralidade e da probidade administrativa, abalando, portanto, valores republicanos estruturais.

Para o Ministro, essa situação só pode ser modificada pela interpretação restritiva da regra do foro por prerrogativa de função, aplicado apenas para crimes funcionais.

O foro por prerrogativa de função é concebido para conferir a devida proteção ao exercício funcional, não para dificultar a persecução penal decorrente da prática de crimes. Por isso, há de se fazer presente o nexo de causalidade entre o exercício funcional e a conduta criminosa.

A proposta de redução é harmoniosa com restrições interpretativas que o próprio STF vem impondo até mesmo à imunidade material dos parlamentares. Se, portanto, o tribunal admite a restrição da imunidade dita absoluta, com mais razão deve se permitir interpretar restritivamente a imunidade relativa, especialmente diante dos efeitos deletérios que sua aplicação incondicional tem causado.

Confirmadas as teses acima apresentadas, crimes não funcionais cometidos por Deputados Federais e Senadores serão processados no primeiro grau das Justiças estadual, federal ou eleitoral, a depender da infração cometida.

Sendo, portanto, real a possibilidade de parlamentares federais serem investigados e processados no primeiro grau por crimes comuns, deve ser alertado:

a) que na AP 937, **o STF discutiu apenas a restrição do foro para os parlamentares federais**, preferindo, mesmo provocado pelo Min. Dias Toffoli, não alargar o debate para todos os casos de autoridades com foro no nosso ordenamento. A tendência será, de fato, a simetria.

b) que a referida decisão (QO na AP 937) não repercutiu o campo das imunidades dos Congressistas. Logo, continuam imunes à prisão provisória, com exceção da prisão em flagrante por crime inafiançável.

c) que o STF, na ADI 5526, conferindo interpretação conforme, decidiu ser possível a aplicação de medidas cautelares (arts. 312 a 319 do CPP) em face dos parlamentares federais, mas que tal medida **deve ser submetida à deliberação da respectiva Casa Legislativa em vinte e quatro horas**, seguindo a regra relativa à apreciação da prisão em flagrante (art. 53, § 2º, da CF).

d) no julgamento das ADIs 5823, 5824 e 5825, ainda não encerrado, o STF, por 5 votos a 4, decidiu que a análise da prisão dos parlamentares é prerrogativa do Congresso Nacional, não de seus membros, **razão por que não se estende aos parlamentares estaduais, distritais ou municipais**. A imunidade contra a prisão de que trata a Constituição Federal é de reprodução vedada nas constituições estaduais.

e) diante da restrição de foro decidida pelo STF, as seguintes súmulas do mesmo Tribunal merecem releitura:

Súmula 721 e Súmula Vinculante 45:

A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição estadual.

Súmula 704:

Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

DIREITO PENAL:

1-Tema:Habilitação para dirigir veículo automotor. Suspensão ou proibição. Restrição administrativa. Violação. Art. 307 do CTB. Ausência de tipicidade.

INFORMATIVO 641 STJ- SEXTA TURMA

É atípica a conduta contida no art. 307 do CTB quando a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor advém de restrição administrativa.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

A controvérsia jurídica cinge-se a analisar se a tipicidade requerida pela descrição penal do art. 307 do CTB abrange tanto a restrição administrativa quanto a judicial que impõe a suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. A suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, antes restrita a mera penalidade de cunho administrativo, passou a ser disciplinada como sanção criminal autônoma, tanto pelo Código Penal - CP, ao defini-la como modalidade de pena restritiva de direitos, como pelo Código de Trânsito Brasileiro - CTB, ao definir penas para o denominados "crimes de trânsito". Dessarte, resta evidente que o legislador quis qualificar a suspensão ou proibição para dirigir veículo automotor como pena de natureza penal, deixando para a hipótese administrativa o seu viés peculiar. A conduta de violar decisão administrativa que suspende a habilitação para dirigir veículo automotor não configura o crime do artigo 307, caput, do CTB, embora possa constituir outra espécie de infração administrativa, segundo as normas correlatas., pois, dada a natureza penal da sanção, somente a decisão lavrada por juízo penal pode ser objeto do descumprimento previsto no tipo do art. 307, caput, do CTB no referido tipo.

PROCESSO: HC 427.472-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, por maioria, julgado em 23/08/2018, DJe 12/12/2018

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A conduta configuradora do crime previsto no art. 307 do CTB ocorrerá toda vez que o agente, embora proibido de conduzir veículo automotor, é surpreendido na sua direção. Exige-se, para a tipificação, que a decisão que decretou a proibição tenha transitado em julgado.

Discute-se se essa decisão é apenas a judicial ou abrange igualmente a administrativa. As duas correntes estão presentes na doutrina e na jurisprudência. Recentemente decidiu o STJ que a conduta de violar decisão administrativa que suspende a habilitação para dirigir veículo

automotor não configura o crime do artigo 307 do CTB, embora possa constituir outra espécie de infração administrativa.

Sugerimos a leitura do artigo escrito pelo Dr. Fernando Célio de Brito Nogueira, abordando o tema: “Idas e vindas na aplicação do CTB e o HC 427.472, julgado pelo STJ, reduzindo o alcance do delito do art. 307 (violação da suspensão do direito de dirigir ou da proibição de sua obtenção) às decisões judiciais”. Clique [aqui](#) para ter acesso ao artigo.

Novidade Legislativa: Lei nº13.810/19 (link [aqui](#)) – Em breve será publicado estudo sobre essa Lei. Dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados; e revoga a Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

01 de março de 2019

1- Afastada aplicação de regime inicial fechado fixado fora dos parâmetros legais

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

07 de março de 2019

2- Mantida prisão de empresário acusado de crimes na prestação de serviço de transporte escolar na Bahia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

07 de março de 2019

3– Proposta da nova Lei de Drogas combina descriminalização com mais repressão ao tráfico

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 039

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Tema: terrorismo doméstico – competência da Justiça Estadual

Essa semana foi noticiada pela imprensa a instauração de procedimento investigatório criminal pelo GAECO – Guarulhos, tendo como objeto o TERRORISMO DOMÉSTICO, em tese presente no massacre no colégio de Suzano.

Assim agindo, o GAECO – Guarulhos questionou, não sem razão, a constitucionalidade do art. 11 da Lei 13.260/16. Vejamos.

De forma inédita, na Lei de Terrorismo (Lei 13.260/16), o legislador anunciou que os crimes nela previstos são de competência federal, presumindo, para todos os efeitos, praticados contra o interesse da União:

“Art. 11. Para todos os efeitos legais, considera-se que os crimes previstos nesta Lei são praticados contra o interesse da União, cabendo à Polícia Federal a investigação criminal, em sede de inquérito policial, e à Justiça Federal o seu processamento e julgamento, nos termos do inciso IV do art. 109 da Constituição Federal.”

Essa surpreendente técnica legislativa de definição (ampliação) da competência federal não escapou da crítica doutrinária. Fábio Roque, Juiz Federal, na obra *“Terrorismo: Aspectos criminológicos, político-criminais e comentários à Lei 13.260/2016”*¹, logo advertiu:

“(...) o dispositivo legal encontra-se eivado de inconstitucionalidade.

Inicialmente, devemos estabelecer as seguintes premissas:

a) O fato de haver motivação preconceituosa não caracteriza, por si só, interesse da União. Basta perceber que os crimes contemplados na Lei nº 7.716/89 não são, regra geral, de competência federal. Ora, se o fato de se adotar uma postura preconceituosa pudesse dar ensejo à caracterização do interesse da União, todos os crimes de preconceito seriam federais, o que não ocorre.

b) O fato de se provocar o terror social ou generalizado também não caracteriza, por si só, o interesse da União. Aliás, podemos vislumbrar situações em que ocorreria esta finalidade de produzir terror social, mas com interesse localizado.

Basta imaginar que, em um pequeno município do Brasil, lideranças religiosas, impelido pelo preconceito religioso, praticam um ato terrorista contra um templo em que se professa outra fé. Neste caso, a pretensão deste criminoso seria produzir uma sensação de terror, porém

¹. ARAÚJO, Fábio Roque, CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, GOMES, Luiz Flávio, ALMEIDA, Débora de Souza de. *Terrorismo: Aspectos criminológicos, político-criminais e comentários à Lei 13.260/2016*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

circunscrita a uma determinada região do país, o que não é suficiente para que se possa falar em interesse da União.

A propósito, é bom que se frise que, o fato de o crime ser grave, não atrai a competência para o seu julgamento para a Justiça Federal. Não estamos, portanto, procurando diminuir a gravidade da conduta trazida no nosso exemplo. Trata-se de crime gravíssimo, e parece-nos fora de dúvida que poderia amoldar-se à hipótese de crime de terrorismo. Todavia, não há interesse da União, ao contrário do que afirmado pelo artigo de lei em apreço.

Neste ponto, imperioso recordar que o fato de o crime estar previsto em tratado ou convenção internacional (como ocorre com o crime de terrorismo) não atrai, por si só, a competência federal. Conforme se extrai do art. 109, V da Constituição Federal, compete aos juízes federais processar e julgar: ‘os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente’.

Deste modo, percebemos que não basta estar previsto em tratado ou convenção internacional; para que o crime fosse federal, seria imprescindível que houvesse internacionalidade na prática da conduta, ou seja, que ‘iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente’.

Ainda sobre o terrorismo, o promotor de Justiça Renee do Ó Souza² lembra que a paz pública não é de interesse predominante da União e sugere interpretação restritiva ao art. 11, que deve se submeter aos termos do art. 109 da Constituição Federal:

“O dispositivo prevê, terminantemente, que os crimes de terrorismo são de competência da Justiça Federal, nos termos do inciso IV da Constituição Federal. Ocorre que essa norma constitucional prevê que serão de competência federal os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Como se vê, os crimes previstos na Lei 13.260/2016 não se amoldam, incontinenti, às hipóteses da norma constitucional, mesmo porque a paz pública, bem jurídico geral da Lei, não pertence unicamente à União.

A melhor interpretação do dispositivo é, portanto, que o Juiz natural para o processamento e julgamento desses crimes é a Justiça Estadual, a não ser que esteja presente uma das hipóteses do art. 109 da CF.

(...)

². CUNHA, Rogério Sanches, PINTO, Ronaldo Batista, SOUZA, Renee do Ó. *Leis Penais Especiais – Comentadas Artigo por Artigo*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1958.

Guilherme Nucci anota que a Lei 13.260/2016 conferiu a competência para o julgamento dos crimes de terrorismo, dado o conteúdo político do delito. Discordamos do consagrado autor, porque o regime jurídico dado ao crime de terrorista é fruto do mandado de criminalização contido na Constituição Federal, situação absolutamente incompatível com o tratamento benéfico dado aos crimes políticos. A equiparação, portanto, não tem amparo constitucional. Ademais, como será visto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o terrorismo não é crime político.”

Contudo, é imperioso ter em vista que a competência da Justiça Federal vem definida, **de forma taxativa**, no art. 109 da Constituição Federal de 1988:

*“Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes políticos e **as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União** ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral” (inc. IV - grifamos).*

Não pode o legislador infraconstitucional dilatar esse rol, salvo quando a própria Constituição assim o permitir expressamente, como acontece com os crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira, situações em que a Carta Maior autorizou o legislador a estabelecer a competência na seara federal:

*“os crimes contra a organização do trabalho e, **nos casos determinados por lei**, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” (art. 109, inc. VI – grifamos).*

Terrorismo não é, necessariamente, de interesse da União e, portanto, qualquer dispositivo que presuma o que não deve ser presumido, dilatando arbitrariamente as hipóteses de competência federal taxativamente previstas na Constituição Federal, **é inconstitucional, desrespeitando, sobretudo, o pacto federativo.**

Para que se considere presente interesse da União, não basta que a lei ordinária simplesmente o estabeleça “para os efeitos legais”. Se assim fosse, o julgamento de toda e qualquer infração penal poderia passar para a competência da Justiça Federal por mera indicação de interesse genérico da União no texto legal, o que contrariaria os próprios fundamentos de excepcionalidade desta espécie de competência. Admitir que se estabeleça o interesse da União por simples referência abstrata significa afirmar a irrelevância do dispositivo constitucional, que não precisaria impor a necessidade de interesse da União para que a competência residual da Justiça Estadual se transferisse para a esfera federal.

Não por acaso, em diversas ocasiões o Supremo Tribunal Federal decidiu que a competência da Justiça Federal só se justifica diante de interesse **concreto e específico** da União:

“Competência. Crime previsto no artigo 46, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98. Depósito de madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Artigo 225, § 4º, da Constituição Federal. - Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, § 4º, da

Constituição Federal, bem da União. - Por outro lado, o interesse da União para que ocorra a competência da Justiça Federal prevista no artigo 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico, e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União. - Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum estadual. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 300.244/SC, j. 20/11/2001).

O mesmo princípio já havia orientado o julgamento do RE 166.943/PR (j. 03/03/1995), que inclusive versava sobre **crime contra a paz pública**:

“Como se vê, a competência da Justiça Federal, em matéria penal, só ocorre quando a infração penal é praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da união como tal, ou seja, de bens ou serviços que possua, ou de seu interesse direto e específico.

No caso, o delito de incitação ao crime previsto no artigo 19 da Lei 5.250, de 9.2.67, tem como objeto jurídico a paz pública e como sujeito passivo a coletividade, à semelhança do que ocorre com o mesmo crime definido no artigo 286 do Código Penal.

Ora, a paz pública interessa a todos, e, por isso mesmo, seu sujeito passivo é a coletividade, e não a união Federal, uma vez que não está em causa interesse direto e específico seu, ainda quando esse delito, por causa do meio de comunicação empregado, se pratique por intermédio de empresa concessionária de serviço público federal (entidade essa a que não se refere o artigo 109, IV, da Constituição), ou tenha a sua consumação verificada simultaneamente em mais de um Estado.

O artigo 109, IV, que é regra de competência excepcional, não alcança o interesse genérico da união, pois o interesse a que ele alude é aquele que a faz sujeito passivo do delito cometido, à semelhança do que ocorre quando o interesse é de entidade autárquica ou de empresa pública federal. Por isso mesmo, não se refere o dispositivo constitucional a interesse federal, mas a interesse específico de um dos níveis de governo integrantes da Federação (a união Federal), ou de suas autarquias ou de suas empresas públicas”

Outro exemplo pode ser extraído do julgamento do RE 513.446/SP (j. 16/12/2008), no qual se considerou insuficiente, para atrair a competência da Justiça Federal no comércio de combustível adulterado, que a fiscalização da atividade seja exercida por autarquia federal, pois não se deve confundir a atividade fiscalizatória com seu objeto:

“Criminal. Ação penal. Crime contra a ordem econômica. Comercialização de combustível fora dos padrões fixados pela Agência Nacional do Petróleo. Art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91. Interesse direto e específico da União. Lesão à atividade fiscalizadora da ANP. Inexistência. Feito da competência da Justiça estadual. Recurso improvido. Precedentes. Inteligência do art. 109, IV e VI, da CF. Para que se defina a competência da Justiça Federal, objeto do art. 109, IV, da Constituição da República, é preciso tenha havido, em tese, lesão a interesse direto e específico

da União, não bastando que esta, por si ou por autarquia, exerça atividade fiscalizadora sobre o bem objeto do delito.”

O Superior Tribunal de Justiça não destoa da Corte Suprema. Em crimes contra a fauna, por exemplo, tem-se exigido a demonstração de interesse direto da União para que a Justiça Federal se torne competente para o julgamento:

“A competência do foro criminal federal não advém apenas do interesse genérico que tenha a União na preservação do meio ambiente. É necessário que a ofensa atinja interesse direto e específico da União, de suas entidades autárquicas ou de empresas públicas federais” (CC 147.393/RO, j. 14/09/2016).

Destacam-se ainda decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito dos **crimes relativos às armas de fogo**. Houve quem considerasse a competência da Justiça Federal para julgar os delitos de posse e porte ilegais de armas, sobretudo em virtude do desrespeito às normas que regem o Sistema Nacional de Armas, mas o STJ rechaçou a existência de interesse da União em decorrência desta circunstância:

“I. O simples fato de se tratar de porte de arma de fogo com numeração raspada não evidencia, por si só, a competência da Justiça Federal. II. Hipótese em que não restou caracterizada agressão direta aos interesses, bens ou serviços da União, que ensejasse o deslocamento da competência para a Justiça Federal, nos termos do art. 109 da Constituição Federal. III. O objeto jurídico protegido pela Lei nº 10.826/03 é a incolumidade de toda a sociedade, vítima em potencial do uso irregular das armas de fogo, não havendo qualquer violação direta aos interesses da União, a despeito de ser o SINARM um ente federal. IV. Competência da Justiça Estadual para a apreciação e julgamento da ação penal” (HC 57.348/RJ, j. 12/06/2006).

“1. O Sistema instituído pela Lei nº 10.826 haveria mesmo de ser de cunho nacional (“circunscrito em todo o território nacional”). 2. Certamente que esse ato legislativo não remeteu à Justiça Federal toda a competência para as questões penais daí oriundas. 3. Quando não há ofensa direta aos bens, serviços e interesses a que se refere o art. 109, IV, da Constituição, não há como atribuir competência à Justiça Federal. 4. Caso de competência estadual” (CC 45.483/RJ, j. 27/10/2014).

Nota-se que estas decisões partem da necessidade de interesse direto da União, não de algo abstrato fundamentado em dispositivos legais que apenas se referem a órgãos ou a sistemas de alguma forma relacionados à União, ou que nem mesmo chegam a tanto, como no caso da Lei 13.260/16.

1-Tema: Novidade Legislativa: [Lei nº13.810/19](#) - Dispõe sobre a indisponibilidade de ativos de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo

Sobretudo após os ataques terroristas promovidos nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, a Organização das Nações Unidas tem se movimentado para que seus Estados membros adotem medidas capazes de prevenir, investigar e punir condutas de natureza semelhante. Já em 28 de

setembro de 2001 – dias após os famosos ataques –, a ONU editou a Resolução 1.373 (de execução obrigatória no Brasil por meio do Decreto 3.976/01), cujo artigo 1º dispõe que os Estados devem:

“a) Prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas;

b) Criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos por seus nacionais ou em seus territórios, por quaisquer meios, diretos ou indiretos, com a intenção de serem usados ou com o conhecimento de que serão usados para praticar atos terroristas;

c) Congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos de pessoas que perpetraram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam em ou facilitam o cometimento desses atos. Devem também ser congelados os ativos de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por essas pessoas, bem como os ativos de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando, inclusive fundos advindos ou gerados por bens pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por tais pessoas e por seus sócios e entidades;

d) Proibir seus nacionais ou quaisquer pessoas e entidades em seus territórios de disponibilizar quaisquer fundos, ativos financeiros ou recursos econômicos ou financeiros ou outros serviços financeiros correlatos, direta ou indiretamente, em benefício de pessoas que perpetraram, ou intentam perpetrar, facilitam ou participam da execução desses atos; em benefício de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas; em benefício de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando”.

Apesar de o Brasil se obrigar ao combate do terrorismo – até mesmo porque, na qualidade de membro, está vinculado ao disposto no art. 25 da Carta da ONU³, promulgada pelo Decreto 19.841/45 –, de repudiá-lo como princípio fundamental (art. 4º, inc. VIII, da CF/88) e de lhe impor a inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia, somente em **2016 foi aprovada uma lei em que se define a prática terrorista**, tipificam-se as condutas relativas e se estabelecem algumas medidas de índole processual (Lei 13.260).

A Lei 13.260/16 permite, no art. 12, que, havendo indícios suficientes de crime de terrorismo, o juiz decreta, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos mesmos crimes. Trata-se das medidas listadas nos arts. 125 a 144 do Código de Processo Penal: **1)** sequestro; **2)** hipoteca legal e **3)** arresto. São, evidentemente, medidas decretadas em relação a *crimes cometidos no território brasileiro* ou em que, em razão das circunstâncias, *incide a extraterritorialidade da lei penal brasileira*.

³. Artigo 25. Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

Essas medidas, no entanto, não são suficientes para que se alcance integralmente a repressão que a ONU pretende conferir ao terrorismo, pois, devido à facilidade de trânsito de pessoas e de ativos entre países, é comum que organizações terroristas utilizem pessoas físicas e jurídicas residentes e sediadas em lugares diversos do mundo para manter a salvo bens e valores utilizados para o financiamento de suas atividades. E a Lei 13.260/16 é insuficiente neste ponto porque se limita a alcançar crimes cometidos no território nacional (arts. 5º. e 6º. do CP) ou, ainda que praticados no estrangeiro, estejam sujeitos à extraterritorialidade da nossa Lei, nos termos do que disposto no art. 7º. do CP. Logo, não é aplicável contra pessoas – físicas ou jurídicas – não envolvidas em crimes que atraiam a aplicação da lei penal brasileira, ainda que mantenham no Brasil ativos que possam ser remetidos ao exterior para beneficiar os componentes de algum grupo terrorista.

Já a Lei 13.810, promulgada em 08 de março de 2019, vem com o propósito de agilizar o cumprimento de “sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados”. Neste caso, as medidas independem de o crime ter sido cometido no Brasil. Se o Conselho de Segurança das Nações Unidas emitir resolução impondo sanções a determinados indivíduos pelo cometimento de atos de terrorismo, o Brasil se obriga a cumprir medidas de indisponibilidade de ativos relacionados a esses indivíduos ainda que nenhuma conduta criminosa tenha sido cometida em nosso território, nem que de alguma forma se justifique a aplicação da lei penal brasileira.

O novo diploma revoga a Lei 13.170/15, que também dispunha sobre a indisponibilidade de bens, direitos ou valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança da ONU, mas estabelecia um procedimento de ação judicial de indisponibilidade. A Lei 13.810/19 dispensa o procedimento judicial – e talvez aqui esteja a maior inovação – para que seja levada a efeito a indisponibilidade de ativos.

Com efeito, segundo o art. 6º, as resoluções sancionatórias têm efeito imediato no Brasil, dispensando inclusive o procedimento de internalização e homologação (procedimento que havia sido imposto no parágrafo único, mas que foi vetado por contrariar o propósito de conferir maior eficácia às sanções impostas). Em decorrência da imediatidade, o art. 9º estabelece que as pessoas naturais e jurídicas de que trata o art. 9º da Lei nº 9.613/98 cumprirão a resolução sem demora⁴ e sem prévio aviso ao sancionado, seguindo a forma e as condições definidas por seu órgão regulador ou fiscalizador.

A Lei 9.613/98 é a que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro. Seu artigo 9º – ao qual se remete a Lei 13.810/19 – se refere a pessoas físicas e jurídicas que desempenhem as seguintes atividades:

a) captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

⁴. Segundo o art. 2º, inc. V, da Lei 13.810/19, a expressão *sem demora* deve ser compreendida como “imediatamente ou dentro de algumas horas”.

- b) compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;*
- c) custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários;*
- d) bolsas de valores, bolsas de mercadorias ou futuros e sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;*
- e) seguradoras, corretoras de seguros e entidades de previdência complementar ou de capitalização;*
- f) administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito e administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;*
- g) administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;*
- h) empresas de arrendamento mercantil (leasing) e de fomento comercial (factoring);*
- i) sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;*
- j) filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;*
- k) entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;*
- l) pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;*
- m) pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;*
- n) pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades;*
- o) pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;*
- p) juntas comerciais e registros públicos;*
- q) pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: 1) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; 2) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; 3) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; 4) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; 5) financeiras, societárias ou imobiliárias; 6) alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;*

r) *peças físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;*

s) *empresas de transporte e guarda de valores;*

t) *peças físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermediem a sua comercialização;*

u) *dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.*

A lista de *peças obrigadas* é extensa, mas seu destaque é importante porque cabe às pessoas físicas e jurídicas que exercem tais atividades o imediato cumprimento da resolução sancionatória. Para que se garanta a medida, o art. 10 determina que, sem prejuízo da obrigação de cumprimento imediato, o Ministério da Justiça e Segurança Pública comunique, *sem demora*, as sanções de:

a) indisponibilidade de ativos aos órgãos reguladores ou fiscalizadores, para que comuniquem imediatamente às pessoas naturais ou jurídicas de que trata o art. 9º da Lei 9.613/98. Esta comunicação deve ser também dirigida: às corregedorias de justiça dos Estados e do Distrito Federal; à Agência Nacional de Aviação Civil; ao Departamento Nacional de Trânsito do Ministério do Desenvolvimento Regional; às Capitânicas dos Portos; à Agência Nacional de Telecomunicações; e a outros órgãos de registro público competentes.

b) restrições à entrada de pessoas no território nacional, ou à saída dele, à Polícia Federal, para que adote providências imediatas de comunicação às empresas de transporte internacional; e

c) restrições à importação ou à exportação de bens à Secretaria Especial da Receita Federal do Ministério da Economia, à Polícia Federal e às Capitânicas dos Portos, para que adotem providências imediatas de comunicação às administrações aeroportuárias, às empresas aéreas e às autoridades e operadores portuários.

Esta comunicação é importante porque as entidades às quais se dirige são incumbidas do controle específico do trânsito de ativos e pessoas, o que pode agregar maior eficácia ao procedimento de indisponibilidade. Mas, como o *caput* do art. 10 determina que o Ministério da Justiça faça a comunicação *sem prejuízo do imediato cumprimento* da sanção, conclui-se que a comunicação é tão somente um *plus*, isto é, as pessoas físicas e jurídicas incumbidas de cumprir os termos da resolução devem fazê-lo independentemente da iniciativa do Ministério da Justiça.

O art. 11, por sua vez, dispõe que a indisponibilidade de ativos e as tentativas de sua transferência relacionadas às pessoas naturais, às pessoas jurídicas ou às entidades sancionadas por resolução do Conselho de Segurança da ONU serão comunicadas ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, aos órgãos reguladores ou fiscalizadores das pessoas naturais ou das pessoas jurídicas de que trata o art. 9º da Lei nº 9.613/98 e ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

Caso a resolução sancionatória não seja cumprida, a União deverá ingressar, *sem demora*, com auxílio direto judicial (arts. 28 a 34 do CPC). As pessoas naturais e as pessoas jurídicas mencionadas no rol acima deverão informar, também *sem demora*, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a existência de pessoas e ativos sujeitos à sanção e *as razões pelas quais deixaram de cumpri-la* (art. 12). Instruído o procedimento com as informações sobre a existência de ativos sujeitos à indisponibilidade,

o juiz deve determinar, no prazo de vinte e quatro horas a partir do recebimento dos autos, e sem a oitiva do requerido, as medidas pertinentes para o cumprimento da sanção (art. 14).

Caso o requerido seja excluído da sanção imposta pelo Conselho de Segurança, as partes poderão ingressar com ação revisional do que foi estatuído na sentença (art. 17).

É possível também que a União ingresse com pedido de auxílio direto judicial a requerimento de autoridade central estrangeira. Neste caso, a medida serve para assegurar o resultado de investigações administrativas ou criminais e ações em curso no exterior em virtude da prática de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados (art. 18).

Por fim, destaque-se que nos casos em que o juiz decreta medidas assecuratórias nos termos do art. 12 da Lei 13.260/16 – ou seja, nas situações em que o Brasil exerce jurisdição sobre crimes de terrorismo –, a União deve ser intimada para que adote, caso seja necessário, as providências de designação nacional perante o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou seu comitê de sanções pertinente.

O tema é de extrema importância, porque se ajusta à **política criminal do Ministério Público de São Paulo** (http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/medidasassecuratorias). De fato. Deve a Promotoria de Justiça, para além da pena privativa de liberdade prevista no tipo penal sancionador e da reparação do dano à vítima, cuidar da constrição do patrimônio auferido pelo agente criminoso com a prática do delito, esteja ele dissimulado ou não. Mais que isso. As pessoas – jurídicas e físicas – obrigadas a comunicar, nos termos da Lei 13.810/19, e, também, as transações financeiras ou comerciais suspeitas, quando descumprem o mandamento legal, prescrito no artigo 9º e 10º da Lei nº 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), deverão ser alvo de representação pela Promotoria de Justiça Criminal aos seus órgãos de controle. Por exemplo, se uma instituição financeira não comunica ao COAF transações financeiras suspeitas ou atípicas, o Banco Central deverá ser comunicado sobre a desídia; assim também uma joalheria, que recebe dinheirama em espécie na venda de joias, o COAF deverá receber tal comunicação. Não raro, essa informação aparece nos autos do inquérito policial ou do processo crime.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 14/03/2019

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou jurisprudência no sentido da competência da Justiça Eleitoral para processar e julgar crimes comuns que apresentam conexão com crimes eleitorais. A Corte observou ainda que cabe à Justiça especializada analisar, caso a caso, a existência de conexão de delitos comuns aos delitos eleitorais e, em não havendo, remeter os casos à Justiça competente.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Na disciplina da competência para o julgamento de infrações penais, um dos critérios utilizados no Código de Processo Penal é a conexão. Embora o Código estabeleça que a “competência será determinada pela conexão (...)”, não se trata exatamente de um critério de fixação, como são, por exemplo, o lugar do crime ou o domicílio do réu. Presta-se, em verdade, para alterar (prorrogar) a competência que inicialmente era de um juiz e, depois, vê-se transferida a outro. Assim, por exemplo, se um roubo é consumado em Santo André, aí deverá ser julgado, por força da competência *ratione loci*, disposta nos arts. 70 e 71 do CPP. O lugar do crime serve, neste caso, como critério determinante para a fixação da competência. Já a conexão não fixa a competência, mas somente a altera. No mesmo exemplo acima, suponha-se que o objeto roubado tenha sido adquirido por um terceiro na cidade de Diadema. A rigor, se fosse seguida a regra que determina a competência pelo lugar da infração, teríamos um processo em Santo André (pelo roubo) e outro em Diadema (pela receptação). Mas o legislador, no caso, entende que ambos os delitos devem ser julgados em um único processo, estabelecendo regras para o *simultaneus processus* que, em nosso exemplo, imporiam o julgamento ao juízo de Santo André.

Para que se verifique o fenômeno da conexão, é preciso, pois, a existência de ao menos duas infrações penais, relacionadas por meio de algum dos vínculos de que trata o art. 76 do CPP:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Mas nem sempre as infrações conexas têm a mesma natureza, como no exemplo acima citado. Há situações em que, separadas, seriam julgadas por juízes de categorias diversas. Uma das possibilidades é o concurso entre a jurisdição comum e a especial. Neste caso, a solução é dada pelo art. 78, inc. IV, do CPP: prevalece a especial. Justiça especial, como o nome indica, é aquela criada para conhecer de questões específicas, como a Justiça Eleitoral, a Militar, a Trabalhista. Já a Justiça comum é residual, julga todo o resto que não é destinado às Justiças especiais. No confronto entre uma e outra, prevalece a especial.

Foi o que decidiu o STF no Inq. 4435, no qual eram investigados um ex-prefeito e um deputado federal por crimes cometidos em 2010, 2012 e 2014. Inicialmente, o ministro Marco Aurélio havia declinado da competência para a primeira instância da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, porque os fatos não tinham relação com o mandato de parlamentar federal. Houve recurso de agravo regimental no qual a defesa requeria a manutenção da competência do STF – pois parte dos crimes (em 2014) ocorreu no exercício do mandato – ou, caso fosse mantida a declinação, que os autos fossem remetidos à Justiça Eleitoral, tendo em vista que, juntamente com os crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, lavagem de capitais e evasão de divisas, havia também o crime de falsidade ideológica eleitoral.

Por maioria, o tribunal manteve a declinação da competência e decidiu que a conexão entre crimes comuns e crime eleitoral atrai a competência da Justiça Eleitoral.

Os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia votaram pela separação dos processos, ou seja, para eles, o crime de natureza eleitoral deveria ser julgado pela Justiça especializada e os demais deveriam ser remetidos à Justiça Federal. Segundo o ministro Fachin – que abriu a divergência –, é a própria Constituição Federal que estabelece a competência tanto da Justiça Eleitoral (para julgar, no caso concreto, a falsidade ideológica) quanto da Justiça Federal (que deveria julgar a evasão de divisas e os crimes a ela relacionados), razão pela qual a solução adequada seria a cisão dos processos.

Prevaleceram, no entanto, os votos dos ministros Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, para quem os crimes comuns em conexão com os eleitorais devem ser julgados pela Justiça Eleitoral. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes, “a razão relevante para a atribuição de tal competência é a preocupação com o bom funcionamento das regras do sistema democrático e com a lisura dos pleitos eleitorais”.

2-Tema: Infiltração policial sem autorização judicial e ilicitude de provas

INFORMATIVO 932 STF - SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma concedeu parcialmente habeas corpus impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para declarar a ilicitude e determinar o desentranhamento da infiltração realizada por policial militar e dos depoimentos por ele prestados em sede policial e em juízo, nos

termos do art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP), sem prejuízo da prolação de uma nova sentença baseada em provas legalmente colhidas.

Na espécie, a paciente foi denunciada e presa preventivamente pela suposta prática do delito de associação criminosa, previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal (CP). Ela teria se associado a outros indivíduos, de forma estável e permanente, para planejar ações criminosas e recrutar simpatizantes pelas redes sociais e outros canais, que resultaram em atos de vandalismo durante manifestações ocorridas no período da Copa do Mundo de 2014, na cidade do Rio de Janeiro.

A Turma entendeu que o policial militar em questão atuou como agente infiltrado sem autorização judicial e, por isso, de forma ilegal. Explicou que a distinção entre agente infiltrado e agente de inteligência se dá em razão da finalidade e amplitude de investigação. O *agente de inteligência* tem uma função preventiva e genérica e busca informações de fatos sociais relevantes ao governo; o *agente infiltrado* age com finalidades repressivas e investigativas em busca da obtenção de elementos probatórios relacionados a fatos supostamente criminosos e organizações criminosas específicas.

Segundo o colegiado, o referido agente foi designado para coletar dados para subsidiar a Força Nacional de Segurança em atuação estratégica diante dos movimentos sociais e dos protestos ocorridos no Brasil em 2014. Ele não precisava de autorização judicial para, nas ruas, colher dados destinados a orientar o plano de segurança para a Copa do Mundo. Entretanto, no curso de sua atividade originária, apesar de não ter sido designado para investigar a paciente nem os demais envolvidos, acabou realizando verdadeira e genuína infiltração no grupo do qual ela supostamente fazia parte e ali obteve dados que embasaram sua condenação. É evidente a clandestinidade da prova produzida, porquanto o policial, sem autorização judicial, ultrapassou os limites da sua atribuição e agiu como incontestável agente infiltrado. A ilegalidade, portanto, não reside na designação para o militar atuar na coleta de dados genéricos nas ruas do Rio de Janeiro, mas em sua infiltração, com a participação em grupo de mensagens criado pelos investigados e em reuniões do grupo em bares, a fim de realizar investigação criminal específica e subsidiar a condenação. Suas declarações podem servir para orientação de estratégias de inteligência, mas não como elementos probatórios em uma persecução penal.

A Turma também reconheceu a aplicabilidade, no caso concreto, das previsões da Lei 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. Ainda que se sustente que os mecanismos excepcionais previstos nesse diploma legal incidem somente nas persecuções de delitos relacionados a organizações criminosas nos termos nela definidos, os procedimentos probatórios ali regulados devem ser respeitados, por analogia, em casos de omissão legislativa. No ponto, o colegiado asseverou que o policial militar começou a atuar como agente infiltrado quando o referido diploma legal já estava em vigor.

Ademais, considerou que o pedido requerido no writ apresenta uma impugnação específica, a partir dos debates ocorridos nas instâncias inferiores e dos elementos probatórios aportados nos autos e reconhecidos pelos juízos ordinários. Portanto, caracteriza-se cognição compatível com a via estreita

do habeas corpus. Ainda que a análise em habeas corpus tenha cognição limitada, se, a partir dos elementos já produzidos e juntados aos autos, for evidente a incongruência ou a inconsistência da motivação judicial, devem ser resguardados os direitos violados com a concessão da ordem.

HC 147837/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26.2.2019. (HC-147837)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Na lição de Denílson Feitoza, “infiltração é a introdução de agente público, dissimuladamente quanto à finalidade investigativa (provas e informações) e/ou operacional (“dado negado” ou de difícil acesso) em quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa ou, ainda, em determinadas hipóteses (como crimes de drogas), no âmbito social, profissional ou criminoso do suposto autor de crime, a fim de obter provas que possibilitem, eficazmente, prevenir, detectar, reprimir ou, enfim, combater a atividade criminosa deles”(5).

Vale observar que a figura do agente infiltrado não foi inaugurada, em nosso ordenamento, pela Lei 12.850/13. Outras leis já anunciavam esse meio extraordinário de obtenção de prova. Mas eram marcadas pela timidez, lançadas no texto legal sem maior detalhamento ou regulamentação e que, talvez por isso, não tenham atingido, em termos práticos, a eficácia que o instituto proporciona. Com a edição da Lei 12.850/13 o panorama foi radicalmente alterado, já que a matéria mereceu um tratamento mais preciso e minucioso, ao estabelecer normas a serem observadas de cunho, por assim dizer, processual (legitimidade para o pedido, prazo, etc.), e, mais importante, por impor disciplina ao instituto, sobretudo com preocupação quanto à segurança do agente infiltrado. Houve, pois, a definição de um regime jurídico próprio para a infiltração de agentes.

De se notar, em acréscimo, que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, a qual aderiu o Brasil, prevê, expressamente, a possibilidade de utilização de operações de infiltração, que se inserem entre as técnicas especiais de investigação, como consta de seu art. 20.1. Assim:

“Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”.

Mas se tratava de uma assertiva genérica, sem pormenorizar (e nem seria este o objetivo da convenção) no que consistiria exatamente esse meio de prova, a configurar mera recomendação, revelando-se inviável, bem por isso, sua imediata aplicação em nosso direito interno. Sem falar da discutível possibilidade de um tratado internacional, quando se trata de norma incriminadora,

⁵. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6ª. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009, p. 820.

ingressar em nosso direito positivo sem antes se submeter ao trâmite no Congresso Nacional, previsto no § 3º, do art. 5º da Constituição.

De acordo com a Lei de Crime Organizado, arts 10 e ss, a infiltração somente pode ser efetuada por “agentes de polícia”. Assim, ao contrário da revogada Lei nº 9.034/95, que permitia essa infiltração “por agentes de polícia ou de inteligência”, a legislação atual autoriza essa investigação apenas àqueles primeiros.

Como “agentes de polícia” devem ser entendidos os membros das corporações elencadas no art. 144 da Constituição Federal, a saber: Polícia Federal propriamente dita, rodoviária e ferroviária; e Polícia Estadual (civil, militar e corpo de bombeiros), observadas, nesta última hipótese, a organização própria de cada unidade da federação.

Ao afastar a possibilidade de infiltração por “agentes de inteligência” (como constava da revogada lei de combate ao crime organizado), proíbe o dispositivo em exame a participação de agentes outros que não os componentes das polícias “*lato sensu*”. Aliás, era de constitucionalidade bastante discutível o disposto na revogada Lei nº 9.034/95, posto que funções policiais, em virtude de comando constitucional (art. 144 da CF), são privativas da Polícia Federal e Polícia Civil.

Com a 12.850/13, veda-se, destarte, que, por exemplo, agentes do Ministério Público atuem como infiltrados. Ou membros de Comissões Parlamentares de Inquérito, de Corregedorias em geral e, ainda, das receitas federais ou estaduais. Também os componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin) e da Agência Brasileira de Inteligência (Abin), não podem se infiltrar.

O texto legal (art. 10) deixa claro que a infiltração depende de autorização judicial, mas não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Antes, exige a representação do Delegado de Polícia ou o requerimento do Ministério Público. Tratando-se de diligência cabível apenas no bojo do inquérito policial, essa conclusão é reforçada, ainda que por analogia, com o disposto no art. 311 do Código de Processo Penal (com a redação dada pela Lei nº 12.403/2001), que desautoriza o juiz a decretar a prisão preventiva, “*ex officio*”, durante a investigação.

É a consagração, no mais, do sistema acusatório que inspira o processo penal brasileiro, no qual as tarefas são divididas, sendo que cada sujeito processual tem uma função bem definida no processo. A um caberá acusar (como regra o Ministério Público), a outro defender (o advogado) e, a um terceiro, julgar (o juiz).

Atente-se que o legislador não exigiu, para o deferimento da medida, a presença de “indícios de autoria”, como reclama, v.g., para a decretação da prisão preventiva. Contentou-se, apenas, com “indícios de infração penal”. Em outras palavras: quando exige “indícios de autoria”, o legislador é expresso nesse sentido, como, por exemplo e em acréscimo, para a decretação da hipoteca legal sobre imóveis (art. 134 do CPP) ou para a pronúncia do réu (art. 413 do CPP).

Conclui-se, com isso, que “indícios de autoria” são dispensáveis, tanto que o art. 11 da lei, ao relacionar os requisitos do pedido de infiltração, deixa claro que a indicação de nomes ou apelidos dos membros

da organização criminosa devem ser apontados “quando possível”. E nem poderia ser diferente. A complexidade dos crimes perpetrados em organização, não raramente a envolver pessoas residentes em estados e mesmo países diversos, tornaria impossível o deferimento da medida caso se exigisse a indicação de seus autores. Basta, pois, a demonstração de indícios da prática criminosa prevista no art. 1º da lei em análise, assim considerados a probabilidade razoável, a fumaça do bom direito, que deverão ser analisados caso a caso, segundo o prudente arbítrio do juiz, sem uma regra preconcebida que os definam.

3- Tema: Lei n. 13.491/2017. Fatos perpetrados antes do seu advento. Norma com conteúdo híbrido. Incidência imediata. Possibilidade. Observância da norma penal mais benéfica ao tempo do crime. Competência do juízo militar, com ressalva.

INFORMATIVO 642 STJ- TERCEIRA SEÇÃO

É possível a aplicação imediata da Lei n. 13.491/2017, que **amplia a competência da Justiça Militar** e possui conteúdo híbrido (lei processual material), **aos fatos perpetrados antes do seu advento**, mediante observância da legislação penal (seja ela militar ou comum) mais benéfica ao tempo do crime.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Inicialmente, cumpre destacar que a Lei n. 13.491/2017 não tratou apenas de ampliar a competência da Justiça Militar, também ampliou o conceito de crime militar, circunstância que, isoladamente, autoriza a conclusão no sentido da existência de um caráter de direito material na norma. Esse aspecto, embora evidente, não afasta a sua aplicabilidade imediata aos fatos perpetrados antes de seu advento, já que a simples modificação da classificação de um crime como comum para um delito de natureza militar não traduz, por si só, uma situação mais gravosa ao réu, de modo a atrair a incidência do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa (arts. 5º, XL, da Constituição Federal e 2º, I, do Código Penal). Por outro lado, a modificação da competência, em alguns casos, pode ensejar consequências que repercutem diretamente no *jus libertatis*, inclusive de forma mais gravosa ao réu. É inegável que a norma possuiu conteúdo híbrido (lei processual material) e que, em alguns casos, a sua aplicação retroativa pode ensejar efeitos mais gravosos ao réu. Tal conclusão, no entanto, não impossibilita a incidência imediata, sendo absolutamente possível e desejável conciliar sua aplicação com o princípio da irretroatividade de lei penal mais gravosa. A jurisprudência desta Corte não admite a cisão da norma de conteúdo híbrido (AgRg no REsp n. 1.585.104/PE, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/4/2018). Ocorre que a aplicação imediata, com observância da norma penal mais benéfica ao tempo do crime, não implicaria uma cisão da norma, pois, o caráter material, cujo retroatividade seria passível de gerar prejuízo ao réu, não está na norma em si, mas nas consequências que dela advém. Logo, é absolutamente possível e adequado a incidência imediata da norma aos fatos perpetrados antes do seu advento, em observância ao princípio *tempus regit actum* (tal como decidido no julgamento do CC n. 160.902/RJ), desde que observada, oportunamente, a legislação penal (seja

ela militar ou comum) mais benéfica ao tempo do crime. Ademais, importante ressaltar que tal ressalva é inafastável da declaração de competência. Primeiro, porque a solução do julgado dela depende. Segundo, porque a simples declaração de competência em favor da Justiça Militar, sem a ressalva acima estabelecida, poderia dar azo a ilegalidade futura, decorrente de eventual inobservância da norma penal mais benéfica.

PROCESSO: CC 161.898-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 13/02/2019, DJe 20/02/2019

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei 13.491/17 e seus reflexos no dia a dia da promotoria de Justiça criminal já foram analisados pelo CAOCRIM no segundo boletim de maio de 2018. Na oportunidade, se escreveu que os crimes cometidos antes da nova Lei, ainda na fase de investigação, devem ser remetidos para a Justiça Militar, **como acaba de decidir o STJ.**

E os processos instaurados envolvendo crime cometido por militar, iniciado antes da vigência da lei em exame, deve ele prosseguir perante o juiz de origem, da Justiça comum ou, ao revés, cumpre sua imediata remessa à Justiça castrense?

Inclinamo-nos neste último sentido, **como decidido recentemente pelo Tribunal Cidadão.** Não se ignora, é verdade, a regra que impõe a chamada *perpetuatio jurisdictionis*, pela qual a competência se firma, definitivamente, quando do registro ou distribuição da ação, não mais podendo ser modificada, segundo o art. 43 do Código de Processo Civil (com aplicação ao processo penal nos termos do art. 3º do CPP). Sucede que deste mesmo dispositivo consta uma ressalva, a admitir exceção do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, que ocorre quando as mudanças “alterarem a competência absoluta”. Ora, na hipótese vertente, a competência é absoluta, por se cuidar da matéria (*ratione materiae*), e, como tal, se enquadra na exceção prevista no art. 43 do CPC.

A propósito, quando o legislador pretendeu manter a competência inicial ele o declarou expressamente. É o que ocorreu com a Lei n. 9.099/1995, que criou os chamados Juizados Especiais Criminais, que, em seu art. 90, ressalvou com todas as letras que “as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”.

Em suma, entendemos que, a partir da vigência da lei em comento, as investigações e processos em curso (em 1º ou 2º grau), devem ser remetidos à Justiça Militar (de 1º ou 2º grau), preservados, por óbvio, os atos decisórios e instrutórios praticados anteriormente, ao tempo em que a competência era da Justiça comum.

Lei 9.099/95 e os crimes militares:

É sabido, ainda, que o art. 90-A, da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, veda a aplicação de suas medidas despenalizadoras à Justiça Militar. No mesmo teor é o enunciado da Súmula

n. 09, do Superior Tribunal Militar, a se conferir: “A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, **não se aplica à Justiça Militar da União**”.

Nesse contexto, pergunta-se: a Lei 13.491/17 retroage para alcançar crimes de menor potencial penal ofensivo?

De acordo com o STJ, no julgado em comento, é possível a retroatividade da Lei 13.491/17, desde que a sua aplicação aos casos anteriores **beneficie o réu**.

Para uma primeira corrente, a solução é encaminhar o feito para a Justiça Militar (absolutamente competente), cabendo ao juiz castrense aplicar, excepcionalmente, para os casos pretéritos, as medidas despenalizadoras da Lei 9.099/95.

Para outra, por conta das restrições acima lembradas, infrações penais de menor potencial ofensivo **cometidas antes da nova Lei** devem permanecer na Justiça Comum para admitirem as medidas despenalizadoras. Assim já decidiu a Procuradoria-Geral de Justiça de SP, **no Protocolado 18.806/18 – Conflito Negativo de Atribuição**.

Vamos aguardar o caminho que a jurisprudência vai seguir a partir de agora.

4- Tema: Presos provisórios. Substituição da prisão preventiva por domiciliar. Não cabimento. Inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 56/STF. Enunciado que versa sobre preso definitivo ou àquele em cumprimento provisório da condenação.

INFORMATIVO 642 STJ- QUINTA TURMA

A Súmula Vinculante n. 56/STF é inaplicável ao preso provisório.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Após minucioso diagnóstico da execução penal brasileira, analisou-se a questão da falta de vagas no sistema carcerário e a consequência jurídica aos apenados, sobretudo o seu direito de não ser submetido a regime mais gravoso daquele imposto no título condenatório. Daí a Súmula Vinculante n. 56, que dispõe, verbis: "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS." Ressalta-se que, na oportunidade, restaram estabelecidos como parâmetros que, previamente à concessão da prisão domiciliar, devem ser observadas outras alternativas ao déficit de vagas, quais sejam, (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; ou (iii) o cumprimento de penas alternativas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Observa-se, de pronto, que a Súmula Vinculante n. 56/STF, portanto, destina-se com exclusividade aos casos de efetivo cumprimento de pena. Em outras palavras, aplica-se tão somente ao preso definitivo ou àquele em cumprimento

provisório da condenação. O seu objetivo não é outro senão vedar o resgate da reprimenda em regime mais gravoso do que teria direito o apenado pela falha do Estado em oferecer vaga em local apropriado. Não se pode estender a citada súmula vinculante ao preso provisório, eis que se trata de situação distinta. Por deter caráter cautelar, a prisão preventiva não se submete a distinção de diferentes regimes. Assim, sequer é possível falar em regime mais ou menos gravoso ou estabelecer um sistema de progressão ou regressão da prisão.

PROCESSO: RHC 99.006-PA, Rel. Min. Jorge Mussi, por unanimidade, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Levando em conta a finalidade reeducativa (ressocializadora) da pena, a progressão de regime consiste na execução da reprimenda privativa de liberdade de forma a permitir a transferência do reeducando para regime menos rigoroso (mutação de regime), desde que cumpridos determinados requisitos.

Prevalece o entendimento de que não existe *progressão em saltos* (regime fechado para o aberto). A Exposição de Motivos da LEP, no item 120, afirma que se o condenado estiver no regime fechado não poderá ser transferido diretamente para o regime aberto. Nesse mesmo sentido temos a súmula 491 do STJ. Em agosto de 2016, entretanto, o STF editou a súmula vinculante 56, que anuncia que *“a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”*. Quais seriam esses parâmetros? Vejamos:

I) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas: os ministros lembraram que as vagas no regime semiaberto e aberto não são inexistentes, mas sim insuficientes. Diante disso, surge como alternativa antecipar a saída de sentenciados que já estejam no regime de destino, abrindo vaga para aquele que acaba de progredir. Exemplo: “A” progrediu para o semiaberto e não existem vagas em estabelecimento apropriado. Em vez de “A” ir direto ao aberto, ele passa para o semiaberto e outro preso que já estava no semiaberto vai para o aberto, já que este último estava mais próximo da progressão para o aberto. Evita-se, com isso, a progressão por salto;

II) a liberdade eletronicamente monitorada: utilização de tornozeleiras eletrônicas para permitir a fiscalização do cumprimento da pena;

III) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto: para os ministros, “se não há estabelecimentos adequados ao regime aberto, a melhor alternativa não é a prisão domiciliar, mas a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos”. Tendo em vista que as penas restritivas de direito são menos gravosas do que a pena privativa de liberdade (mesmo em regime aberto), os ministros entenderam que “ao condenado que progride ao regime aberto, seria muito mais proveitoso aplicar penas restritivas de direito, observando-se as condições dos parágrafos do art. 44 do CP, do que aplicar a prisão domiciliar”. Aqui, vale observar, o STF contrariou a súmula 493 do STJ, segundo a qual “é inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto.

DIREITO PENAL:

1- Tema: Furto qualificado e explosão - Não ocorrência da consunção - Ofensa a bens jurídicos distintos

STJ-REsp 1647539/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 01/12/2017

Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PRATICADO DURANTE REPOUSO NOTURNO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E EXPLOSÃO. FURTO QUALIFICADO. COMPATIBILIDADE ENTRE A QUALIFICADORA E A MAJORANTE PREVISTA NO § 1º DO ART. 155 DO CP. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EXPLOSÃO. CONSUNÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA A BENS JURÍDICOS DISTINTOS DO DELITO DE FURTO.

1. A causa de aumento prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, que se refere à prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto (HC 306.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2014, DJe 17/12/2014).

2. Presentes a materialidade do delito do art. 288, parágrafo único, do CP e indícios suficientes de autoria, reconhecidos pelas instâncias ordinárias, a pretensão de absolvição encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Demonstrado que a conduta delituosa expôs, de forma concreta, o patrimônio de outrem decorrente do grande potencial destruidor da explosão, notadamente porque o banco encontra-se situado em edifício destinado ao uso público, ensejando a adequação típica ao crime previsto no art. 251 do CP, incabível a incidência do princípio da consunção.

4. Infrações que atingem bens jurídicos distintos, enquanto o delito de furto viola o patrimônio da instituição financeira, o crime de explosão ofende a incolumidade pública.

5. Recurso especial e agravo em recurso especial improvidos.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

Clique [aqui](#) para ter acesso a Decisão Monocrática no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.355 – SP

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O julgado em comento tem como objeto crime ocorrido antes da Lei 13.654/18. A novel Lei inseriu no CP o art. 155 o § 4º-A, que comina pena de reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos – além da multa – se o furto é cometido com emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

Temos visto, já há alguns anos, a multiplicação de condutas nas quais criminosos – normalmente em grupos – utilizam artefatos explosivos para romper os cofres de caixas eletrônicos – instalados em bancos ou em estabelecimentos comerciais – e subtrair as cédulas neles depositadas. Além de causar vultosos prejuízos em virtude não só dos valores subtraídos, mas também dos danos materiais causados nos estabelecimentos e muitas vezes até em imóveis vizinhos, esta espécie de conduta é particularmente grave em razão da exposição da vida e da integridade física das pessoas a perigo. Com efeito, ainda que não se trate de uma forma de ameaça pessoal direta – pois, se assim fosse, caracterizar-se-ia o crime de roubo –, o furto praticado com o emprego de engenho explosivo pode causar danos que vão muito além da esfera financeira.

Aos autores desta conduta vinham sendo imputados, normalmente, os crimes de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e de explosão majorada pelo fato de o crime ter sido cometido com intuito de obter vantagem pecuniária. Embora pudesse haver alguma divergência a respeito da possibilidade de atribuir os crimes em concurso, era o que vinha prevalecendo.

A partir da inserção do § 4º-A, a possibilidade de concurso entre os delitos de furto e de explosão deixa de existir para ceder lugar à qualificadora. E, neste ponto, se considerarmos que se aplicava o concurso formal impróprio, é possível apontar um deslize do legislador, pois, antes, somando-se as penas do furto qualificado e da explosão majorada, resultava o mínimo de seis anos de reclusão (caso se tratasse, como normalmente ocorria, de dinamite ou de substância de efeitos análogos), mas a nova lei comina à qualificadora pena mínima de quatro anos, consideravelmente mais branda. Conclui-se, portanto, que as novas disposições resultam numa punição menos severa em relação àquela que vinha sendo praticada, o que atrai as disposições do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, segundo as quais “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Dessa forma, o agente condenado pelo crime de furto qualificado em concurso formal impróprio com a explosão majorada pode ser beneficiado pela retroatividade benéfica da nova qualificadora.

Note-se que o furto no qual se utiliza um artefato explosivo traz em si, necessariamente, o rompimento de obstáculo. É a existência do obstáculo, afinal, que torna necessária – ou ao menos conveniente – a explosão que abre o caminho para a subtração. Neste caso, concorrem duas qualificadoras: a do rompimento de obstáculo e a do emprego do artefato explosivo. Apenas esta última, no entanto, deve ser considerada com a natureza de qualificadora, pois é a circunstância mais grave. O rompimento de obstáculo – assim como, eventualmente, a escalada e o concurso de pessoas, por exemplo – deve ser considerado na qualidade de circunstância judicial, no momento em que se aplica a pena-base, que parte da qualificadora mais grave.

Por fim, destacamos que o art. 16, inciso III, da Lei 10.826/03 tipifica a posse, a detenção, a fabricação e o emprego de artefato explosivo ou incendiário sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, o que nos faz indagar a respeito da caracterização do concurso de delitos.

Imaginemos, com efeito, que um grupo criminoso tenha adquirido dinamite para em seguida empregá-la no furto de caixas eletrônicos em uma agência bancária. A posse da dinamite deve ser imputada em concurso com o furto qualificado pelo emprego do artefato, ou este último absorve o primeiro? A nosso ver, desde a edição da Lei 13.497/17 – que tornou hediondo o crime do art. 16 do Estatuto do Desarmamento –, é inadequado aplicar o princípio da consunção para que o crime patrimonial absorva o hediondo, razão pela qual devem ser aplicadas as regras relativas ao concurso de delitos.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

11 de março de 2019

1- Mantida prisão de condenados por envolvimento em esquema de propina no Município de Aracruz (ES)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

12 de março de 2019

2- 2ª Turma nega recurso de defesa ex-deputado que pretendia participar de depoimento de testemunhas em inquérito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Inviável habeas corpus de acusado de integrar grupo especializado em roubo de máquinas agrícolas em Goiás

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

13 de março de 2019

4- Liminar suspende obrigatoriedade de legista mulher em perícia de menores de idade vítimas de estupro no RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

13 de março de 2019

5- Ministro determina transferência de travesti para ala feminina de presídio

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Crimes sexuais pela internet: a violência contra a mulher entre o real e o virtual

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

7-Relator concede liberdade a funcionários investigados no caso de Brumadinho

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 40

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Termo Circunstanciado elaborado pela PM.

Pouco tempo depois do advento da Lei dos Juizados Especiais surgiu a controvérsia se a Polícia Militar pode, validamente, lavrar "termo circunstanciado" da Lei 9.099/95. O seu art. 69 fomenta o debate: "A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado..."

Tribunais de Justiça de vários estados (AM, SP, PR, SC, MG, dentre outros) aceitaram o termo circunstanciado lavrado pelo policial militar, interpretando a expressão "autoridade policial" contida na citada norma de modo a abranger o agente do poder público, investido legalmente para intervir na vida da pessoa natural, que atue no policiamento ostensivo ou investigatório.

Essa conclusão sempre foi objeto de resistência. Para muitos, o "termo circunstanciado" veio para substituir ou simplificar o inquérito policial e se este é instaurado pela Polícia Civil, a competência privativa para "termo" continua sendo da PC.

Uma corrente intermediária tenta conciliar as duas, lecionando que a PM somente pode lavrar TC onde não tenham Delegados ou Delegacias da Polícia Civil.

O STF, em processos difusos, ora admitia, ora não.

Nesse mês março, julgando lei do Amazonas, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade da lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO) pela polícia ostensiva (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.614).

Clique [AQUI](#) e acesse o Inteiro Teor do Acórdão – STF

2-Tema: viabilidade de a Defensoria Pública Estadual figurar como assistente da acusação.

Na visão do STJ, há "poderes implícitos" à Defensoria Pública para atuar em defesa da vítima, como assistente de acusação, por se tratar do meio necessário para viabilizar o exercício pleno da função constitucional atribuída ao órgão.

Em que pese o posicionamento firmado pelo STJ, a possibilidade do exercício dessa atribuição pela Defensoria Pública embora possa, teoricamente, ser admitida mediante uma análise isolada e abstrata do artigo 134 da CF, a partir de uma interpretação do texto constitucional com base nos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática ou harmonização e da conformidade constitucional, essa atribuição não se legitima, porquanto colide com outras normas com o mesmo status constitucional e, na resolução do aparente conflito de normas, através razoabilidade e da proporcionalidade, cede em face dos demais postulados constitucionais.

Sobre o assunto, publicamos neste Boletim primoroso estudo elaborado pelo CAO-CRIM do Rio Grande do Sul (clique [aqui](#)).

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Terceira Seção determina desentranhamento de provas derivadas obtidas em interceptações telefônicas ilícitas

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 18/03/2019

Por maioria, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou parcialmente procedente reclamação contra o juízo da 7ª Vara Criminal de João Pessoa (PB) por descumprir decisão proferida pela Sexta Turma no julgamento do Habeas Corpus 116.375, a qual determinava o desentranhamento de provas obtidas em busca e apreensão decorrente de interceptações telefônicas ilícitas.

Em 2010, a Sexta Turma do STJ, no julgamento do habeas corpus, considerou ilícitas as provas resultantes das escutas telefônicas e determinou expressamente o seu desentranhamento dos autos, bem como de todas aquelas provas que seriam derivadas delas, cabendo ao juízo de primeiro grau as providências necessárias para o cumprimento da ordem.

Mesmo após a decisão do STJ, a 7ª Vara Criminal recebeu a denúncia oferecida contra os reclamantes, consignando que "a retirada e desconsideração das provas ilícitas e suas derivadas pode ser feita, salvo melhor juízo, no curso da instrução ou, até mesmo, quando da prolação da sentença".

Em setembro de 2013, ao julgar a Reclamação 14.109, a Terceira Seção reafirmou a ordem para que o juízo de primeiro grau cumprisse o que havia sido determinado no habeas corpus – o que não ocorreu integralmente, já que as provas tidas como ilegais por derivação permaneceram no processo.

Árvore envenenada

O ministro Ribeiro Dantas, cujo voto foi seguido pela maioria da Terceira Seção no julgamento da nova reclamação, explicou que a denúncia e o seu recebimento devem ser mantidos, pois o Ministério Público excluiu as notas de rodapé do processo – nas quais constavam as transcrições de trechos das interceptações telefônicas –, mantendo a tipificação legal das condutas praticadas, a qualificação dos réus e os atos supostamente criminosos, citando outras provas como depoimento de testemunhas e documentos.

Porém, quanto às provas ilícitas por derivação, o ministro disse que é possível sua exclusão, pois foram deferidas medidas de busca e apreensão baseadas nas interceptações telefônicas reconhecidas como ilegais pelo STJ.

Em apoio ao seu entendimento, Ribeiro Dantas citou a teoria dos frutos da árvore envenenada – que determina que as provas, ainda que lícitas, mas decorrentes de outras ilegais, são consideradas maculadas e devem ser extirpadas do processo.

Segundo o ministro, as determinações do juízo de origem desobedecem às decisões do STJ tanto no habeas corpus como na reclamação anterior, as quais foram expressas em ordenar também a exclusão das provas ilícitas por derivação.

“Entendo que as provas derivadas das ilícitas devem ser desentranhadas do processo, conforme determinado pelos julgados desta corte, pois inadmissíveis para a formação da convicção do magistrado”, afirmou Ribeiro Dantas.

A reclamação foi julgada parcialmente procedente porque o pedido era para desentranhamento de todas as provas ilegais, mas apenas as derivadas continuavam nos autos.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): Rcl 29876.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A chamada prova ilícita por derivação vem inspirada em antiga doutrina americana denominada “fruit doctrine”, ou frutos da árvore envenenada. Tomemos o exemplo de uma carta que, ilegalmente interceptada, noticie a prática de um crime. A partir daí, a polícia, atenta à indicação da carta, logra apreender objetos de origem criminosa. A ação pode ser dividida em dois momentos diversos: o primeiro, que diz respeito à violação da correspondência, é de inequívoca ilicitude. Já o segundo, que resultou na apreensão da res, se tomado de per si, reveste-se de legalidade. Indaga-se, então: é válida essa última prova, fundada na primeira, originariamente ilícita? Ou, são bons os frutos (apreensão dos objetos de origem criminosa), oriundos de uma árvore venenosa (interceptação ilegal da carta)?

Na doutrina, Grinover, Scarance e Magalhães defendem a impossibilidade de aproveitamento desta última prova, ao ensinarem que “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo” (ob. cit., p. 119). Admitem, porém, em tema que foi abordado no item anterior, a prova produzida ilicitamente se utilizada em favor do réu, acompanhando, assim, a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da USP. Dessa opinião também comunga Tourinho Filho, ao exemplificar que “uma interceptação telefônica, mesmo ao arripio da lei, se for necessariamente essencial a demonstrar a inocência do acusado, não pode ser expurgada dos autos. Entre o sigilo das comunicações e o direito de liberdade, este supera aquele” (Processo penal, 1997, vol. 3, p. 236).

O Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência que foi avançando até se cristalizar, a ponto de, hoje, cuidar-se de matéria tranquila no seio daquela Corte, sempre repudiou a prova ilícita por derivação. É certo que a Constituição não prevê, textualmente, que a prova derivada de outra ilícita seja, também, contaminada por ilicitude. Mas essa aparente dificuldade pode, contudo, ser facilmente superada, bastando que se parta de uma interpretação sistemática do texto maior. Atualmente, porém, a legislação infraconstitucional, por meio da inovação implantada pela Lei n° 11.690/2008, passou a prever, expressamente, a ilicitude dessa prova.

2- Tema: Medidas Assecuratórias- Arresto e requisitos

INFORMATIVO 933 STF - PRIMEIRA TURMA

É possível o arresto prévio de bens de acusados por suposta prática de crime único de corrupção passiva em concurso de agentes.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental e admitiu a indisponibilidade dos bens dos agravados para efeito de arresto assecuratório do pagamento de multa penal na eventual condenação dos réus. (Informativos 903 e 906).

A Turma entendeu que as medidas assecuratórias têm por objetivo garantir não apenas a reparação do dano, mas também o pagamento das despesas processuais e as penas pecuniárias em caso de eventual condenação [CPP, art. 140]. Desse modo, é razoável a incidência do arresto em relação ao valor da multa. Essas medidas levam em conta o risco da ineficácia da sanção judicial, diante da possibilidade de o futuro condenado dilapidar seu patrimônio antes da cobrança judicial.

Para que seja autorizada a decretação da medida, não é necessária a prática de atos concretos de desfazimento de bens. Porém, é imperiosa a demonstração da plausibilidade do direito e do perigo na demora. A indisponibilidade dos bens não trará prejuízos desarrazoados aos réus, pois terão seus bens desbloqueados, se absolvidos ao fim do processo.

Vencidos os ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio (relator), que negaram provimento ao agravo por considerarem não haver requisitos legais para a concessão dessa medida assecuratória, tais como indícios fortes de dissipação de bens.

Pet 7.069/DF rel. Min. Marco Aurélio, red p/o acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em 13.3.2019. (Pet-7069).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A doutrina discorre sobre o ARRESTO PREVENTIVO e o ARRESTO SUBSIDIÁRIO. Trata-se de medida de política criminal que se quer ver adotada pelas Promotorias de Justiça Criminais. Vejamos, em apertada síntese, no que consistem, finalidades, requisitos e prazos.

ARRESTO PREVENTIVO:

É medida facultativa, mas que pode ser acionada quando se perceber que o procedimento demorado da especialização e inscrição da hipoteca legal possa retirar a eficácia desta última. Funciona como medida preparatória da outra futura medida cautelar.

Finalidade: tornar inalienáveis os bens imóveis do investigado/acusado durante a tramitação do procedimento da especialização e inscrição da hipoteca.

Requisitos: *fumus commissi delicti* e *periculum in mora*. Segundo entendemos – ponto este não pacífico – não há necessidade de apresentar estimativa do valor da reparação do dano causado pelo delito.

Prazo de eficácia: uma vez determinado o arresto, deverá ser apresentado, em até 15 dias, o requerimento de especialização e inscrição da hipoteca legal. Passado o prazo se apresentação do requerimento, revoga-se o arresto preventivo. Determinado o registro da hipoteca, esta substitui essa espécie de arresto.

ARRESTO SUBSIDIÁRIO

Cabimento: caso em que é cabível a inscrição e registro da hipoteca legal, mas não são localizados imóveis ou os localizados possuem valor insuficiente para cobrir a reparação do dano. Possui caráter subsidiário ou residual. O arresto subsidiário será convertido em penhora na fase de execução.

Objeto: bens móveis, de origem lícita e penhoráveis.

Atenção: os bens impenhoráveis são aqueles descritos no art. 649 do Código Civil. Não podem ser penhorados os bens móveis de família que guarnecem a casa, pois são impenhoráveis (art. 1º, parágrafo único, Lei 8.009/1990).

Requisitos: o arresto subsidiário está sujeito aos mesmos pressupostos e condições de legitimidade e oportunidade da especialização e registro da hipoteca legal. Observações importantes:

- a) não se pode exigir do MP que demonstre que o investigado/acusado não possui bens imóveis, pois seria exigir prova negativa que, na prática, pode se revelar impossível. Assim, entendemos bastar que se demonstre a inexistência de bens no domicílio do investigado/acusado ou que tais bens são insuficientes para a reparação do dano;
- b) se os bens móveis arrestados forem coisas fungíveis e facilmente deterioráveis, pode-se determinar que sejam avaliados e levados a leilão público, depositando-se o valor apurado;
- c) os bens podem permanecer com o próprio investigado/acusado, em regime de depósito ou pode ser nomeado administrador, nos termos do art. 159 a 161 do CPC;
- d) em caso de nomeação de administrador, devem ser fornecidos recursos para a manutenção do investigado/acusado e de sua família, que serão arbitrados pelo juiz.

Procedimento: o mesmo da especialização e inscrição da hipoteca legal.

Atenção: tendo em vista que o procedimento pode ser moroso e em se tratando de bens móveis, que podem ser facilmente destruídos ou desviados, admite-se o arresto preventivo, antes da apresentação do requerimento do arresto subsidiário.

O CAO Criminal publicou na sua página uma “pasta” com explicações sobre medidas assecuratórias, visando, com isso, facilitar a atuação dos colegas e incentivar a aplicação da regra legal pelos órgãos de execução.

3- Tema: Inquérito- Defesa técnica e oitivas

INFORMATIVO 933 STF - SEGUNDA TURMA

Em conclusão de julgamento, a Segunda Turma negou provimento ao agravo regimental em que se discutia a necessidade de intimação prévia da defesa técnica do investigado para a tomada de depoimentos orais na fase de inquérito policial, sob pena de nulidade dos atos processuais (Informativo 916).

O agravante alegava ser impositiva a participação do advogado na colheita de depoimentos no curso de inquérito policial, de acordo com a recente alteração do art. 7º, XXI (1), da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), promovida pela Lei 13.245/2016.

A Turma entendeu que, por se tratar de procedimento informativo de natureza inquisitorial destinado precipuamente à formação da *opinio delicti*, o inquérito comporta a regular mitigação das garantias do contraditório e da ampla defesa. Esse entendimento justifica-se pelo fato de os elementos indiciários não se prestarem, por si sós, ao juízo penal condenatório.

As alterações legislativas implicaram reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, conferir ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial.

(1) Lei 8.906/1994: “Art. 7º São direitos do advogado: (...) XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos;”

Pet 7612/DF, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 12.03.2019. (Pet-7612).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Não se ignora a existência de respeitável posicionamento doutrinário a exigir a instalação da ampla defesa e do contraditório também no inquérito policial. É o entendimento de Rogério Lauria Tucci (Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, São Paulo: RT, 2004, p. 211), calcado na letra do art. 5º, inc. LV, da Constituição, segundo a qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Trata-se, porém, de tese que não encontrou apoio do STF que, em inúmeras oportunidades, reafirmou a não exigência do contraditório no inquérito policial. Em verdade, o processo administrativo, mencionado pelo constituinte e que reclama a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é aquele capaz de, ao seu final, culminar com a imposição de alguma penalidade, como, por

exemplo, o instaurado para apuração de falta cometida por funcionário público, que pode levar à advertência, suspensão, etc. Ao inquérito policial, por não infligir qualquer sanção, dispensam-se os princípios constitucionais.

4- Tema: Comutação- Falta grave nos doze meses anteriores ao decreto - Impossibilidade de concessão do benefício

STJ- REsp 1658963/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. INDULTO DE PENA. DECRETO 8.615/2015. PRÁTICA DE FALTA GRAVE NOS 12 (DOZE) MESES ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA NORMA (DECRETO). HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR. AUSÊNCIA DE REQUISITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência vigente nesta Corte Superior de Justiça, o Decreto Presidencial, ao estabelecer a exigência de ausência de prática de conduta indisciplinar nos 12 (doze) meses anteriores à publicação da norma, não condicionou sua incidência à existência de reconhecimento judicial.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do ERESP n. 1.549.544/RS, unificou o posicionamento no sentido de considerar as faltas graves praticadas no período estabelecido pelos Decretos Presidenciais como impedimentos para concessão de indulto ou comutação de penas, mesmo que sua homologação ocorra após a publicação da norma. Precedentes

3. In casu, tendo o condenado praticado falta grave nos 12 (doze) meses anteriores à publicação do Decreto 8.615/2015, resta não implementado o requisito subjetivo exigido pela norma, mesmo que o reconhecimento judicial só tenha ocorrido após o referido período.

4. Recurso Provido.

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.602 - SP

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. CONTRARIEDADE AO ART. 5º, CAPUT, DO DECRETO PRESIDENCIAL N. 8.615/2015. COMUTAÇÃO. FALTA GRAVE NOS DOZE MESES ANTERIORES AO DECRETO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO POSTERIOR AO PERÍODO. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES.

Recurso especial provido

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O benefício da comutação de penas previsto no Decreto Presidencial deve ser negado quando o apenado tiver praticado falta disciplinar de natureza grave nos doze meses anteriores à publicação do Decreto, mesmo que a respectiva decisão homologatória tenha sido proferida posteriormente. Esse entendimento está, hoje, pacificado no âmbito do STJ. A Terceira Seção, de forma copiosa, definiu que não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no Decreto Presidencial pelo qual foram instituídos.

O Decreto que tratou da matéria de concessão de indulto natalino e comutação de penas, assim dispôs: “A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto.”

Em resumo: somente a falta grave está condicionada a lapso anterior ao Decreto, mas o processo administrativo para apuração e a homologação da falta podem ocorrer após à publicação do Decreto.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Furto de energia elétrica: pagamento antes da denúncia não justifica extinção da punibilidade

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 22/03/2019

Nos casos de furto de energia elétrica, diferentemente do que acontece na sonegação fiscal, o pagamento do valor subtraído antes do recebimento da denúncia não permite a extinção da punibilidade. Nessas hipóteses, a manutenção da ação penal tem relação com a necessidade de coibir ilícitos contra um recurso essencial à população. Além disso, em razão da natureza patrimonial do delito, é inviável a equiparação com os crimes tributários, nos quais é possível o trancamento da ação penal pela quitação do débito.

A tese foi fixada, por maioria de votos, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que pacificou a jurisprudência da corte sobre o tema, superando o entendimento divergente segundo o qual a extinção de punibilidade prevista no artigo 34 da Lei 9.249/1995 para os crimes tributários também poderia ser aplicada ao furto de energia.

“O papel do Estado, nos casos de furto de energia elétrica, não deve estar adstrito à intenção arrecadatória da tarifa. Deve coibir ou prevenir eventual prejuízo ao próprio abastecimento elétrico do país, que ora se reflete na ausência ou queda do serviço público, ora no repasse, ainda que parcial, do prejuízo financeiro ao restante dos cidadãos brasileiros”, apontou o autor do voto vencedor no julgamento, ministro Joel Ilan Paciornik.

No caso analisado pela seção, duas pessoas foram denunciadas por, supostamente, terem subtraído energia para abastecer um hotel, causando prejuízo de R\$ 75 mil.

Reflexos coletivos

No pedido de habeas corpus, a defesa buscava o trancamento da ação penal sob o argumento de que, antes do recebimento da denúncia, os investigados parcelaram a dívida com a autarquia municipal de energia elétrica.

O ministro Joel Ilan Paciornik explicou que o crime de furto de energia está situado no campo dos delitos patrimoniais, com tratamento distinto dos delitos tributários, em virtude da necessidade de preservação da continuidade do serviço e do atendimento regular à população. No caso de crimes patrimoniais, apontou o ministro, o Estado imprime tratamento ainda mais rigoroso, como medida de segurança pública.

“O furto de energia elétrica, além de atingir a esfera individual, tem reflexos coletivos e, não obstante seja tratado na prática como conduta sem tanta repercussão, se for analisado sob o aspecto social, ganha conotação mais significativa, ainda mais quando considerada a crise hidroelétrica recentemente vivida em nosso país”, afirmou o ministro.

Diminuição de pena

Além disso, Joel Ilan Paciornik entendeu não ser possível a aplicação analógica do artigo 34 da Lei 9.249/1995 aos crimes contra o patrimônio, em razão da previsão legal específica de diminuição da pena nos casos de pagamento da dívida antes do recebimento da denúncia. Nessas hipóteses, o artigo 16 do Código Penal prevê o instituto do arrependimento posterior, que não afeta o prosseguimento da ação penal, mas constitui motivo para a redução da pena.

Ainda em relação à impossibilidade de equiparação do furto de energia aos crimes tributários, Paciornik destacou que a tarifa ou preço público (formas de remuneração pela prestação do serviço público de fornecimento de energia) não possuem caráter tributário. Por isso, não haveria possibilidade de incluí-las como tributos ou contribuições sociais – estas sim sujeitas à previsão legal de extinção de punibilidade.

“Dessa forma, não há como se atribuir o efeito pretendido aos diversos institutos legais, considerando que os dispostos no artigo 34 da Lei 9.249/1995 e no artigo 9º da Lei 10.684/2003 fazem referência expressa e, por isso, taxativa, aos tributos e contribuições sociais, não dizendo respeito às tarifas ou preços públicos”, concluiu o ministro ao negar o pedido de trancamento da ação penal.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): RHC 101299.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Aplicando por analogia a regra estabelecida a respeito da reparação do dano nos delitos tributários, o STJ vinha considerando extinta a punibilidade em relação a autores de furto de energia elétrica que, antes do oferecimento da denúncia, ressarcissem a distribuidora:

“1. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o valor fixado como contraprestação de serviços públicos essenciais como a energia elétrica e a água, conquanto não seja tributo, possui natureza jurídica de preço público, aplicando-se, por analogia, as causas extintivas da punibilidade previstas para os crimes tributários. 2. No caso, o parcelamento do débito foi anterior ao recebimento da denúncia, e o pagamento integral do valor deu-se no curso da ação penal, aplicando-se, à espécie, a legislação tributária” (Sexta Turma, AgRg no AREsp 796.250/RJ, DJe 04/10/2017).

Contudo, a partir do ano de 2018, a Corte Superior não mais adota esse raciocínio, passando a considerar impossível conferir aos delitos patrimoniais o mesmo tratamento aplicável aos crimes tributários, pois, nestes crimes, a extinção da punibilidade é medida específica – e, portanto, deve ser restrita –, adotada como forma de incentivar o pagamento e, como consequência, manter a hígidez das contas públicas, o que não acontece no âmbito estritamente patrimonial, que, ademais, tem disposição legal de natureza geral plenamente aplicável: o artigo 16 do Código Penal, que disciplina o arrependimento posterior, causa de diminuição de pena que não afeta a pretensão punitiva (Quinta Turma, HC 412.208/SP, j .20/03/2018).

2- Tema: Crime de roubo- Empurrão – Impossibilidade de desclassificação para o crime de furto

STJ- HC 462.091/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018

Ementa

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EMPURRÃO. VIOLÊNCIA APTA A CARACTERIZAÇÃO DO TIPO DESCRITO NO ART. 157 DO CP. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal 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. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente ou a desclassificação da conduta, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

3. Nos moldes do art. 157 do Código Penal, a violência ou grave ameaça caracterizadoras do crime de roubo poderão ser empregadas antes, durante ou logo após a subtração do bem. Assim, malgrado possa ter o agente iniciado a prática de conduta delitativa sem o uso de violência, se terminar por se valer de meio violento para garantir a posse da res furtiva ou, ainda, a impunidade do delito, terá praticado o crime de roubo, ainda que em sua modalidade imprópria (CP, art. 157, § 1º), não havendo se falar em furto.

4. O fato de o agente ter empurrado a vítima para obter êxito na subtração de seu celular caracteriza a violência exigida no delito de roubo e impede a desclassificação da conduta para a figura tipificada no art. 155 do Código Penal.

5. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

6. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 4 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de, confirmando a liminar anteriormente concedida, estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da pena imposta ao paciente.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

Clique [aqui](#) para ter acesso a Decisão Monocrática no RECURSO ESPECIAL Nº 1.772.840 - SP

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No "caput" do art. 157 temos o roubo próprio (ou propriamente dito), hipótese em que o agente, visando apoderar-se do patrimônio alheio, lança mão: a) de violência; b) grave ameaça c) ou qualquer outro meio capaz de impossibilitar a vítima de resistir ou defender-se.

Entende-se por violência o constrangimento físico da vítima (emprego de força sobre seu corpo), retirando dela os meios de defesa para subtrair o bem.

Para caracterizar essa violência é suficiente que ocorra lesão corporal leve ou simples vias de fato, na medida em que lesão grave ou morte qualifica o crime.

Vias de fato são a violência física sem dano à integridade corporal (...). Violentos empurrões e trombadas também caracterizam o emprego de violência física, necessária e suficiente para caracterizar o crime de roubo. Nesse sentido vem decidindo o STJ.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

20 de março de 2019

1- Advogados pedem que acusados de tráfico tenham direito a interrogatório ao fim da instrução criminal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

21 de março de 2019

2- Ministro determina que MP-GO inclua relatórios do Coaf em inquérito contra João de Deus

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Ministro determina que sejam excluídas de pena condenações extintas há mais de cinco anos

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

19 de março de 2019

4- Sexta Turma confirma liminar e mantém revogação da prisão preventiva do ex-governador André Puccinelli

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro do STJ determina internação de João de Deus em hospital de Goiânia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

22 de março de 2019

6- Quinta Turma reduz pena de Elize Matsunaga por reconhecimento de confissão

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 41

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Recurso de ofício no CPP (art. 574). Constitucionalidade. Condição exigida por lei.

Parte da doutrina critica a classificação do recurso em voluntário e de ofício, entendendo que é impossível falar-se em recurso de ofício, já que o recurso depende sempre da vontade da parte prejudicada, não tendo o juiz qualquer interesse em impugnar sua própria decisão.

Ademais, recurso pressupõe sucumbência e o juiz que recorre de sua própria decisão o faz por uma imposição legal, jamais por ter sido atingido pelo decisum. Essa doutrina prefere denominar a necessidade de se submeter a decisão a uma nova apreciação como condição de eficácia da sentença, verdadeira condição necessária à preclusão ou trânsito em julgado da decisão (nesse sentido, Vicente Greco Filho, Manual de Processo Penal p. 349; Ada, Magalhães e Scarance, Recursos no processo penal, p. 35).

Com o advento da Constituição de 1988, que em seu art. 129, inc. I, conferiu ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, se chegou a discutir sobre a permanência em vigor dos dispositivos que exigem o reexame necessário (nesse sentido, RT 677/374). Entendeu-se que, se a ação penal é exclusiva do parquet e se o recurso nada mais é do que um desdobramento do direito de ação, verdadeira prorrogação da fase de conhecimento, cabe somente a esse órgão a iniciativa de recorrer ou não. Ademais, ao recorrer de ofício, o juiz estaria dando indevido impulso ao processo, em atividade deferida apenas ao Ministério Público, afrontando, com isso, o sistema acusatório, definitivamente implantado com a Constituição. Vale observar, ainda, que o recurso de ofício já mereceu previsão constitucional, como se depreende do art. 101, parágrafo único, da Constituição de 1937. A atual, porém, não faz qualquer referência a ele.

A crítica, embora reavivada a partir da Constituição de 1988, não é nova e foi apontada por Alfredo Buzaid, em monografia escrita há mais de 50 anos, que, embora mais focada no processo civil, assim concluiu: “Existindo, atualmente, no seio da organização judiciária do País, órgãos especializados e suficientemente aptos para promoverem a defesa do fisco, dos menores, interditos e ausentes, não há necessidade de se manter um recurso que João Monteiro, com muita razão, crismou com a denominação de extravagância judiciária. Convém, portanto, a jure constituendo, extirpá-lo do Código como um remédio de energia terapêutica negativa ... E isto porque, nem histórica nem cientificamente, se justifica sua manutenção no sistema do direito processual vigente” (Da apelação ex officio, pp. 57 e 58, apud José Frederico Marques, Estudos de direito processual penal, p. 261).

Não é, porém, o entendimento que prevaleceu, já que a iniciativa do juiz se restringe a determinar a subida dos autos ao Tribunal por força de imposição legal, sem que esteja, a rigor, recorrendo de sua decisão, mas apenas submetendo-a, para que tenha eficácia, a uma condição exigida pela lei.

É o interesse público que recomenda, dependendo da matéria, seja a decisão submetida a um reexame pela instância superior, sendo que essa cautela do legislador jamais pode ser entendida como capaz de atentar contra o monopólio da ação penal pública conferida ao parquet. Nesse sentido o posicionamento do STF, reafirmando a permanência do recurso de ofício (Informativo nº 25, de 10.4.1996).

Não viola o princípio do contraditório

“O recurso de ofício ou necessário é providência imposta por lei para o reexame das decisões judiciais previstas no art. 574, incs. I e II, do Código de Processo Penal, pelos órgãos jurisdicionais superiores, para que se aperfeiçoe o trânsito em julgado da sentença. Inteligência da Súmula n.º 423, da Suprema Corte: ‘Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege.’ A remessa oficial não fere o princípio do contraditório e tão-pouco a alteração do julgado por ela produzida ocasiona prejuízo ao réu, porquanto devolve a causa integralmente ao Tribunal revisor, não havendo, pois, falar em julgamento extra petita, bem como em reformatio in pejus na sua alteração pela instância superior, pois nada que se decidiu se faz precluso. Precedentes desta Corte e do STF” (STJ – RHC nº 17143-SC, Rel. Laurita Vaz, j. 28.11.2007, DJ 17.12.2007, p. 223).

Não foi revogado pela atual Constituição

“O impropriamente denominado “recurso ex-offício” não foi revogado pelo art. 129, I, da Constituição, que atribui ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal, e, por extensão, a de recorrer nas mesmas ações. A pesquisa da natureza jurídica do que se contém sob a expressão “recurso ex-offício” revela que se trata, na verdade, de decisão que o legislador submete a duplo grau de jurisdição, e não de recurso no sentido próprio e técnico” (STF – RHC nº 74714-PI, Rel. Mauricio Corrêa, j. 24.06.1993, DJ 22.08.1997, p. 38761).

***Este estudo foi provocado pelo Procurador de Justiça, Dr. Sérgio Neves Coelho.**

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Busca e apreensão - Nulidade- Ausência de lacre em todo o material apreendido- Prejuízo não demonstrado - Presunção de validade dos atos praticados por funcionários públicos.

STJ- RHC 59.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADO POR CRIMES DE QUADRILHA, CORRUPÇÃO ATIVA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO, DESCAMINHO, EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE LACRE EM TODO O MATERIAL APREENDIDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DOS ATOS PRATICADOS POR FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. QUESTÃO QUE ENVOLVE APROFUNDADO EXAME DE PROVAS. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A EMBASAR A DENÚNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. É assente na jurisprudência desta Corte e do STF que a demonstração do prejuízo é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta. Art. 263 do CPP. (RHC 110.623/DF, 2ª. T., Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 26/3/2012 e o AgRg no AREsp. 699.468/PR, 6ª T., Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 24/5/2017 e HC 275.203/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, 5ª T., DJe 15/3/2017).

2. Não há falar em nulidade se a busca e apreensão obedeceu fielmente ao disposto no art. 240 e seguintes do Código de Processo Penal. A ausência de lacre em todos os documentos e bens - que ocorreu em razão da grande quantidade de material apreendido - não torna automaticamente ilegítima a prova obtida a partir da medida, a ensejar a nulidade da ação penal, mormente quando afirmado pelo MM.

Juiz e pelo Tribunal a quo que a prova coletada na referida busca e apreensão foi uma das utilizadas para embasar a denúncia, mas não foi a única.

3. Compete a defesa infirmar a presunção de validade e legitimidade dos atos praticados por agentes públicos, demonstrando de forma concreta o descumprimento das formalidades legais e essenciais, e especificamente no caso concreto, que o material apreendido e eventualmente não lacrado foi corrompido ou adulterado, de forma a causar prejuízo a defesa e modificar o conteúdo da prova colhida.

4. Não alegado ou apontado real prejuízo, nem sequer afirmada a nulidade da decisão que determinou a busca e apreensão ou o descumprimento dos ditames do art. 240 e seguintes do

Código de Processo Penal, bem assim que os documentos ou bens apreendidos foram efetivamente corrompidos, limitando-se a defesa a inferir/deduzir que a ausência de lacre em todo o material colhido era suficiente para transformar a prova em ilegítima e a nulidade em absoluta.

5. É inviável, no âmbito do habeas corpus, a apreciação de questões que demandam o revolvimento aprofundado de material fático-probatório.

6. Recurso Ordinário desprovido.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

É lição sempre presente na doutrina que, para que seja declarada uma determinada nulidade, é preciso a demonstração do prejuízo sofrido pela parte interessada, em decorrência da omissão, nos termos do dispositivo em exame. É a aplicação do brocardo francês denominado *pas de nullité sans grief*. Assim, se o ato foi praticado em desconformidade com a lei, mas, a despeito disso, não acarretou qualquer prejuízo, ele é válido. Isso em se tratando de nulidade relativa. A preterição da forma, portanto, não é causa, por si só, do reconhecimento da nulidade, desde que o ato tenha atingido seu objetivo.

Tratando-se, porém, de nulidade absoluta, alerta a mesma doutrina ser desnecessária a demonstração do prejuízo, pois ele é presumido.

Os Tribunais Superiores, contudo, vêm assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela **relativa ou absoluta**, eis que “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas”.

2- Tema: Tribunal do Júri- Decisão manifestamente contrária à provas dos autos- Afastamento da qualificadora pelo Tribunal de origem

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.794.885 - SP (2019/0034986-8)

Ementa

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVAS DOS AUTOS. AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. PLEITO MINISTERIAL. NULIDADE. OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SÚMULA 568/STJ. RECURSO PROVIDO

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O Tribunal de Justiça, reconhecendo que a decisão dos jurados contrariou a prova dos autos, determina a realização de um novo julgamento (§ 3º, do art. 593). Não pode o Tribunal, portanto, ao apreciar a apelação, condenar ou absolver, ainda que parcialmente, sob pena de ferir o princípio da soberania do júri.

Essa conclusão deriva de garantia constitucional, mais precisamente, artigo 5º., inciso XXXVIII, alínea "c" (soberania dos veredictos no Tribunal do Júri).

O Tribunal de Justiça, em sede de recurso de apelação, ao modificar a opção feita pelos jurados, retirando as qualificadoras reconhecidas e redimensionando a pena aplicada, viola, obviamente, o dispositivo constitucional acima destacado.

DIREITO PENAL:

1-Tema: STJ - a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios na execução penal.

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 27/03/2019

Em sessão do plenário virtual ocorrida no período de 12/12/2018 a 18/12/2018, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de forma unânime, afetou dois recursos especiais para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 1.006) e, com base em jurisprudência consolidada na corte, fixou tese no sentido de que a unificação de penas não enseja a alteração da data-base para concessão de novos benefícios na execução penal.

Como a questão jurídica já estava pacificada nos colegiados de direito penal, a seção estabeleceu a tese na mesma assentada em que se decidiu pela submissão da matéria ao rito dos repetitivos. Assim, tanto a afetação quanto a fixação da tese foram decididas na mesma sessão virtual, representando maior celeridade e racionalidade aos trabalhos da corte

O procedimento, inédito no STJ, segue modelo já adotado no Supremo Tribunal Federal (STF): havendo jurisprudência consolidada, é possível a reafirmação do entendimento no mesmo prazo que o plenário virtual tem para decidir sobre a presença ou ausência de repercussão geral.

A Terceira Seção já havia consolidado o entendimento sobre a definição da data-base no caso da unificação de penas ao julgar o REsp 1.557.461, em março de 2018. Todavia, a fixação da tese no âmbito do sistema de recursos repetitivos permitirá maior segurança jurídica, estabilidade e coerência à jurisprudência do STJ, conforme estabelecido pelos artigos 926 e 927 do CPC/2015.

Os recursos especiais foram admitidos como representativos da controvérsia pelo primeiro vice-presidente do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) ante a identificação de posicionamentos conflitantes entre juízes e órgãos fracionários da Justiça paranaense. No STJ, o Ministério Público Federal opinou pela afetação dos recursos ao rito dos repetitivos, destacando que, embora a questão sobre a unificação de penas já tenha sido decidida pela Terceira Seção, o STJ ainda teria que se manifestar em diversos outros processos sobre o mesmo tema.

Aspectos práticos

O presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, destacou os reflexos práticos na gestão de processos em andamento nos juízos e tribunais do país em que discutida a mesma questão submetida à reafirmação de jurisprudência no plenário virtual da Terceira Seção.

O primeiro é o referente à divulgação qualificada da posição da corte sobre determinada questão jurídica, que passará a ser catalogada com uma numeração correspondente ao tema repetitivo e terá destaque em pesquisas de jurisprudência da corte. Por outro lado, ele ressaltou a possibilidade de resolução mais célere dos processos, pois juízes e tribunais deverão observar a tese fixada pelo STJ

nos casos em tramitação, e eventuais recursos especiais interpostos contra as decisões dos tribunais, em regra, não serão encaminhados ao STJ em atenção aos incisos I e II e do parágrafo 2º do artigo 1.030 do CPC.

O ministro Sanseverino destacou, por fim, o reflexo dessa metodologia de julgamento no desestímulo ao ajuizamento de novas demandas processuais, bem como a desistência daquelas em tramitação, tendo em vista ser fato notório que a ausência de critérios objetivos para a identificação de qual é a posição dos tribunais com relação a determinado tema incita a litigiosidade processual.

Título executivo

A relatoria dos recursos repetitivos coube ao ministro Rogério Schietti Cruz, que também foi o relator do REsp 1.557.461. Em um dos casos analisados sob o rito dos repetitivos, o Ministério Público do Paraná contestava acórdão do TJPR que afastou a data do trânsito em julgado da última condenação como marco para a concessão de novos benefícios e, por consequência, fixou como termo inicial a data da última prisão.

Segundo o MP, a data do último delito não poderia ser considerada como início da execução penal, tendo em vista que a sentença penal condenatória apenas se torna título executivo finalizado quando transitar definitivamente em julgado.

O ministro Schietti destacou que, antes da tese mais recente fixada pela seção, os colegiados de direito penal possuíam o entendimento pacificado de que, sobrevivendo condenação definitiva do apenado por fato anterior ou posterior ao início da execução penal, a contagem do prazo para concessão de benefícios era interrompida para a realização de novo cálculo. Além disso, as turmas entendiam que o marco para a concessão de futuros benefícios deveria ser a data do trânsito em julgado da última sentença condenatória.

Com base nos artigos 111 e 118 da Lei de Execução Penal, Schietti apontou que, diante da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, caso o somatório de pena obtido não permita a preservação do regime de cumprimento da pena, o novo regime será determinado por meio do resultado da soma e, conseqüentemente, o sentenciado estará sujeito à regressão.

Sem respaldo legal

No entanto, o relator explicou que a alteração da data-base para concessão de novos benefícios executórios, em razão da unificação das penas, não encontra embasamento legal. Segundo o ministro, a desconsideração do período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar – seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por delito praticado depois e já apontado como falta disciplinar grave – configura excesso de execução.

Além disso, de acordo com o relator, a alteração da data-base em razão da superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória, além de não ter embasamento legal, implica

conjuntura incongruente, “na qual o condenado que já havia progredido é forçado a cumprir lapso superior àquele em que permaneceu em regime mais gravoso para que novamente progrida”.

Efeitos

Segundo Schietti, caso o crime cometido no curso da execução penal tenha sido registrado como infração disciplinar, seus efeitos já terão repercutido no âmbito do cumprimento da pena, tendo em vista jurisprudência do STJ no sentido de que a prática de falta grave interrompe a data-base para concessão de novos benefícios executórios, à exceção do livramento condicional, da comutação de penas e do indulto.

“É forçoso registrar que mesmo o delito cometido no curso da execução da pena, caso tenha sido registrado como infração disciplinar, já repercutiu seus efeitos, de modo que a superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória não representa, em verdade, novo evento, ou seja, também não poderia servir de parâmetro para análise do mérito do apenado”, concluiu o ministro ao fixar a tese repetitiva.

Leia o [acórdão](#).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Até há algum tempo, o STJ seguia a orientação ainda adotada pelo STF, segundo a qual, uma vez unificada a pena, não há sentido na manutenção do marco inicial para a concessão de futuros benefícios da execução, como a progressão de regime e o livramento condicional. Com isso, sobrevivendo condenação definitiva e unificadas as penas, interrompe-se a contagem de prazo para a concessão de benefícios:

“(…) 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se fixou no sentido de que “a superveniência de nova condenação definitiva no curso da execução criminal sempre altera a data-base para concessão de benefícios, ainda que o crime tenha sido cometido antes do início de cumprimento da pena. A data do trânsito em julgado da nova condenação é o termo inicial de contagem para concessão de benefícios, que passa a ser calculado a partir do somatório das penas que restam a ser cumpridas” (HC 101.023, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 26/3/2010). 3. In casu, o recorrente, em sede de execução da pena privativa de liberdade, sofreu nova condenação, a qual resultou na soma das penas com interrupção do lapso temporal para contagem do prazo para aquisição de benefícios, dentre eles a progressão de regime. (...)” (RHC 135.826 AgR/MG, j. 26/05/2017)

Embora não haja previsão legal expressa a respeito da interrupção do prazo, o STF considera que a interpretação conjunta dos artigos 111, parágrafo único e 118, inc. II, da LEP leva à conclusão de que reiniciar a contagem é a solução mais adequada. Nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski, “se a legislação prevê a possibilidade de regressão de regime, quando a unificação das penas resultar na necessidade de sua alteração, resta evidente que a data-base também deve ser alterada, uma vez que seria ilógico regredir o regime do sentenciado sem se alterar o termo inicial para concessão de

benefícios, pois chegar-se-ia à situação absurda de, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de regressão em razão de condenação superveniente, esta não surtiria efeito pelo fato de o preso já ter direito à progressão” (HC 101.023/RS).

Ocorre que, no julgamento do recurso especial 1.557.461/SC, proferido em 22 de fevereiro de 2018, a Terceira Seção do STJ firmou orientação divergente, que contraria inclusive o que vinham decidindo ambas as turmas que compõem aquele colegiado.

O fundamento primário para a mudança de orientação foi a ausência de disposição legal que determine a interrupção do prazo.

Segundo observou o ministro Rogério Schietti Cruz, impor a interrupção do prazo para a concessão de benefícios ofende a legalidade e pode levar a situações de injustiça. Ofende-se a legalidade porque, como já destacado, a Lei de Execução Penal não contempla a interrupção, e inferir que a contagem de tempo para benefícios é consectário puro e simples da regressão não é razoável. Além disso, apontou o ministro, há situações em que o condenado pode ser prejudicado duas vezes, como no caso em que o crime cuja condenação gerou a unificação das penas tenha sido cometido durante a própria execução.

Com efeito, a prática de crime doloso durante a execução caracteriza falta grave, que, nos termos da súmula 534 do STJ, interrompe o prazo para a progressão de regime. E, segundo a orientação do próprio STJ, basta, para isso, a notícia da prática do crime, dispensando-se que se aguarde o trânsito em julgado. Logo, o condenado que praticasse crime doloso durante a execução poderia ter o prazo de progressão interrompido no momento da prática do crime e também depois, quando a pena decorrente desse novo crime fosse unificada com o restante da pena que já estava sendo cumprida. Haveria, portanto, indevido bis in idem.

Também se considerou o fato de que a unificação decorrente de crime cometido anteriormente à execução penal em curso tem ainda menos razão para interromper o prazo para a concessão de benefícios, pois se trata de fato que não tem nenhuma relação com o período em que o condenado se submetia à execução da pena, cujos benefícios são regidos sobretudo pelo princípio do merecimento. Se o agente não praticou o fato criminoso enquanto cumpria a pena, não há razão para que a nova condenação prejudique a avaliação de seu merecimento para obter benefícios.

Concluiu-se o julgamento com destaque para o fato de “que a unificação de nova condenação definitiva já possui o condão de recrudescer o quantum de pena restante a ser cumprido pelo reeducando; logo, a alteração da data-base para concessão de novos benefícios, a despeito da ausência de previsão legal, configura excesso de execução, com base apenas em argumentos extrajurídicos. O período de cumprimento de pena desde a última prisão ou desde a última infração disciplinar não pode ser desconsiderado, seja por delito ocorrido antes do início da execução da pena, seja por crime praticado depois e já apontado como falta grave”.

2-Tema: Dosimetria da pena. Condenação anterior transitada em julgado. Personalidade do Agente. Valoração negativa. Fundamentação inidônea.

INFORMATIVO 643 STJ - SEXTA TURMA

A existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

Inicialmente, cumpre salientar que o legislador estabeleceu, no caput do art. 59 do Código Penal, oito vetores a serem considerados na primeira fase de aplicação da reprimenda, quais sejam: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias; as consequências do crime e o comportamento da vítima. O objetivo foi prever circunstâncias diversas e com regramentos próprios a serem valoradas pelo julgador – na mesma fase de dosimetria – de acordo com a situação fática posta em análise. Referidos vetores, portanto, não se confundem. A consideração desfavorável da personalidade do agente, nesse sentido, deve ser aferida a partir do seu modo de agir, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Nesses termos, a Sexta Turma, em recente julgado – cuja *ratio decidendi* é perfeitamente aplicável no presente caso –, considerou que "a valoração negativa da vetorial conduta social com base em condenações definitivas por fatos anteriores é ilegal, pois estas se prestariam ao sopesamento negativo da circunstância judicial relativa aos antecedentes" (HC 457.039/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 07/11/2018). Vê-se, pois, que não há justificativa para se aplicar o referido entendimento para o vetor da conduta social e desprezá-lo no que tange à personalidade, haja vista que, reitera-se, a razão de decidir é a mesma. No mesmo sentido, a Quinta Turma deste Tribunal Superior consolidou o entendimento de que "condenações transitadas em julgado não constituem fundamento idôneo para análise desfavorável da personalidade ou da conduta social do agente". Ademais, corroborando com a tese ora defendida, o legislador conferiu ao julgador maior discricionariedade – mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais – ao não prever, no art. 59 do Código Penal, um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. De fato, cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto. Nessa perspectiva, com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do Réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), já que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda.

PROCESSO: HC 472.654-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, por unanimidade, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A vida do agente, anterior ao crime, deve ser considerada pelo magistrado na fixação da pena. Na fase do art. 59 do CP, destaca-se a circunstância judicial “antecedentes do agente”, que podem ser bons ou maus.

O conceito de maus antecedentes abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes (STJ – HC 185.894/MG – Sexta Turma – Nefi Cordeiro – Dje 05/02/2016).

O mesmo artigo (59 do CP) anuncia a circunstância judicial “personalidade do agente”. Por esse ângulo, a investigação da personalidade do agente responde à averiguação de sua índole, seu perfil moral e psicológico, que determinam ou influenciam seu comportamento social. Cuida-se, em suma, do retrato psíquico do delinquente.

De maneira precisa, pontuou o Superior Tribunal de Justiça que: *“A circunstância judicial referente à ‘personalidade do agente’ não pode ser valorada de forma imprecisa ou objetivamente desamparada porquanto, através de considerações vagas e insuscetíveis de controle, a sua utilização acarretaria a ampla e inadequada incidência do Direito Penal do Autor.”*

Nucci elenca algumas características que são aferidas quando da apreciação da individualidade consciente, tais como: agressividade, preguiça, frieza emocional, emotividade, passividade, maldade, bondade (NUCCI, 2006, p. 231).

De forma copiosa, vem decidindo o STJ que a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base como personalidade voltada para o crime.

3-Tema: Associação para o tráfico de drogas- Livramento condicional

STJ- HC 467.215/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) DA PENA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência desta Corte Superior entende que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35, caput, da Lei n. 11.343/06) não é considerado hediondo ou equiparado, por não constar no rol dos arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.072/90.

III - Em razão do Princípio da Especialidade, para a concessão do livramento condicional ao delito de associação para o tráfico, exige-se o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, requisito objetivo previsto no parágrafo único do art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 44 da Lei de Drogas prevê consequências típicas de um crime hediondo (aliás, até mais rigorosas) para os delitos previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 da Lei.

Por conta desta peculiar maneira de redigir a norma restritiva, temos doutrina ensinando que passam a ser equiparados a hediondo não apenas o tráfico de drogas e maquinários (arts. 33, caput, § 1º, 34 e 36), mas todos os demais tipos incriminadores referidos no art. 44, incluindo, portanto, a associação para o tráfico (art. 35).

A jurisprudência dos Tribunais Superiores discorda. A equiparação a crime hediondo tem gênese constitucional, não podendo o legislador ordinário suplantar o rol taxativo apresentado pelo constituinte.

Em suma, apesar de sofrer praticamente todos os consectários de um crime hediondo (salvo as restrições da progressão), não podem ser a ele equiparado os delitos dos arts. 34, 35 e 37, pois neles não ocorre tráfico de drogas propriamente dito (ficando abrangidos somente os arts. 33, caput, § 1º e 36).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

26 de março de 2019

1- Negados HCs de acusados de integrarem organização criminosa especializada em roubo de cargas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- 2ª Turma restabelece sentença que rejeitou submissão de acusados ao Tribunal do Júri

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

27 de março de 2019

3- Mantida prisão de acusado de matar duas pessoas em atropelamento ocorrido em rodovia de SP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

27 de março de 2019

4- Mantido novo júri para acusado de ordenar assassinato de juiz de Mato Grosso

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 042

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

AVISO DO CAOCRIM

O Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCrim - realizará, no dia 25 de abril, de 2019, às 11h00, através do Skype, debate sobre a “**Atualização Legislativa**”. Os integrantes do CAOCrim irão comentar sobre as últimas Leis que alteraram o Código Penal, Código de Processo Penal e importantes leis esparsas, como a **Lei dos Crimes Hediondos**, a **Lei de Execução Penal**, **Lei Maria da Penha**, **Código Brasileiro de Trânsito**, dentre outras. Os Servidores, Analistas Jurídicos e Promotoras e Promotores de Justiça Criminais irão debater os principais aspectos e reflexos dessas alterações. São muitas implicações e dúvidas. Não perca a oportunidade. Confira no seu e-mail institucional o link de acesso ao Skype.

1-) LEI n° 13.769/2019: alterou as Leis: **a)** Código de Processo Penal; **b)** Lei n^{os} 7.210/1984 (Lei de Execução Penal); **c)** e a Lei n° 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos). Estabeleceu a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação; **2) LEI n° 13.771/18:** Alterou a pena do crime de feminicídio: artigo 121, § 7°, incisos II, III e IV, do Código Penal. **3) LEI n° 13.772/2018:** Alterou a Lei n° 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), e acrescentou novo tipo penal ao Código Penal, para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar; e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. **4) LEI n° 13.804/19:** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao contrabando, ao descaminho, ao furto, ao roubo e à receptação. Alterou as Leis n^{os} 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e 6.437, de 20 de agosto de 1977.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: A restrição de direitos como condição do “sursis”

O Código Penal, em seu artigo 68, adotou o sistema trifásico (ou Néelson Hungria) para o cálculo da pena privativa de liberdade. Assim, sobre a pena cominada:

1) na primeira fase, estabelece-se a pena-base atendendo às circunstâncias judiciais trazidas pelo artigo 59 do CP: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

2) na segunda fase, sobre a pena-base incidirão eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61, 62, 65 e 66);

3) na terceira fase, encerrando o quantum da reprimenda, serão consideradas as causas de diminuição e aumento de pena previstas tanto na Parte Geral como na Especial do Código.

Estabelecido o quantum da pena, o juiz impõe o regime de cumprimento adequado e, em seguida, há três opções: **a)** executa-se a pena privativa de liberdade aplicada; **b)** substitui-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **c)** suspende-se condicionalmente a execução da pena.

Para atender sobretudo aos propósitos de recuperação e ressocialização, que no mais das vezes podem ser alcançados por meio de medidas alternativas, a tendência tem sido evitar as penas privativas de liberdade, reservadas a crimes de maior gravidade e a condenados que de antemão sinalizem pouca disposição para se adequar a medidas que demandam autodisciplina e senso de responsabilidade.

A alternativa preferencial à pena privativa de liberdade é a restrição de direitos, que tem caráter substitutivo e autônomo, pois necessariamente substitui a privação de liberdade (o juiz não pode aplicá-la diretamente) e não pode ser cumulada com ela. A restrição de direitos pode consistir em: **a)** prestação pecuniária; **b)** perda de bens e valores; **c)** limitação de fim de semana; **d)** prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; **e)** interdição temporária de direitos; **f)** limitação de fim de semana.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se submete a determinados requisitos, estabelecidos no art. 44 do CP: **a)** a pena privativa não pode ser superior a quatro anos (a não ser em crimes culposos, em que a quantidade da pena é irrelevante); **b)** o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça contra a pessoa; **c)** o réu não pode ser reincidente em crime doloso (a não ser que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime); **d)** a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias devem indicar a suficiência da substituição.

Outra medida que evita a privação de liberdade é a suspensão condicional da pena (sursis), instituto que susta, por um tempo certo (período de prova), a execução da pena, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições.

A suspensão condicional da pena é guiada por requisitos específicos elencados no art. 77 do CP: **a)** a pena não pode ser superior a dois anos (sursis simples) ou a quatro anos (sursis etário ou humanitário – art. 77, § 2º, CP); **b)** o condenado não pode ser reincidente em crime doloso (a condenação anterior a pena de multa não obsta a suspensão); **c)** a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias devem autorizar a concessão do

¹. Ou em leis de caráter especial, como a Lei dos Crimes Ambientais, no art. 16: “Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos”.

benefício; **d)** não seja indicada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Como se trata de suspensão condicional da pena, é natural e obrigatório que, ao concedê-la, o juiz estabeleça as condições às quais deverá o condenado se submeter durante o período de prova.

Segundo o caput do art. 78 do CP, o condenado fica sujeito às condições estabelecidas pelo juiz, sendo que, no primeiro ano da suspensão, deve prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana (§ 1º). Caso o condenado tenha reparado o dano (ressalvada a impossibilidade de fazê-lo) e as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) lhe sejam inteiramente favoráveis, o juiz pode substituir as mencionadas condições por proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz e obrigação de comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (§ 2º - sursis especial).

Como se pode notar, uma das condições para a suspensão condicional da pena é a prestação de serviços à comunidade, que também é elencada entre as penas restritivas de direitos e que pode ser aplicada nas condenações superiores a seis meses de privação de liberdade. O § 1º do art. 78 faz inclusive referência ao art. 46, que disciplina a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas.

Diante disso, indaga-se: qual a natureza da prestação de serviços de que trata o art. 78? Deve ser encarada exclusivamente como condição do “sursis” ou carrega a característica da pena autônoma e substitutiva da privação de liberdade?

Trata-se, sem a menor dúvida, única e exclusivamente de condição para a suspensão da pena, que de nenhuma forma se pode confundir a pena restritiva de direitos de que trata o art. 46.

Não obstante, temos visto decisões em que a condição obrigatória da suspensão condicional da pena tem sido afastada porque a pena privativa de liberdade aplicada não supera os seis meses. Vejamos, a título de exemplo, os seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“2. Conforme a dicção do art. 79 do CP, na hipótese do “sursis” simples, admite-se que o Julgador estabeleça outras condições às quais a suspensão condicional da pena ficará subordinada, desde que adequadas ao caso concreto, além das legalmente previstas, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. 3. No caso, a pena corporal foi estabelecida em 3 meses de detenção, o que afasta a possibilidade de prestação de serviços à comunidade, pois tal medida somente é aplicável às condenações superiores a 6 meses, a teor do art. 46 do CP. 4. Malgrado não tenha ocorrido a aplicação cumulativa das condições correspondentes ao sursis simples e ao sursis especial, deve ser estabelecida como condição legal e obrigatória da benesse a limitação de final de semana (CP, art. 48), no primeiro ano do prazo, ficando mantido o comparecimento mensal em juízo e a proibição de se ausentar da comarca, por serem tais medidas adequadas ao fato concreto e à situação do réu, conforme o autorizado pelo art. 79 do CP. 5. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para substituir a condição legal correspondente à prestação de

serviços à comunidade pela limitação de final de semana, ficando mantidas as demais condições do “sursis” estabelecidas na sentença condenatória” (STJ: HC 440.286/RS, j. 12/6/2018).

“(…) Ocorre que a pena fixada é inferior a seis meses de detenção, o que não autoriza exigir do sentenciado o cumprimento da condição do § 1º do artigo 78 do Código Penal (prestação de serviços à comunidade), vez que o próprio texto legal condiciona essa concessão ao quanto previsto no artigo 46, de referido ordenamento, que por sua vez somente autoriza essa fixação quando a pena for superior a seis meses, vetando, portanto, sua aplicação a pena inferior a esse montante, como aqui verificado (...)” (TJSP: Apelação Criminal 0000816-32.2017.8.26.0213, j. 25/3/2019).

Esta solução, no entanto, é equivocada, pois confunde institutos, impõe ao “sursis” um requisito inexistente e acaba afastando uma de suas condições fundamentais.

Na redação dada ao art. 46 do CP pela Lei 7.209/84 (que reformulou toda a Parte Geral do Código Penal), não havia nenhuma menção à pena mínima aplicada para que o juiz pudesse promover a substituição. Tratava-se tão somente de definir que a pena consistia em “atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a entidades assistências, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais”. É a esta redação que se refere o art. 78, § 1º, do CP. O legislador de 1984 mencionou, nas condições do “sursis”, a prestação de serviços e, para não se repetir, remeteu-se a seu conceito (não a requisitos) no art. 46.

Em 1998, a Lei 9.714 promoveu relevantes mudanças no sistema das penas restritivas de direitos e, modificando a redação do art. 46, impôs o mínimo de seis meses de pena aplicada para que o juiz efetue a substituição. Segundo Guilherme de Souza Nucci, “provavelmente para incentivar o magistrado a aplicar outras modalidades de restrição de direitos, como a prestação pecuniária ou a perda de bens e valores, bem como para facilitar a fiscalização e o cumprimento. Afinal, é dificultosa a mobilização para cumprir apenas um ou dois meses de prestação de serviços, escolhendo o local, intimando-se o condenado e obtendo-se resposta da entidade a tempo de, se for o caso, reverter a pena em caso de desatendimento” (*Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2009, p.352).

Ora, esta justificativa não se aplica à prestação de serviços à comunidade imposta como condição do sursis, pois o serviço deve ser prestado durante todo o primeiro ano da suspensão, o que afasta qualquer inviabilidade que pudesse decorrer de um período de tempo mais curto.

Por fim, devemos nos atentar para o texto literal do art. 78, § 1º, do CP, segundo o qual deverá o condenado prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana. Não se trata de opção, mas de imposição legal para que a pena seja suspensa. E esta imposição, como se extrai do próprio dispositivo citado, não contém em si mesma nenhuma condição relativa à quantidade da pena imposta. Por isso, a prestação de serviços à comunidade como condição do “sursis” deve ser imposta simplesmente em virtude da concessão da suspensão, ainda que a pena privativa de liberdade tenha sido fixada abaixo dos seis meses, pois as regras específicas das penas restritivas de direitos não se aplicam a esta situação.

Para espancar qualquer dúvida de que a prestação no “sursis” não é pena, mas condição, basta recordar que seu descumprimento acarreta a revogação do benefício, sem direito à detração na pena privativa do tempo de prestação cumprida.

2-Tema: INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SEQUESTRO DE BENS DOS DENUNCIADOS - APELAÇÃO

TJ-SP - APL: 00019442920178260491 SP 0001944-29.2017.8.26.0491, Relator: Luis Soares de Mello, Data de Julgamento: 11/09/2018, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 13/09/2018

Ementa

Recebimento e ocultação de valores provenientes de infração penal consistente em tráfico de drogas (art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98). Apelação criminal ministerial. Pretendida medida assecuratória de sequestro de bens provenientes de tráfico de drogas (art. 60 da Lei nº 11.343/06). Bloqueio e sequestro judicial de valores necessários. Índícios sólidos, documentais e investigativos, de origem ilícita dos valores. Comprovação da legitimidade que compete à acusada (art. 60, § 1º da Lei de Drogas). Apelo provido, com determinação.

Inteiro [teor](#) do acórdão

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo de apelação interposta pela **Dra. Maria Julia Camara Facchin Galati**, que buscou plenitude ao processo penal ao insistir no sequestro de bens.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tribunal do júri: pronúncia e princípio do “in dubio pro societate” -

INFORMATIVO 935 DO STF - SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma, com base no art. 21, § 1º (1), do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), negou seguimento a recurso extraordinário interposto em face de acórdão que pronunciou acusados da prática de homicídio doloso. Entretanto, por maioria, concedeu, de ofício, a ordem de habeas corpus para restabelecer sentença de impronúncia anteriormente proferida por magistrado de primeiro grau.

Os recorrentes foram denunciados pela suposta prática do delito previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal (CP). Após o regular trâmite da instrução, eles foram impronunciados pelo juízo de primeiro grau, nos termos do art. 414 (2) do Código de Processo Penal (CPP). O Ministério Público interpôs apelação, que foi provida, com fundamento no princípio do *in dubio pro societate*, para que eles fossem pronunciados.

A Turma afirmou que a reconstrução dos fatos passados configura ponto fundamental do processo penal, considerada a sua função de verificar a acusação imputada, a partir do lastro probatório produzido nos autos. Contudo, o momento da valoração na formação da decisão judicial carece de maior atenção da doutrina e da jurisprudência.

Nesse sentido, surge a necessidade de adoção de uma teoria racionalista da prova, em que, embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deva ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, passíveis de controle em âmbito recursal ordinário. Assim, a valoração racional da prova impõe-se constitucionalmente, a partir do direito à prova [Constituição Federal (CF), art. 5º, LV] (3) e do dever de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX) (4).

No acórdão recorrido, o tribunal de justiça consignou que a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de piso trouxe argumentos plausíveis para a absolvição dos apelados, mas também para a existência de outros elementos que apontavam para a culpabilidade dos réus. Assim, foi reconhecida a existência de situação de dúvida.

Apesar disso, constatou-se certa preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados no cometimento do delito, assim como alguns elementos incriminatórios de menor força probatória. Mesmo assim, o tribunal optou por alterar a decisão de primeiro grau e pronunciar os imputados.

Considerando tal narrativa, percebe-se a lógica confusa e equivocada ocasionada pelo suposto princípio *in dubio pro societate*, que, além de não ter qualquer amparo constitucional ou legal, acarreta o completo desvirtuamento das premissas racionais de valoração da prova e desvirtua o sistema bifásico do procedimento do júri brasileiro, a esvaziar a função da decisão de pronúncia.

A questão em debate deve ser resolvida a partir da teoria da prova no processo penal, em uma vertente cognitivista, a qual dispõe de critérios racionais para valoração da prova e standards probatórios a serem atendidos para legitimação da decisão judicial sobre fatos.

É certo que, para a pronúncia, não se exige certeza além da dúvida razoável, diferentemente do que necessário para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado a julgamento pelo tribunal do júri pressupõe a existência de lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória, ou seja, requer-se um standard probatório um pouco inferior, mas, ainda assim, dependente da preponderância de provas incriminatórias.

No caso em comento, conforme reconhecido pelo juízo de primeiro grau e também em conformidade com os argumentos aportados pelo tribunal, verifica-se a existência de preponderância de provas no sentido da não participação dos imputados nas agressões que ocasionaram o falecimento da vítima.

Ainda que se considerem os elementos indicados para justificar a pronúncia em segundo grau e se reconheça a existência de estado de dúvida diante de lastro probatório que contenha elementos incriminatórios e absolutórios, igualmente a impronúncia se impõe. Isso porque, se houver dúvida

sobre a preponderância de provas, deve ser aplicado o *in dubio pro reo*: CF, art. 5º, LVII (5); Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 8.2 (6); e CP arts. 413 e 414 (7).

De todo modo, a adoção do sistema bifásico no procedimento do júri busca estabelecer um mecanismo de verificação dos fatos imputados criminalmente pela acusação. Um julgador togado, técnico e com conhecimentos em direito analisa a acusação e as provas produzidas, para determinar se há base mínima para autorizar o juízo pelos jurados leigos. Ou seja, a legislação reconhece que o julgamento leigo, ainda que represente uma abertura para o exercício democrático e a manifestação do povo na justiça criminal, ocasiona riscos em razão da falta de conhecimentos jurídicos e da ausência do dever de motivação do veredicto.

Diante disso, criam-se mecanismos para reduzir os riscos de arbitrariedades. Um deles é a necessidade da análise prévia do caso por um juiz togado, que condiciona o envio do processo ao tribunal do júri.

A sistemática descrita não implica violação ao princípio da soberania dos veredictos (CF, art. 5º, XXXVIII, c). Ainda que a Constituição preveja a existência do tribunal do júri e busque assegurar a efetividade de suas decisões, 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.

Por fim, o colegiado registrou que a decisão de impronúncia não impede o oferecimento de nova denúncia, se surgirem novas provas (CPP, art. 414, parágrafo único).

Vencidos os ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia, tão somente em relação à concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. Ambos entenderam que o acórdão recorrido reconheceu haver a presença de acervo probatório mínimo a levar o processo para a apreciação do tribunal do júri, a incidir o princípio *in dubio pro societate* (ARE 1067392/CE, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26.3.2019).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A influência do “*in dubio pro societate*” na fase de pronúncia vinha sendo observado pelos Tribunais Superiores, sem contestação. O Superior Tribunal de Justiça decide reiteradamente que o juízo a ser feito nesta fase dispensa a prova robusta, reservando-se a resolução de eventuais dúvidas aos jurados:

“1. A decisão de pronúncia encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, satisfazendo-se, tão somente, pelo exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria. A pronúncia não demanda juízo de certeza necessário à sentença condenatória, uma vez que as eventuais dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se em favor da sociedade – *in dubio pro societate*. 2. Além disso, a jurisprudência do STJ é no sentido de que constitui usurpação da competência do Conselho de Sentença a desclassificação do delito operado pelo Juízo togado, na hipótese em que não há provas estreme de dúvidas sobre a ausência de *animus necandi*. Precedentes” (AgRg no AREsp 1.276.888/RS, j. 19/3/2019).

“1. A etapa atinente à pronúncia é regida pelo princípio *in dubio pro societate* e, por via de consequência, estando presentes indícios de materialidade e autoria do delito – no caso, homicídio tentado – o feito deve ser submetido ao Tribunal do Júri, sob pena de usurpação de competência. 2. Ordem denegada” (HC 471.414/PE, j. 6/12/2018).

Também no STF as decisões no geral atribuem ao *in dubio pro societate* a função de remeter a apreciação profunda da prova ao Tribunal do Júri:

“O acórdão recorrido se encontra consentâneo com o entendimento desta Corte, no sentido de que na sentença de pronúncia deve prevalecer o princípio *in dubio pro societate*, não existindo nesse ato qualquer ofensa ao princípio da presunção de inocência, porquanto tem por objetivo a garantia da competência constitucional do Tribunal do Júri” (ARE 986.566 AgR/SE, j. 21/8/2017).

“O princípio do *in dubio pro societate*, insculpido no art. 413 do Código de Processo Penal, que disciplina a sentença de pronúncia, não confronta com o princípio da presunção de inocência, máxime em razão de a referida decisão preceder o *judicium causae*. Precedentes: ARE 788288 AgR/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 24/2/2014, o RE 540.999/SP, Rel. Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe 20/6/2008, HC 113.156/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 29/5/2013” (ARE 788.457 AgR/SP, j. 13/5/2014).

Embora não se trate de princípio explícito, o “*in dubio pro societate*” decorre da própria formulação dos requisitos mínimos para a pronúncia. O art. 413 do CPP estabelece, afinal, que o juiz pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. Se é possível se contentar com a existência de indícios suficientes – e não de prova razoável – da autoria, é óbvio que esta fórmula traz consigo a possibilidade de que haja uma parcela razoável de dúvida que, não obstante, é incapaz de impedir o prosseguimento do processo para julgamento pelo órgão competente, que é o Tribunal do Júri. Se nesta fase preponderasse o *in dubio pro reo*, a pronúncia jamais poderia se fundamentar em indícios suficientes da autoria; o texto legal deveria fazer referência à existência de prova da autoria.

É, ademais, perigoso opor um óbice dessa magnitude já no juízo de instrução preliminar, estruturado apenas para garantir que o crime de fato ocorreu e de que há elementos mínimos sobre a autoria. Não se pode exigir, neste momento, que a prova existente esteja além da dúvida razoável, pois isso traria à fase de instrução preliminar um peso que jamais lhe foi conferido historicamente. É bom lembrar, além disso, que prova da materialidade e indícios de autoria são os mesmos requisitos para o próprio oferecimento da denúncia, momento em que também não vigora o *in dubio pro reo*, servindo a primeira fase do procedimento do júri para confirmar, agora sob o manto da ampla defesa e do contraditório – com maior segurança, portanto –, os elementos mínimos angariados na investigação.

Não fosse bastante, o “*in dubio pro societate*” privilegia (assegurando) um princípio fundamental do júri: a soberania dos veredictos. Por ele, somente os jurados podem decidir pela procedência ou não da imputação. Na precisa lição de José Frederico Marques, a soberania deve ser entendida como a “impossibilidade de os juízes togados se substituírem aos jurados na decisão da causa”.

Normalmente, invoca-se a soberania dos veredictos diante de questões relativas ao mérito, como no caso do julgamento de recursos. É graças à soberania que a apelação contra o julgamento pelos jurados tem fundamentação vinculada, só pode ser interposta nas situações permitidas no art. 593, inc. III, alíneas a, b, c e d, do CPP. Ao contrário do que ocorre em outros casos, na apelação do júri o tribunal jamais poderá reapreciar o mérito e modificar a conclusão a que chegou o Conselho de Sentença porque, por exemplo, não havia provas suficientes para a condenação. Mas a soberania dos veredictos não se limita a garantir a integridade do julgamento já realizado, senão que se aplica também em perspectiva, ou seja, deve ser observada para garantir o julgamento pelo juiz natural dos crimes contra a vida. Quando profere a sentença no encerramento do juízo preliminar do procedimento do júri, o juiz deve ter em perspectiva a soberania dos veredictos para não usurpar a competência dos jurados. Daí porque o “in dubio pro societate” funciona como uma garantia daquele princípio, porque obriga que se remeta ao órgão com competência constitucional a apreciação da autoria do fato, ainda que sobre isso parem certas dúvidas.

Pode ser que no caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal não houvesse mesmo indícios mínimos de autoria que pudessem autorizar o julgamento pelo júri. Isto é uma questão de apreciação de provas que, como já dissemos, pode dar azo a conclusões diversas. Mas não se pode concordar com a exclusão a priori da solução que, frente à dúvida, prefere o julgamento pelo órgão competente segundo a Constituição Federal.

2- Tema: Crime de natureza permanente- Mandado de busca e apreensão

STJ- RHC 106.970/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA ORDEM JUDICIAL AUTORIZANDO O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. FUNDADA SUSPEITA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CONSTRIÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA.

CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO DESPROVIDO.

1. Por se tratar de flagrante de crime permanente, afigura-se dispensável o mandado judicial de busca e apreensão, podendo a autoridade policial realizar a prisão do agente, ainda que em seu domicílio e sem seu consentimento, quando a conduta flagrantial estiver precedida de fundada suspeita.

2. No caso, após tocar a campainha, os policiais observaram a recorrente correndo ao fundo do imóvel e dispensando o material ilícito, o que caracterizou a fundada suspeita, legitimando a entrada na residência.

3. Não há constrangimento quando a manutenção da custódia preventiva está fundada no art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente na necessidade de se acautelar a ordem pública, diante das circunstâncias em que ocorrido o delito.
4. A grande quantidade de entorpecente localizada em poder da recorrente é fator que, somado à apreensão de petrechos comumente utilizados no preparo dos estupefacientes (balança de precisão, microtubos de *ependorfs* vazios e rolos plásticos), revelam maior envolvimento com a narcotraficância, mostrando que a manutenção da prisão preventiva encontra-se justificada e é necessária para preservar a ordem pública e, conseqüentemente, acautelar o meio social.
5. Condições pessoais favoráveis, sequer demonstradas no caso, não têm, em princípio, o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.
6. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.
7. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O tráfico ilícito de drogas é crime permanente, o que enseja o prolongamento no tempo da flagrância delitiva, enquanto durar a permanência. Nesse caso, não há se falar em ilegalidade da prisão em flagrante por violação de domicílio, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XI, autoriza a entrada da autoridade policial, seja durante o dia, seja durante a noite, independente da expedição de mandado judicial.

Aliás, no julgamento do HC n. 423838-SP, no qual foi relator o Ministro Sebastião Reis Júnior (DJe de 18.12.2017), o STJ reconheceu a legalidade de diligência de busca domiciliar efetuada por policiais, após sentirem cheiro de maconha advindo do interior de um imóvel. Esse dado, somado ao nervosismo demonstrado pelo agente, revelou-se apto a configurar as fundadas razões a que alude o legislador, prescindindo, bem por isso, da prévia expedição de ordem judicial para que a diligência fosse realizada e, mais adiante, considerada lícita. Destacou o Ministro que "em se tratando de crimes permanentes, é despicienda a expedição de mandado de busca e apreensão, sendo permitido à autoridade policial ingressar no interior de domicílio em decorrência do estado de flagrância, não estando caracterizada a ilicitude da prova obtida [...] Ainda que assim não fosse, vê-se dos autos que na residência do paciente foram encontradas, ainda, diversas embalagens vazias de drogas, bem como anotações e contabilidade do tráfico".

DIREITO PENAL:

1-Tema: Furto praticado em estabelecimento comercial - Majorante do repouso noturno

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.282 - SP

PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE REPOUSO NOTURNO. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM:

De acordo com Damásio de Jesus:

“Repouso noturno é o período em que, à noite, pessoas se recolhem para descansar. Enquanto na violação de domicílio o CP se refere à qualificadora do fato cometido ‘à noite’, no furto menciona a circunstância de o fato ser praticado durante o período de repouso noturno. Não há critério fixo para a conceituação dessa qualificadora. Depende do caso concreto, a ser decidido pelo juiz. Assim, a qualificadora varia no espaço. Ninguém dirá que foi praticado durante o período de repouso noturno furto realizado às 21 horas no centro de São Paulo. Entretanto, ocorrerá essa qualificadora numa fazenda do interior, uma vez que é comum nesses lugares o recolhimento das pessoas, para o repouso, ainda bem cedo.”².

Em síntese, o critério para definir repouso noturno é variável, não se identificando com a noite, mas sim com o tempo em que a cidade ou local costumeiramente recolhe-se para o repouso diário.

Existe corrente no sentido de que a incidência da majorante depende:

- a)** crime cometido em local de moradia (não necessariamente imóvel, podendo, por exemplo, ser um trailer);
- b)** o local da moradia deve estar habitado e com seus moradores efetivamente repousando

O STJ, contudo, discorda, reconhecendo a incidência da majorante:

- a)** em furtos praticados em imóveis ou estabelecimentos comerciais (REsp. 1.193.074/MG, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15/03/2013);

². Direito Penal, v. 2, p. 314.

b) o local pode estar ocasionalmente desabitado, dispensando moradores efetivamente repousando.

Por fim, ressalte-se que o STJ decidiu ser possível a aplicação da majorante também no furto qualificado, pois não há incompatibilidade entre esta circunstância e aquelas que qualificam o delito, nem há prejuízo para a dosimetria da pena, tendo em vista que o juiz parte da pena-base relativa à forma qualificada e faz incidir o aumento de um terço na terceira fase de aplicação. Além disso, não se justifica a imposição de óbice porque, lançando mão de critério de interpretação semelhante, o tribunal firmou o entendimento de que é possível aplicar sobre o furto qualificado o privilégio do § 2º do art. 155. O **STF** também já decidiu no mesmo sentido:

EMENTA Habeas corpus. Penal. Tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (CP, art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II). Condenação. Incidência da majorante do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) nas formas qualificadas do crime de furto (CP, art. 155, § 4º). Admissibilidade. Inexistência de vedação legal e de contradição lógica que possa obstar a convivência harmônica dos dois institutos quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Ordem denegada. 1. Não convence a tese de que a majorante do repouso noturno seria incompatível com a forma qualificada do furto, a considerar, para tanto, que sua inserção pelo legislador antes das qualificadoras (critério topográfico) teria sido feita com intenção de não submetê-la às modalidades qualificadas do tipo penal incriminador. 2. Se assim fosse, também estaria obstado, pela concepção topográfica do Código Penal, o reconhecimento do instituto do privilégio (CP, art. 155, § 2º) no furto qualificado (CP, art. 155, § 4º) -, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a compatibilidade desses dois institutos. 3. Inexistindo vedação legal e contradição lógica, nada obsta a convivência harmônica entre a causa de aumento de pena do repouso noturno (CP, art. 155, § 1º) e as qualificadoras do furto (CP, art. 155, § 4º) quando perfeitamente compatíveis com a situação fática. 4. Ordem denegada.

(HC 130952, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2017 PUBLIC 20-02-2017)

2-Tema: Violação de direito autoral - Identificação dos titulares do direito autoral- Não necessária

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.746.604 - SP

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTRAL. ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. AUTO DE APREENSÃO. IDENTIFICAÇÃO DOS TITULARES DO DIREITO AUTRAL. DESNECESSIDADE. RECURSO REPETITIVO E SÚMULA N. 574/STJ. RECURSO PROVIDO.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O STF indeferiu habeas corpus em que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo requeria, com base no princípio da adequação social, a declaração de atipicidade da conduta imputada a condenado como incurso nas penas do art. 184, § 2º, do CP. Sustentava-se que a referida conduta seria socialmente adequada, haja vista que a coletividade não recriminaria o vendedor de CDs e DVDs reproduzidos sem a autorização do titular do direito autoral, mas, ao contrário, estimularia a sua prática em virtude dos altos preços desses produtos, insuscetíveis de serem adquiridos por grande parte da população. De acordo com o Supremo, o fato de a sociedade tolerar a prática do delito em questão não implicaria dizer que o comportamento do paciente poderia ser considerado lícito. Salientou-se, ademais, que a violação de direito autoral e a comercialização de produtos “piratas” sempre foram objeto de fiscalização e repressão.

Afirmou-se que a conduta descrita nos autos causaria enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica e aos comerciantes regularmente estabelecidos (HC 115.986/ES, rel. Min. Luiz Fux, DJe 16/8/2013). No mesmo sentido temos decisões no STJ: HC 233.382/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 20/3/2013, que, aliás, sumulou a orientação (Súmula 502: Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas).

Quanto à forma de prova do crime, o STJ sumulou o entendimento de que se dispensa a realização de perícia sobre todo o material apreendido, bastando que seja feita por amostragem. E não é necessário que se identifiquem os titulares dos direitos autorais violados (súmula nº 574).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

01 de abril de 2019

1- Rejeitado recurso de investigado na Operação Águas Profundas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Inquérito contra deputado Zeca Dirceu (PT-PR) e ex-ministro José Dirceu será enviado à Justiça Eleitoral do PR

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

02 de abril de 2019

3- Liminar garante direito ao silêncio a engenheiros em depoimento na CPI sobre Brumadinho

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma substitui prisão de ex-chefe da Casa Civil do RJ por medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- 1ª Turma fixa regime aberto a condenado por dirigir sem habilitação em SP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Mantida decisão que determinou novo júri de brasileiro acusado de matar taxista em Portugal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

04 de abril de 2019

7- Ministro suspende decisão que determinou novo júri para apenas um dos crimes imputados ao réu

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

04 de abril de 2019

8- Ministro nega liminar a denunciada por lavagem de dinheiro na Operação Lama Asfáltica

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 043

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

AVISOS

1. Suponhamos que um indivíduo, depois de registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado, sem autorização do ofendido, posteriormente divulgue a cena. Nesse cenário, deve responder pelos crimes do art. 216-B e 218-C em concurso material, ou o delito mais grave absorve o menos grave, aplicando-se o princípio da consunção?

Esse tema será discutido com a classe pelo Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCrim -, **no dia 25 de abril, de 2019, às 11h00, através do Skype**. Na oportunidade, realizar-se-á um debate sobre a “**Atualização Legislativa**”. Os integrantes do CAOCrim irão comentar sobre as últimas Leis que alteraram o Código Penal, Código de Processo Penal e importantes leis esparsas, como a Lei dos Crimes Hediondos, a Lei de Execução Penal, Lei Maria da Penha, Código Brasileiro de Trânsito, dentre outras. Os Servidores, Analistas Jurídicos e Promotoras e Promotores de Justiça Criminais irão debater os principais aspectos e reflexos dessas alterações. São muitas implicações e dúvidas. Não perca a oportunidade. Confira no seu e-mail institucional o link de acesso ao Skype.

2. O CAOCrim quer registrar, ainda, já terem sido elaborados 167 acordos de não persecução penal nas Promotorias de Justiça Criminais do Estado. Carapicuíba, Avaré e Orlandia são as Comarcas que contam com o maior índice de acordos. Para além da racionalização do trabalho, tais Promotorias de Justiça Criminais cumprem a política criminal estabelecida na Resolução n° 181/2017 do CNMP, que, neste aspecto, também é coincidente com a política criminal do MPSP.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1- Tema: Aplicação ou não do prazo para intimação eletrônica ao Ministério Público

A intimação é o meio pelo qual é dada ciência ao interessado sobre determinado ato processual já praticado, como no caso do proferimento da sentença. A Lei 11.419/06, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e é de aplicação no processo penal (art. 1º, § 1º), estabelece a intimação por meio eletrônico, que substitui “qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal” (art. 4º, § 2º).

Considerando as peculiaridades da consulta processual eletrônica, o art. 5º da Lei 11.419/06 estabelece regras para marcar o momento em que se considera efetuada a intimação. Segundo as disposições de seu § 1º, a intimação é realizada no dia em que efetivada a consulta eletrônica, prorrogando-se para o primeiro dia útil seguinte caso realizada em finais de semana, feriados, etc. E, para evitar que a parte tente escapar da intimação omitindo-se em relação à consulta, o § 3º dispõe que deve ela ser feita em até dez dias corridos contados da data do envio da intimação. Caso assim não ocorra, considera-se a intimação automaticamente realizada na data do término do prazo.

Sob o argumento de que as disposições da Lei 11.419/06 não se aplicam ao Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul não conheceu de apelação interposta contra sentença absolutória por considerar intempestivo o recurso. Para aquele tribunal, como o Ministério Público tem a prerrogativa de intimação pessoal, o prazo deve ser contado a partir do dia do recebimento dos autos com vista, que, no caso, consiste no dia da entrega do arquivo eletrônico dos autos viabilizando a consulta da sentença. Como a abertura da vista havia sido promovida em 08/05/18 e a apelação foi interposta apenas em 22/05, considerou-se intempestivo o recurso.

Interposto recurso especial contra o acórdão, o STJ deu razão ao Ministério Público (RE 1.800.991/MS, j. 22/03/2019).

Segundo o tribunal, a Lei 11.419/06 se aplica também ao Parquet, pois suas disposições não contêm nenhuma ressalva a este respeito, e, diante disso, é preciso resguardar a igualdade entre as partes no decorrer do processo. Há inclusive precedentes do próprio tribunal neste sentido:

“Para a jurisprudência deste Superior Tribunal, a Lei n. 11.419/2006 não faz exceção ao Ministério Público, devendo-se, em atendimento à igualdade das partes no devido processo legal, aplicar a mesma regra dos §§ 1º e 3º, do art. 5º desta lei, ao órgão ministerial.” (AgRg no REsp n. 1762101/MS, j. 13/11/2018)

Por esta razão, não se pode considerar intempestiva a apelação no caso julgado porque, disponibilizados os autos para o Ministério Público no dia 9/5/2018, a intimação eletrônica se deu, automaticamente, no dia 19 do mesmo mês, razão pela qual o prazo recursal de cinco dias teve início no dia 21, sendo tempestiva a apelação interposta no dia seguinte.

2-Tema: Internação involuntária em clínica de recuperação e crime de cárcere privado

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP - Apelação : APL Apelação nº 0004585-89.2015.8.26.0125 SP

Ementa:

Sequestro e cárcere privado. Condenação dos responsáveis. Clínica médica. Prova oral firme. Ausência de documentação imprescindível. Desatendimento dos rigores da lei 10.216/2004. Manutenção de pacientes internados contra as próprias vontades e sem ordens judiciais correspondentes. Existência de verdadeiro sistema repressivo. Penas devidamente justificadas. Apelos desprovidos.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Apelação Criminal : APR 0099905-46.2012.8.13.0704 MG

Ementa:

PENAL - CÁRCERE PRIVADO - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONTINUIDADE DELITIVA - SETE CRIMES - AUMENTO EM 2/3 (DOIS TERÇOS) - RECURSO NÃO PROVIDO.

Uma vez comprovada a injustificada privação da liberdade das vítimas - pacientes internados involuntariamente em clínica de recuperação de dependentes de drogas - pela prova testemunhal e pela própria confissão do acusado, restaram provadas a materialidade e a autoria do crime de cárcere privado.

Doutrina e jurisprudência desenvolveram, com base na razoabilidade e na proporcionalidade, a ideia de que o quantum do aumento pela continuidade delitiva deve ser proporcional ao número de crimes, orientando no sentido de que no caso de dois crimes, o aumento deve ser de 1/6 (um sexto); de três crimes, 1/5 (um quinto); de quatro crimes, 1/4 (um quarto); e assim por diante.

Recurso não provido.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: O Supremo Tribunal Federal admite a realização de julgamento pelo Tribunal do Júri na pendência de recurso especial e de recurso extraordinário.

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL. EFEITO SUSPENSIVO. INEXISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DA AÇÃO PENAL DE ORIGEM.

1. A preclusão da pronúncia, dada a ausência de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária (recursos especial e extraordinário – art. 637 do CPP), coincide com o exaurimento da matéria em recursos inerentes ao procedimento do júri apreciados pelas instâncias ordinárias. A interposição de recursos especial ou extraordinário contra acórdão confirmatório da decisão de pronúncia não obstaculiza a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri. Precedente: HC 130.314/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, DJe 5.12.2016.

2. Nesse espectro, o acórdão atacado converge para jurisprudência desta Corte no sentido de que “o § 2º do artigo 584 do Código de Processo Penal, a revelar a eficácia suspensiva do recurso da pronúncia, diz respeito à impugnação direta, não alcançando a que se faça mediante recurso de natureza extraordinária – sabidamente desprovido, por força de lei, da citada eficácia” (RHC 86.468/PB, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 19.8.2008, DJe 20.2.2009).

3. A nulidade suscitada em sede de recurso especial pelo suposto vício de linguagem da decisão de pronúncia não restou evidenciada, mesmo após recursos interpostos perante a Corte Superior.

4. Agravo regimental conhecido e não provido.

(HC 118357 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 16/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO DO CURSO DO PROCESSO. DESNECESSIDADE.

1. A preclusão a que se refere o art. 421 do CPP diz respeito apenas às decisões com recursos previstos para as instâncias ordinárias, razão pela qual a pendência de recursos de natureza extraordinária não impede a realização do júri. Precedentes. 2. Habeas corpus denegado.

Cassada a liminar deferida nos autos.

(STF HC 130.314/DF 2ª T. rel. Min. Teori Zavascki un. j. 26.10.2016 DJe 5.12.2016)

No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: HC 99.152/MG, re. Min. Marco Aurélio, DJE 28.05.2009; HC 134.900 MC/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.06.2016, DJe 10.6.2016.

Jurisprudências incluídas a pedido do Dr. Jorge Assaf Maluly.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

De acordo com o art. 421 do CPP, preclusa a decisão de pronúncia, o processo será encaminhado ao juiz presidente do Tribunal do Júri. Isso, é claro, nas hipóteses em que, segundo a lei de organização judiciária local, um juiz preside a primeira fase do procedimento e, outro, a segunda.

Discutia-se na doutrina e na jurisprudência o alcance da expressão “preclusa”, contido no citado dispositivo, havendo duas correntes: **a)** pressupõe o esgotamento de todos os recursos, de natureza ordinária ou extraordinária (recursos especial e extraordinário); **b)** abrange somente os recursos ordinários.

Em julgados recentes, o STF vem adotando a segunda corrente, isto é, a preclusão da pronúncia, dada a ausência de efeito suspensivo aos recursos de natureza extraordinária (recursos especial e extraordinário – art. 637 do CPP), coincide com o exaurimento da matéria em recursos inerentes ao procedimento do júri apreciados pelas instâncias ordinárias. A interposição de recursos especial ou extraordinário contra acórdão confirmatório da decisão de pronúncia não obstaculiza a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Essa posição mostra-se coerente com o entendimento adotado pela Corte desde o julgamento do HC 126.292, oportunidade em que foi fixado o trânsito em julgado no processo penal a partir do julgamento do recurso pelas instâncias ordinárias, sede de esgotamento da análise fática e probatória. As decisões do Tribunais Superiores passaram a ter efeito rescisório.

2- Tema: Infrações de menor potencial ofensivo- Requerimento de instauração de incidente de insanidade mental - Não deslocamento para o Juízo Comum

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP : 0032913-45.2017.8.26.0000

Ementa

Conflito de Jurisdição – delito de lesão corporal - infração de menor potencial ofensivo – pedido de realização de diligência, consistente em realização de exame de insanidade mental - providência sem complexidade, apta a inibir a incidência dos ditames da Lei nº 9.099/95 – inteligência do artigo 77, § 2º, e 66 - precedentes – conflito procedente – competência do Juízo suscitado.

Inteiro [teor](#) do acórdão

TJ-SP - Conflito de Jurisdição CJ 00261401820168260000

Ementa

Infrações de menor potencial ofensivo. Vara Criminal e Vara do Juizado Especial. Requerimento de instauração de incidente de insanidade mental e dependência química do denunciado. Processo remetido ao Juízo Comum. Diligência simples que, se acolhida, não tem o condão de provocar o deslocamento da competência absoluta do JECrim ao Juízo Comum. Conflito procedente. Competência do Juízo suscitado, da Vara do Juizado Especial Criminal.

Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP : 0052842-64.2017.8.26.0000 SP

Ementa

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO Desacato. Apuração de crime de menor potencial ofensivo. Remessa dos autos ao MM Juízo da Vara Criminal Comum em face do pedido de instauração de incidente de insanidade mental. Descabimento. Diligência de menor complexidade. Inteligência dos artigos 61 e 77, § 2º, da Lei n. 9.099/95. Procedente o conflito. Competência do MM. Juízo suscitado.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Uma vez que o critério da simplicidade orienta todo o procedimento sumaríssimo (art. 60 da Lei 9.099/95), a ausência dessa simplicidade na aferição da infração penal, ainda que seja ela de menor potencial ofensivo, torna seu processamento no JECRIM tarefa inviável. Atento a isso, o legislador expressamente autoriza o deslocamento da competência do JECRIM para o juízo criminal singular se o caso guardar complexidade tal a ponto de tornar sua persecução, nos termos do procedimento sumaríssimo, dificultosa ou mesmo inviável. Tem-se, pois, a extensão da norma autorizativa do deslocamento da competência também para os casos de maior complexidade do feito, nos termos do § 2.º do art. 77 da Lei n. 9.099.

Não há regras previamente estabelecidas para a aferição dessa complexidade. Trata-se de decisão a ser estabelecida caso a caso, isto é, que considere as peculiaridades, o contexto e, enfim, a situação concretamente ofertada no termo circunstanciado, para que se tenha o deslocamento da competência. Mesmo a prévia instauração de inquérito policial, no lugar do termo circunstanciado, não torna o deslocamento da competência, só por isso, obrigatório. A decisão de deslocamento depende da aferição do juízo a respeito do prejuízo ao procedimento sumaríssimo — à luz dos seus critérios orientadores — por força de eventual complexidade da causa.

O STF, por sua Primeira Turma, já teve oportunidade de destacar que “O reconhecimento de complexidade da matéria não significa, necessariamente, submissão ao rito ordinário, notadamente quando o Juiz afirma que a controvérsia pode ser dirimida no rito estabelecido pela Lei n. 9.099/95” (HC 86.049, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 27/9/2005, Ementário 2.211/258).

Dentro desse espírito, o TJ SP vem entendendo que o requerimento da instauração de incidente de insanidade mental e dependência química do denunciado aparece como diligência simples que, se

acolhida, não tem o condão de provocar o deslocamento da competência absoluta do JECrim ao Juízo Comum.

De qualquer modo, deve ser alertado que, o eventual deslocamento da competência para o juízo criminal singular não afastará a incidência dos institutos despenalizantes da composição dos danos civis e, especialmente, da transação penal.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Acórdão confirmatório de condenação interrompe a prescrição

STF- ARE 1188699 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 5-4-2019

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO ESTADO. RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. 2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares. 3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal. 4. Agravo regimental a que se nega provimento

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O art. 117, inciso IV, do Código Penal foi modificado pela Lei nº 11.596/07 para anunciar que, além da sentença condenatória, também o acórdão condenatório interrompe o curso da prescrição. Antes, tão somente a sentença condenatória recorrível era causa de interrupção.

De acordo com a nova redação legal, além da inclusão do acórdão como causa interruptiva estabeleceu-se que a interrupção ocorre pela publicação da decisão, não pelo julgamento. “Publicação” não deve ser confundida com divulgação na imprensa oficial, sendo compreendida nos termos do artigo 389 do Código de Processo Penal. Desse modo, considera-se publicada a sentença

quando o escrivão procede à juntada desta aos autos – na sentença ou acórdão proferidos na própria audiência ou sessão, a publicação ocorre neste ato (1).

Com a edição da lei, duas orientações passaram a debater qual espécie de acórdão condenatório recorrível teria efeito interruptivo. Há quem sustente que a alteração, alinhando-se a decisões judiciais recorrentes, contempla somente os acórdãos condenatórios em ações penais originárias e os reformatórios da absolvição em primeira instância. Por isso, tendo havido condenação em primeira instância, o acórdão que simplesmente a confirme, negando provimento ao recurso da defesa, ou que somente majore a pena, não interrompe o prazo prescricional. Os adeptos desta orientação se alicerçam no fato de que a lei lança mão da partícula “ou” entre as expressões “publicação de sentença” e “acórdão condenatório”; logo, exclui-se a possibilidade de que ambos irradiem efeitos interruptivos do prazo fatal. Sintetizando este entendimento, temos o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“Nos termos da jurisprudência pacificada nesta Corte, o acórdão confirmatório da sentença condenatória, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição” (2).

Outra orientação sustenta que a interrupção do prazo prescricional se dá inclusive pelo acórdão que se limita a confirmar a condenação de primeira instância ou a aumentar a pena, segundo, aliás, deixou claro o relatório do projeto da lei que viria a alterar o Código Penal:

“O texto atual do Código Penal se refere à sentença condenatória recorrível. O Projeto passa a fixar a data da publicação, não deixando margem a dúvidas quanto ao momento da sentença, que será o da publicação, e não o de sua prolação. Também o Projeto inclui, nesse inciso, a publicação do acórdão condenatório recorrível, contemplando a hipótese de confirmação de condenação de primeira instância em grau recursal”.

Esta é a orientação recentemente adotada pela 1ª Turma do STF.

2- Tema: STJ. Aplicação da pena. Quantidade de droga na pena-base e para afastar tráfico privilegiado. “Bis in idem”.

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.800.958 – MS- Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão.

¹ STJ: “Para efeito de configuração do marco interruptivo do prazo prescricional a que se refere o art. 117, IV, do CP, considera-se como publicado o “acórdão condenatório recorrível” na data da sessão pública de julgamento, e não na data de sua veiculação no Diário da Justiça ou em meio de comunicação congênera” (HC 233.594, Sexta Turma, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira, j. 16/04/2013). Este é também o entendimento do STF: “A prescrição da pretensão punitiva do Estado, em segundo grau de jurisdição, se interrompe na data da sessão de julgamento do recurso e não na data da publicação do acórdão” (RHC 125.078, Primeira Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03/03/2015).

² STJ – HC 389.757/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 05/04/2017.

STJ- HC 483.227/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019

(...)

V - Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o Eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o “bis in idem” quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena.

VI - Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las na primeira fase da dosimetria, para exasperar a pena-base, ou na terceira fase, para afastar o redutor do tráfico privilegiado ou modular a sua fração, mas nunca em ambas as fases, sob pena de “bis in idem”.

VII - A col. Suprema Corte preocupou-se em evitar a dupla valoração da quantidade de entorpecentes na exasperação da pena-base e na definição do patamar da fração da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VIII - Na hipótese, a majoração da pena-base está fundada na quantidade de drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem.

(...)

XI - A quantidade entorpecentes foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06.

Habeas corpus não conhecido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1.º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles, inviável a benesse legal.

O entendimento dominante era no sentido de que a causa de diminuição de pena não retirava a hediondez do crime, tanto que, em 2014, o STJ editou a súmula nº 512 exatamente nesses termos. Ocorre que, em 23/6/2016, julgando o habeas corpus 118.533/MS, relatado pela Min. Cármen Lúcia, o STF decidiu que o privilégio não se harmoniza com a hediondez do crime de tráfico, razão pela qual,

uma vez aplicada a minorante, afasta-se o caráter hediondo do delito. Em razão disso, o STJ cancelou a súmula nº 512.

Em decorrência dessa nova orientação, o STJ passou a adotar o entendimento de que é permitida a concessão de indulto a condenado pelo crime de tráfico privilegiado, considerando inviável negar o benefício com base em entendimento jurisprudencial já superado (HC 435.156/SP, j. 19/04/2018).

A incidência da causa de diminuição da pena pode ser balizada pela natureza e pela quantidade da droga (art. 42), que podem não só influenciar na extensão da redução como também podem mesmo obstá-la, como vem decidindo o STJ:

“2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes” (HC 400.528/SP, DJe 18/8/2017).

Note-se, no entanto, algo importantíssimo: as circunstâncias do art. 42 devem ser utilizadas na primeira ou na terceira fase de aplicação da pena, ou seja, o juiz tem a opção de, na primeira etapa, utilizar a natureza e a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ou de, na terceira fase, considerar a natureza e a quantidade para dosar a fração de diminuição ou para afastar o benefício. Não é possível utilizar o mesmo expediente nas duas fases porque, segundo decidiu o STF em sede de repercussão geral, há “bis in idem”:

“Cumprir destacar que, em sessão realizada no dia 19.12.2013, o Pleno do STF, ao julgar os HCs 112.776 e 109.193, ambos da relatoria do Min. Teori Zavascki, firmou orientação no sentido de que, em caso de condenação por tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da droga apreendida apenas podem ser levadas em consideração em uma das fases da dosimetria da pena, sendo vedada sua apreciação cumulativa. Na ocasião, ficou consignado que cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. No presente caso, o Juiz de 1º grau, ao realizar a fixação da pena, levou em consideração a quantidade e a natureza da droga tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria para elevar a pena do recorrente, o que é vedado nos termos da jurisprudência desta Corte. Assim, manifesto-me pela existência de repercussão geral da questão constitucional debatida e pela reafirmação da jurisprudência desta Corte, de modo a fixar o entendimento no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (ARE 666.334 RG/AM, DJe 6/5/2014 – trecho do voto do min. Gilmar Mendes).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

08 de abril de 2019

1- Ministro nega recurso de ex-presidente do Procon do Espírito Santo condenado por corrupção

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- 2ª Turma rejeita denúncia contra ex-deputado Nilson Leitão por ausência de justa causa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

09 de abril de 2019

3- Prisão de ex-presidente do Banco do Brasil e da Petrobras é substituída por medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma nega habeas corpus que pedia redução da pena de Eduardo Cunha

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Caso de militar acusado de homicídio em ritual de magia negra será remetido à Justiça Comum

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de abril de 2019

6- Supremo julga inconstitucional norma do CTB que permite ao Contrans criar sanções para infrações de trânsito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

09 de abril de 2019

7- Sexta Turma considera ilegal decisão que quebrou sigilo telefônico de ex-vereador de Ribeirão Preto (SP)

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

11 de abril de 2019

8- Sexta Turma confirma decisão que permitiu internação de João de Deus em hospital de Goiânia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 044

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha
Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

Tema: Concurso formal de crimes na jurisprudência do STJ

1) O roubo praticado contra vítimas diferentes em um único contexto configura o concurso formal e não crime único, ante a pluralidade de bens jurídicos ofendidos.

Age em concurso formal o sujeito que, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não (art. 70 do CP). São, portanto, requisitos do concurso formal de delitos a unicidade da conduta e a pluralidade de crimes.

Embora se exija conduta única para a configuração desta espécie de concurso, nada impede que esta mesma conduta seja fracionada em diversos atos, no que se denomina ação única desdobrada. Ex.: João ingressa em ônibus coletivo e subtrai, mediante grave ameaça, os pertences pessoais dos passageiros. A conduta permanece única, praticada mediante diversos atos, caracterizando o concurso formal de delitos.

É esta a origem da tese nº 1, pois há quem sustente que a subtração contra várias pessoas cometidas durante a mesma ação na qual o agente exerce a violência ou a grave ameaça deve ser tratada como crime único. Tem-se decidido, no entanto, que, havendo lesão a patrimônios distintos, há de incidir a regra do concurso formal de delitos:

“Caracteriza-se o concurso formal de crimes quando praticado o roubo, mediante uma só ação, contra vítimas distintas, pois atingidos patrimônios diversos. Precedentes.”(HC 459.546/SP, j. 13/12/2018)

Mas qual espécie de concurso formal se caracteriza nesta situação?

Sabemos que o concurso formal pode ser classificado como próprio (perfeito ou normal) ou *impróprio* (imperfeito ou anormal). No primeiro, apesar de provocar dois ou mais resultados, o agente não age com desígnios autônomos, isto é, não tem intenção independente em relação a cada crime, ao passo que o segundo se caracteriza pela existência de desígnios autônomos. Se o concurso formal é próprio, aplica-se a pena de um dos crimes aumentada de um sexto à metade; se é impróprio, aplica-se o cúmulo material, em que as penas são somadas.

O STJ tem decisões tanto no sentido da modalidade própria (a maioria – cf. HC 364.754/SP – Quinta Turma – Dje 10/10/2016; HC 311.722/SP – Quinta Turma – Dje 13/6/2016) quanto da imprópria (cf. HC 179.676/SP – Sexta Turma – Dje 19/10/2015).

2) A distinção entre o concurso formal próprio e o impróprio relaciona-se com o elemento subjetivo do agente, ou seja, a existência ou não de desígnios autônomos.

Vimos que a classificação do concurso formal em próprio ou impróprio depende da forma como atua o agente em relação aos resultados decorrentes de sua conduta única. Se há apenas um desígnio, o concurso formal é próprio; se há desígnios autônomos, é impróprio.

A tese nº 2 foi firmada porque são inúmeros os recursos e habeas corpus por meio dos quais o tribunal é provocado a decidir sobre a existência de uma ou outra espécie de concurso formal de acordo com as circunstâncias do caso concreto levado a julgamento. À primeira vista, pode parecer redundante simplesmente afirmar que é a existência de desígnios autônomos que marca a incidência de uma ou outra regra de aplicação da pena decorrente do concurso. Isto, afinal, está expresso no art. 70 do Código Penal.

Ocorre que a expressão desígnios autônomos normalmente não é interpretada como sinônimo de crimes dolosos, ou seja, na prática, o cometimento de mais de um crime doloso por meio de ação única não é encarado como concurso formal impróprio. O fato de ter cometido vários crimes dolosos não significa que o agente tenha atuado com desígnios autônomos em relação a cada um deles. Exemplos desta conclusão já foram mencionados nos comentários à tese nº 1.

Isto é contraditório, pois, se há diversos crimes dolosos, não é lógico afirmar que a conduta é movida por apenas um desígnio. Como ensina Cleber Masson, desígnio autônomo “é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um crime culposo” (*Direito Penal Esquematizado – Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2014, p. 760)

Mas a matéria é complexa. Segundo Zaffaroni e Pierangeli, o legislador brasileiro construiu “uma fórmula de difícil compreensão e explicação, como informa a maioria da doutrina (Basileu Garcia, entre outros). Com efeito, se os desígnios são autônomos, não existe unidade de ação, e, conseqüentemente, um concurso formal.

(...)

A definição de dolo impede considerar ‘desígnios autônomos’ a pluralidade de resultados, ou obriga à consideração de todos os concursos de tipos dolosos da primeira hipótese do art. 70, o que seria absurdo, porque a regra do concurso formal simples ficaria reduzida às hipóteses de concurso entre tipos doloso e culposo. Historicamente, não pairam dúvidas de que o alvo do legislador foi alcançar os casos de pluralidade de resultados morte no homicídio doloso, ou seja, no chamado ‘concurso formal homogêneo’, que sempre constitui uma hipótese de pluralidade de resultados, mas a disposição legal é uma das mais obscuras do código” (*Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. Vol. 1. 8. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 731).

Em suma, o que se pode dizer a respeito da interpretação da expressão desígnios autônomos na prática é que se trata de crimes decorrentes de planos delituosos independentes. É com base nisto que o STJ decide, por exemplo, que há concurso formal próprio entre algumas espécies de crimes patrimoniais e a corrupção de menores tipificada no art. 244-B da Lei 8.069/90: tanto o crime patrimonial quanto o ato de corromper o menor decorrem, no geral, de apenas um plano criminoso:

“É de se observar que, na espécie, para a condenação do delito de corrupção de menores, foi corretamente utilizado o entendimento firmado por esta Corte Superior de Justiça, no sentido de que o crime tipificado no art. 244-B da Lei n. 8.069/90 é formal, ou seja, para a sua caracterização não é

necessária a prova da efetiva e posterior corrupção do adolescente, bastando a comprovação da participação do imputável em prática delituosa na companhia de maior de 18 anos.

Assim, partindo-se dessa premissa, revela-se imprescindível para a aplicação do concurso formal impróprio, a indicação fundamentada de elementos de prova que apontam para a preexistência de intenção do agente em corromper o adolescente na associação para a empreitada criminosa.

Portanto, apenas quando efetivamente demonstrada a existência de desígnios autônomos por parte do agente que pratica o crime corrupção de menores será a hipótese de incidência do concurso formal impróprio, devendo as penas dos dois delitos serem aplicadas cumulativamente (segunda parte do art. 70 do Código Penal) - HC 375.108/RJ, j. 28/03/2017.

Mas ainda assim a contradição não se resolve completamente, pois há casos em que se pode identificar apenas um plano criminoso e, não obstante, as condutas são imputadas em concurso formal impróprio, como normalmente ocorre em latrocínios com pluralidade de vítimas e de patrimônios atingidos.

3) É possível o concurso formal entre o crime do art. 2º da Lei n. 8.176/91 (que tutela o patrimônio da União, proibindo a usurpação de suas matérias-primas), e o crime do art. 55 da Lei n. 9.605/98 (que protege o meio ambiente, proibindo a extração de recursos minerais), não havendo conflito aparente de normas já que protegem bens jurídicos distintos.

A Lei 8.176/91 define os crimes contra a ordem econômica e, no art. 2º, tipifica como crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.

Já a Lei 9.605/98 trata dos crimes contra o meio ambiente e, no art. 55, pune a conduta de executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

É possível que, no mesmo contexto, alguém execute pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais ilegalmente e, em razão disso, produza bens ou explore matéria-prima pertencentes à União, o que obviamente também se dá à margem da lei. Neste caso, há quem sustente a aplicação das regras do concurso aparente de normas alegando que ambos os tipos penais tutelam o mesmo bem jurídico e que o crime do art. 55 da Lei 9.605/98 deve absorver a outra infração penal.

Trata-se, no entanto, de crimes cuja objetividade jurídica não se confunde, pois, enquanto o art. 2º da Lei 8.176/91 tutela expressamente o patrimônio da União (e, por consequência, a ordem econômica), o art. 55 da Lei 9.605/98 volta sua proteção ao meio ambiente. No primeiro caso, a punição considera os prejuízos econômicos que a exploração ilegal de bens e matérias-primas pertencentes à União pode provocar, ao passo que, no segundo, é considerada a potencial deterioração ambiental de pesquisas, lavras e extrações ilegais de recursos naturais. Por isso, o STJ aplica as regras do concurso formal quando ambas as infrações são cometidas por meio da mesma conduta:

“A jurisprudência desta eg. Corte Superior pacificou-se no sentido de que o art. 2º da Lei n. 8.176/91 tutela a ordem econômica, enquanto o art. 55 da Lei n. 9.605/98, tutela o meio ambiente, dessa forma, não há que se falar em conflito aparente de normas por tutelarem bens jurídicos distintos, existindo concurso formal” (AgRg no REsp 1.678.419/SE, j. 20/9/2018).

4) O aumento decorrente do concurso formal deve se dar de acordo com o número de infrações.

Na aplicação da pena em decorrência do concurso formal perfeito incide o sistema da exasperação: o juiz aplica uma só das penas, se idênticas, ou a maior, se diferentes, aumentada de um sexto até a metade.

O parâmetro para a exasperação é o número de infrações penais: quanto mais crimes o agente houver cometido, mais o aumento deve se aproximar da metade:

“Em relação à fração adotada para aumentar a pena em razão do reconhecimento do concurso formal, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, esse aumento tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, no intervalo legal entre as frações de 1/6 e 1/2. No presente caso, tratando-se de sete infrações, a escolha da fração de 1/2 foi correta, não havendo ilegalidade a ser sanada.” (HC 475.974/SP, j. 12/2/2019)

É o mesmo critério utilizado na continuidade delitiva.

5) A apreensão de mais de uma arma de fogo, acessório ou munição, em um mesmo contexto fático, não caracteriza concurso formal ou material de crimes, mas delito único.

São comuns as situações em que um indivíduo é surpreendido possuindo ou portando simultaneamente diversas armas de fogo. Tais situações podem se subsumir a diversos tipos penais da Lei 10.826/03, conforme a qualidade das armas: **a)** se de uso permitido – arts. 12 (posse) ou 14 (porte); **b)** se de uso restrito – art. 16, caput (posse ou porte); **c)** com numeração, marca ou outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado – art. 16, parágrafo único, inc. IV (posse ou porte).

Nesses casos em que diversas armas são apreendidas em poder de alguém, há quem impute a prática de crimes em concurso formal, ainda que a conduta se subsuma a apenas um tipo penal. Assim, por exemplo, se alguém é surpreendido portando três revólveres calibre 38 com numeração intacta, será incurso por três vezes no art. 14 da Lei 10.826/03, conforme as disposições do art. 70 do Código Penal, que disciplina o concurso formal de delitos.

O STJ, no entanto, firmou a tese de que a apreensão de diversas armas no mesmo contexto fático caracteriza crime único, não concurso de crimes:

“A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da existência de um delito único quando apreendidas mais de uma arma, munição, acessório ou explosivo em posse do mesmo agente, dentro do mesmo contexto fático, não havendo que se falar em concurso material ou formal entre as condutas, pois se vislumbra uma só lesão de um mesmo bem tutelado (Precedentes).” (HC 362.157/RJ, j. 18/5/2017)

Mas esta solução não se aplica nas situações em que a posse ou o porte se subsume a tipos diversos devido à qualidade das armas. Portanto, alguém que porte uma arma de uso permitido e outra de uso restrito deve responder por ambos os delitos em concurso:

“A prática, em um mesmo contexto fático, dos delitos tipificados nos artigos 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003, configuram diferentes crimes porque descrevem ações distintas, com lesões à bens jurídicos diversos, devendo ser somados em concurso formal’ (AgRg no REsp 1.588.298/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/5/2016, DJe 12/5/2016)” - AgRg no AREsp 1.258.199/MS, j. 14/8/2018.

6) O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.

A suspensão condicional do processo é cabível nas situações em que a pena cominada ao crime não é superior a um ano.

Nos casos em que infrações penais são cometidas em concurso, o cabimento da suspensão condicional do processo deve ter em conta o número de infrações cometidas. Se, por exemplo, o agente comete dois furtos simples em concurso formal, não faz jus à suspensão, pois a incidência da fração de aumento, mínima que seja, eleva a pena do furto para mais de um ano. Há quem sustente que o cabimento do benefício deve ser analisado sobre cada infração penal, não sobre o conjunto, mas essa tese não foi acolhida pelo STJ, que editou a respeito a súmula 243 e a vem reiterando:

“3. Considerando a pena mínima prevista para o tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que corresponde a 6 meses de detenção, a qual deve ser somada àquela prevista no preceito secundário do tipo penal do art. 331 do CP, que também foi estabelecida em 6 meses de detenção, chega-se a reprimenda superior a 1 ano, por se tratarem de 4 crimes de desacato em concurso material, o que afasta a possibilidade de oferta da vindicada proposta de suspensão condicional do processo. 4. Mesmo que o Magistrado processante venha a reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de desacato, a somatória das penas ultrapassaria o patamar máximo previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995. Nos termos do entendimento consolidado na Súmula 243/STJ, ‘o benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante ultrapassar o limite de 1 (um) ano’” (RHC 89.197/SC, DJe 25/10/2017).

7) No concurso de crimes, o cálculo da prescrição da pretensão punitiva é feito considerando cada crime isoladamente, não se computando o acréscimo decorrente do concurso formal, material ou da continuidade delitiva.

De acordo com o que dispõe o art. 119 do Código Penal, no caso de concurso de crimes a prescrição incide sobre cada um, isoladamente. Isto quer dizer que, num concurso material entre dois furtos com pena de quatro anos cada um, a prescrição não será calculada sobre oito anos, mas sobre quatro,

considerando separadamente cada um dos delitos. Dá-se o mesmo no concurso formal impróprio, assim como no concurso formal próprio e na continuidade delitiva, nos quais incide o sistema da exasperação: o prazo prescricional não é calculado com base na pena aumentada, mas em cada crime isolado.

A respeito especificamente do crime continuado, o STF editou a súmula nº 497: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”. À época da edição da súmula (1969), muito anterior à redação atual do art. 119 do Código Penal, o STF decidia reiteradamente (não sem acalorados debates, como se extrai do julgamento proferido no RHC 43.740, DJ 15/06/1967) que, ao inserir na lei a possibilidade de continuidade delitiva, o legislador pretendia beneficiar o autor de condutas que, por suas características, haviam de ser consideradas como se fossem apenas uma ação delituosa. Se o intuito do legislador fora beneficiar o agente no momento da aplicação da pena, seria ilógico, para calcular a prescrição, fazer incidir a fração de aumento em prejuízo de quem se pretendia beneficiar.

8) No caso de concurso de crimes, a pena considerada para fins de competência e transação penal será o resultado da soma ou da exasperação das penas máximas cominadas ao delito.

Consiste a transação penal na composição entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso, ao qual são propostas medidas que equivalem a penas restritivas de direitos ou à multa. É cabível se à infração penal for cominada pena não superior a dois anos.

Semelhantemente ao que ocorre na suspensão condicional do processo, o concurso de crimes pode impedir a transação penal se, somadas as penas máximas ou incidentes as frações decorrentes da exasperação sobre a pena máxima, o resultado ultrapassar dois anos. Desta forma, se o agente comete resistência e desacato, não poderá se beneficiar da transação penal tanto no concurso material quanto no formal, pois, no primeiro, a soma das penas eleva o máximo a quatro anos e, no segundo, a exasperação pode fazer a pena chegar a três anos.

Além do óbice à transação, uma vez ultrapassado o limite de dois anos que caracteriza a menor potencialidade ofensiva que atrai o julgamento pelo Juizado Especial Criminal, a competência deve recair no juízo comum:

“I – Na linha da jurisprudência desta Corte de Justiça, tratando-se de concurso de crimes, a pena considerada para fins de fixação da competência do Juizado Especial Criminal será o resultado da soma, em concurso material, ou a exasperação, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, das penas máximas cominadas ao delitos, caso em que, ultrapassado o patamar de 2 (dois) anos, afasta-se a competência do Juizado Especial. Precedentes.

II – Na espécie, verifica-se que a recorrente foi acusada de praticar os crimes descritos no art. 138, caput (duas vezes) c/c o art. 141, III, no art. 139 (vinte e cinco vezes) c/c art 141, III, na forma do art. 62 e no art. 140 (seis vezes), c/c o art 141, III, na forma do art. 69 c/c art. 29, caput, todos do Código Penal. As penas de tais delitos, somadas, ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, o que afasta a competência dos Juizados Especiais.” (RHC 102.381/BA, j. 9/10/2018)

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-TEMA: COMPETÊNCIA PARA JULGAR CRIME PRATICADO EM BANCO POSTAL

STJ- AgRg no CC 156.205/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ROUBO MAJORADO PRATICADO EM AGÊNCIAS DOS CORREIOS. BANCO POSTAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. COMPETENTE O JUÍZO SUSCITADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Aos juízes federais compete processar e julgar: IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral" (art. 109, IV, da CF).

2. No caso, a agência de correio funciona como Banco Postal, de modo que a situação em comento se assemelha às hipóteses de contrato de franquia, considerando que a instituição financeira contratante dos serviços de correspondente bancário seria a responsável por eventuais perdas, danos e roubos ou destruição de bens da contratada, nos termos da citada avença, não se observando, por conseguinte, nenhum prejuízo a EBCT.

3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito de Coração de Jesus - MG, o suscitado.

4. Agravo regimental não provido.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Perpetrado um crime contra os Correios, a competência para seu julgamento será da Justiça Federal, a quem cabe conhecer das infrações penais praticadas em detrimento de bens da União ou de suas empresas públicas, *ex vi* do disposto no art. 109, inc. IV, da Constituição. De se salientar, contudo, que além das agências normais, que compõem o patrimônio da União, os Correios contam, também, com agências franqueadas, entregues à exploração de particular. Nesse caso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a competência será da Justiça Estadual, como se verifica da ementa abaixo transcrita: "Conforme entendimento pacificado desta Corte, compete à Justiça Estadual o julgamento de delitos praticados em desfavor de agência franqueada dos Correios, que é a responsável por eventuais perdas, danos, roubos, furtos ou destruição de bens cedidos pela franqueadora, não configurado prejuízo à EBCT" (CC n. 108946-PR – Rel. Og Fernandes, j.20.4.2010).

No caso em comento, o STJ equiparou às franquias agência que funciona como Banco Postal.

2-TEMA: DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA SEM DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. RECURSO CABÍVEL

STJ- AgRg nos EDcl no REsp 1711903/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 03/04/2019

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DESCLASSIFICADA A CONDUTA SEM DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA. RECURSO CABÍVEL. APELAÇÃO. AGRAVO PROVIDO.

1. O Juízo de origem, após desclassificar a conduta para o tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, determinou a abertura de vista ao Ministério Público para os fins previstos na Lei 9.099/95, sem, contudo, declinar da competência.
2. Mostra-se admissível a interposição de recurso de apelação, tal como ocorreu no presente caso, consoante art. 593, II, do CPP, por se tratar de pronunciamento final decorrente da análise do mérito da pretensão punitiva, possuindo, por consequência, natureza de definitividade, ainda que desclassificada para dar definição jurídica diversa da ação penal.
3. Agravo regimental provido para determinar ao Tribunal de Justiça que analise o mérito da apelação como entender de direito.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

É importante salientar que o tema desperta indisfarçável controvérsia entre as duas Turmas do STJ.

A 5ª. T já se posicionou no sentido de que a decisão que desclassifica a conduta, declinando da competência para o julgamento do feito, deve ser atacada por recurso em sentido estrito, sendo a utilização de recurso de apelação descabida e não passível de aplicação do princípio da fungibilidade recursal, por se tratar de erro grosseiro (STJ- AgRg no REsp 1622276/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 05/12/2016). Já a 6ª. T discorda, julgando admissível a interposição de recurso de apelação, consoante art. 593, II, do CPP, por se tratar de pronunciamento final decorrente da análise do mérito da pretensão punitiva, possuindo, por consequência, natureza de definitividade, ainda que desclassificada para dar definição jurídica diversa da ação penal.

3 -TEMA: STF - Homicídio cometido por militar da ativa contra outro militar em ritual de magia negra compete à Justiça Estadual

O Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus para anular procedimento penal instaurado contra militar da ativa, perante a Justiça Castrense, pela prática de homicídio doloso contra outro militar com o intuito de obter vantagem junto a uma seita de magia negra, mediante o sacrifício de vida humana, entendendo competir o processo e julgamento à Justiça Comum estadual (HC 155.245/RS, j. 09/04/2019).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Em sua redação original, o artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar mencionava que eram considerados crimes militares, em tempo de paz, os previstos no Código Penal Militar, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados na forma das alíneas “a” a “e” do mencionado inciso:

“a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.”

Atualmente, em que vigora a alteração promovida pela Lei 13.491/17, são considerados crimes militares, em tempo de paz, “os crimes previstos” no CPM “e os previstos na legislação penal, quando praticados” na forma das alíneas referidas, as quais não foram objeto de modificação.

No sistema anterior, o crime militar se dividia em próprio, quando definido apenas no Código Penal Militar, ou impróprio, se definido também no restante da legislação penal. O delito de deserção era próprio, pois previsto somente no CPM. Já o homicídio, impróprio, pois previsto no CPM e no CP. Atualmente, no entanto, a definição deve ser diversa, especialmente no que concerne ao crime militar impróprio. Crime militar passa a ser o delito praticado por militar. Pode ser próprio, porque definido apenas no Código Penal Militar (como a deserção), ou impróprio, porque definido também no restante da legislação penal (como o homicídio) ou somente nela, legislação não militar (como a tortura, a lavagem de capitais, a organização criminosa etc.).

Houve, portanto, ampliação no conceito de crime militar, que passou a abranger situações antes inexistentes. A respeito, ensina Rodrigo Foureaux:

“Nota-se, portanto, que houve uma ampliação dos crimes de natureza militar, uma vez que qualquer crime existente no ordenamento jurídico brasileiro poderá se tornar crime militar, a depender do preenchimento de uma das condições previstas no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

Antes, o inciso II era claro ao dizer que somente os crimes previstos “neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum” eram crimes militares.

Isto é, somente os crimes previstos no Código Penal Militar eram crimes militares.

Com a alteração legislativa, a previsão é de que “os crimes previstos neste Código” (Código Penal Militar) e os “previstos na legislação penal” (todas as leis penais do país) também são crimes militares, quando preenchida uma das hipóteses do inciso II do Código Penal Militar.

As hipóteses previstas no inciso II do art. 9º do Código Penal Militar são, em síntese, os crimes cometidos entre militares; envolvendo militar em lugar sujeito à administração militar contra civil; militar em serviço ou atuando em razão da função, hipótese de maior incidência dos crimes militares; militar em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra civil; militar durante o período de manobras ou exercício contra civil; militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

Como exemplo, podemos citar: **a)** crime de disparo de arma de fogo praticado por militar em serviço; **b)** crime de tortura praticado por policial militar em serviço ou em razão da função; **c)** crime de abuso de autoridade praticado por militar em serviço; **d)** assédio sexual; **e)** crime de possuir imagens de crianças e adolescentes em situações pornográficas, quando os militares a obtiverem em razão do serviço e tenham essas imagens não com a finalidade de comunicarem a autoridade competente. Os crimes dolosos contra a vida de civil continuam sendo de competência do tribunal do júri, consoante art. 125, § 4º, da Constituição Federal. Isto é, os crimes de homicídio doloso, induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, infanticídio e de aborto são de competência do tribunal do júri, quando a vítima for civil. Todos os outros crimes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quando cometidos em uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, são de competência da Justiça Militar.”

Não obstante tenha havido a ampliação, o crime só pode ser considerado militar se houver alguma conexão entre a circunstância pessoal do agente e sua atividade, como, aliás, se extrai das alíneas acima transcritas. Todas as situações dizem respeito à atividade militar desempenhada pelo autor do crime.

Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus para anular procedimento penal instaurado contra militar da ativa, perante a Justiça Castrense, pela prática de homicídio doloso contra

outro militar com o intuito de obter vantagem junto a uma seita de magia negra, mediante o sacrifício de vida humana (HC 155.245/RS, j. 09/04/2019).

No caso, quando se deram os fatos o agente e a vítima eram ambos soldados do Exército Brasileiro. Em local alheio à administração militar, um dos soldados ceifou a vida de outro com o propósito de adquirir poderes em ritual de magia negra.

Houve inicialmente suscitação de conflito de competência perante o Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu a competência da Justiça Militar:

“Vale salientar, por oportuno, que ‘situação de atividade ou assemelhado’ não se confunde com o fato de se estar no desempenho da função no momento do crime, porquanto a melhor interpretação se sustenta sob a ideia de não se encontrar o militar na reserva, ou reformado, sendo reconhecido, nesse cenário, como ‘militar da ativa’.

In casu, trata-se de suposto crime de homicídio praticado por soldado do exército em face de outro soldado do exército, ambos fora de serviço e sem atuação funcional no momento da prática delitiva, situação essa que, por si só, não afasta a incidência da Justiça Castrense.

Autor e vítima eram militares em situação de atividade, fato que atrai a competência para a Justiça Especializada, muito embora, como dito, não estivessem em serviço quando da realização do ato.”

Mas o Supremo Tribunal Federal conferiu menor alcance ao dispositivo do Código Penal Militar. Segundo o ministro Celso de Mello:

“Com efeito, os fundamentos constantes deste “writ” encontram apoio no ordenamento positivo, que, ao dispor sobre os elementos que compõem a estrutura típica do crime militar (“*essentia delicti*”), considera como ilícito castrense aquele que, previsto no Código Penal Militar – embora igualmente tipificado, com idêntica definição, na lei penal comum –, vem a ser praticado, entre outras hipóteses, “por militar em situação de atividade (...) contra militar na mesma situação (...)” (CPM, art. 9º, II, “a”).

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar causas em que se discutia a aplicabilidade do art. 9º, II, “a”, do Código Penal Militar – norma legal invocada, no caso, para justificar a competência penal da Justiça Castrense –, tem proferido decisões que, por identidade de situação, aplicam-se, por inteiro, ao caso sob análise:

(...)

O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, “*tout court*” (RAMAGEM BADARÓ, “Comentários ao Código Penal Militar de 1969”, vol. I/54, 1972, Juriscredi). E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar.

A espécie dos autos, entretanto, não se enquadra na hipótese prevista no art. 9º do Código Penal Militar, que, ao definir os crimes militares, supõe, para efeito de sua caracterização típica, que essas infrações delituosas afetem a organização das Forças Armadas e comprometam os valores da disciplina e da hierarquia militares, bem assim transgridam as instituições militares, a administração militar e o patrimônio castrense, como assinalado pelo magistério da doutrina (JORGE CESAR DE ASSIS, “Comentários ao Código Penal Militar”, p. 43/44, 2009, Juruá, v.g.).

(...)

O exame do magistério doutrinário e a análise da jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal permitem concluir, em face dos elementos produzidos nestes autos, que o fato delituoso atribuído ao ora paciente não guarda qualquer elemento de conexão que possa autorizar – considerados os valores jurídicos da hierarquia, da disciplina, da dignidade, do funcionamento e da respeitabilidade das instituições castrenses – o reconhecimento, no caso, no plano da tipicidade penal, de crime militar, a significar, portanto, ante a inexistência das circunstâncias a que alude o art. 9º do Código Penal Militar, a descaracterização da competência da Justiça Militar da União para o processo e julgamento do delito de homicídio qualificado a que se refere a presente impetração.” (destaques no original)

Em virtude disso, a ordem foi concedida para anular o processo e estabelecer a competência da Justiça Estadual para o julgamento do homicídio cometido.

DIREITO PENAL:

1-TEMA: AUMENTO DE PENA NO MÁXIMO PELA CONTINUIDADE DELITIVA EM CRIME SEXUAL

STJ- AgRg no REsp 1717358/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR MÁXIMO LEGAL. DECISÃO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. PRÁTICA DO DELITO POR INCONTÁVEIS VEZES DURANTE OS ANOS DE 2007/2008. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE CRIMES. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES.

1. Não há falar em julgamento ultra petita quando o recurso especial é decidido dentro dos limites recursais. No caso, o Parquet estadual pleiteou a majoração da fração referente à continuidade delitiva de metade até seu grau máximo.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é cabível a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo quando restar demonstrado que o acusado praticou o delito por diversas vezes durante determinado período de tempo, não se exigindo a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo porque em casos tais, os abusos são praticados incontáveis e reiteradas vezes, contra vítimas de tenra ou pouca idade. Precedentes desta Corte.

3. Na espécie dos autos, embora tenha sido afastado o reconhecimento do crime no ano de 2003, ficou comprovado que este consumou-se por inúmeras vezes durante o período de 2007 e 2008, sendo de rigor o aumento da pena em seu grau máximo.

4. Agravo regimental improvido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No crime continuado específico (parágrafo único do art. 71, as regras para a fixação da pena levam em conta o sistema da exasperação (a exemplo do *caput*), devendo o juiz, na terceira fase de aplicação, aumentar a pena até o triplo (partindo de 1/6). Considera-se, para tanto, o número de infrações. Mas, tendo em vista que o parágrafo único do art. 71 faz referência expressa à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do agente, aos motivos e às circunstâncias do crime, impõe-se um critério adicional, que é a apreciação das circunstâncias judiciais. A respeito da necessidade de análise mais acurada, destaca-se o seguinte trecho de julgado do STJ:

“Mutatis mutandis, a solução a ser dada para o caso de continuidade delitiva específica deve ser outra, não dispensando a utilização das circunstâncias judiciais, conforme expressamente consignado no dispositivo legal. Em assim sendo, reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no

parágrafo único do art. 71 do CP, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos – número de infrações praticadas – e subjetivos – antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime (HC n. 128.297/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 13/10/2009).

No aspecto subjetivo, a mensuração do acréscimo insere-se na órbita de convencimento do magistrado, ou seja, integra o seu poder discricionário de julgar o aumento conveniente ao caso concreto. Porém, como o poder discricionário é limitado, faz-se necessário distinguir o ato judicial deixado à discricção do ato arbitrário, caprichoso ou da mera retórica. Nesse compasso, com o fito de impor parâmetro capaz de assegurar esmerada valoração da culpabilidade, aqui entendida como medida da pena imposta pelo delito, ao tempo em que permite o controle pelas partes da fundamentação adotada e dos elementos concretos utilizados pelo juiz, o legislador infraconstitucional encartou no Código a consideração das circunstâncias judiciais como uma faculdade e um norte dispensado ao Juízo para a fixação de uma pena justa e adequada ao caso concreto.

(...)

Destaco, ainda, os ensinamentos de abalizada doutrina sobre o tema:

Presentes todos os requisitos exigíveis, passa o juiz a ter a faculdade de aplicar, em relação ao réu, não um acréscimo punitivo variável entre um sexto e dois terços, mas, sim, o tresp dobro da pena correspondente a um só dos crimes, se idênticas; ou ao mais grave, se diversas. A exarcebação da pena não é contudo, nem automática, nem ilimitada.

Não é automática, porque não basta o preenchimento dos pressupostos legais para que o acréscimo seja de cogente aplicação. O juiz deverá sempre levar em consideração, para efeito de imposição do especial aumento de pena, não apenas o número de infrações praticadas, mas também “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias” que cercaram a realização dos delitos em série continuada. (FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 400).” (HC 439471/MG, j. 2/8/2018).

2- TEMA: STJ- NOVA EDIÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA EM TESES ABORDA LEI DE DROGAS

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou a edição número 123 de Jurisprudência em Teses com o tema Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Uma das teses em destaque estabelece que, para caracterizar-se a causa de aumento de pena do artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior do veículo, não bastando o fato de ter se utilizado dele como meio de locomoção e de transporte da substância ilícita.

Outra tese ressaltada na edição 123 define que a incidência da majorante da segunda parte do inciso III do artigo 18 da Lei 6.368/1976 – “visar [o crime] a menores de 21 anos” – segue contemplada no artigo 40, inciso VI, da nova Lei de Drogas – “sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente”, não estando configurada a abolitio criminis.

Clique [aqui](#) para ter acesso as Jurisprudências

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

15 de abril de 2019

1- Mantido afastamento de vereadora de Serra (ES) após ser denunciada pelo MP

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

16 de abril de 2019

2- Excesso de prazo determina trancamento de inquérito contra empresário na Operação Custo Brasil

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 045

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 - Tema: “Pirataria” envolvendo jogos eletrônicos (“videogame”). Adequação típica

Sem preocupações doutrinárias a respeito da natureza, da definição e das teorias explicativas do direito de autor, podemos conceituá-lo como o conjunto de prerrogativas exclusivas que a lei reconhece a todo o criador sobre suas obras intelectuais de alguma valia, abrangendo faculdades tanto de ordem pessoal como de ordem patrimonial.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, XXVII, assegura: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. A matéria, hoje, está disciplinada na Lei 9.610/98.

Vê-se, desse modo, garantido ao autor o direito à paternidade da obra, bem como dela retirar os benefícios pecuniários advindos da sua reprodução, representação, execução, recitação, adaptação, transposição, arranjos, dramatização, tradução e radiodifusão.

A violação do direito autoral está tipificado no CP, art. 184, punindo-se tanto quem usurpa total ou parcial de obra alheia (plágio), como também quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

Deve ser alerta que o CP traz norma geral, havendo crimes especiais na legislação extravagante, protegendo objetos materiais específicos. Jogos eletrônicos (“videogame”), aplicativos e sistemas operacionais, por exemplo, não estão abrigados pelo CP, mas pela Lei nº 9.609/98 (que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências). Nesse caso, a *persecutio criminis*, em regra, se dá mediante ação penal de iniciativa privada (art. 12 § 3º), sendo o MP parte ilegítima (CPP, art. 564, II). O não oferecimento da queixa-crime no prazo legal acarreta a decadência. Apenas quando demonstrado prejuízo a entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público ou ocorrência de sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo, passa a admitir ação penal pública.

Por fim, nas infrações envolvendo venda de produtos “piratas”, não raras vezes a defesa levanta a tese do princípio da adequação social, buscando a declaração de atipicidade da conduta. Sustenta que a conduta seria socialmente adequada, haja vista que a coletividade não reprimiria o vendedor de produtos reproduzidos sem a autorização do titular do direito autoral, mas, ao contrário, estimularia a sua prática em virtude dos altos preços desses produtos, insuscetíveis de serem adquiridos por grande parte da população. De acordo com o Supremo, o fato de a sociedade tolerar a prática do delito

em questão não implicaria dizer que o comportamento do paciente poderia ser considerado lícito.

Salientou-se, ademais, que a violação de direito autoral e a comercialização de produtos “piratas” sempre foram objeto de fiscalização e repressão. Afirmou-se que a conduta descrita nos autos causaria enormes prejuízos ao Fisco pela burla do pagamento de impostos, à indústria fonográfica e aos comerciantes regularmente estabelecidos (HC 115.986/ES, rel. Min. Luiz Fux, DJe 16/8/2013).

Jurisprudência incluída a pedido do Dr Levy Emanuel Magno:

TJSP- APELAÇÃO CRIMINAL nº 0005573-98.2017.8.26.0268

Ementa:

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. Jogos eletrônicos (“videogame”), aplicativos e sistemas operacionais que não se enquadram na hipótese do CP, art. 184, § 2º, mas, sim, na Lei nº 9.609/98, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências (art. 12, § 2º), cuja persecutio criminis se dá por ação penal privada (§ 3º). Illegitimidade ativa do MP. Inteligência do CPP, art. 564, II. Ausência de queixa-crime. Decadência. Não demonstração de prejuízo a entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público ou ocorrência de sonegação fiscal, perda de arrecadação tributária ou prática de quaisquer dos crimes contra a ordem tributária ou contra as relações de consumo a torná-la incondicionada. Decadência do direito de queixa. Extinção da punibilidade, ex officio (CPP, art. 61, caput), prejudicada a preliminar e o exame de mérito

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão.

1-Tema: Réu não citado pessoalmente, posto que não encontrado nos endereços constantes dos autos. Poder-dever de o juiz pesquisar seu paradeiro junto a sistema públicos de informação.

Correição parcial. Violência doméstica. Citação por edital. Pesquisa de paradeiro do citando. A determinação da citação do réu por edital, posto que não encontrado nos endereços já constantes dos autos, pode ser realizada sem prejuízo da concomitante pesquisa de seu paradeiro junto a sistemas públicos de informação.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

Esta jurisprudência foi enviada pelo Dr. Paulo Henrique Castex - 10º PJ GEVID da Capital

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-TEMA: STJ - Denúncia não pode ser fundamentada exclusivamente em colaboração premiada

O STJ, no HC 98.062/PR, deu provimento a recurso para trancar ação penal ajuizada com lastro exclusivo em colaboração premiada promovida por um dos agentes. De acordo com o entendimento da Corte, a denúncia-crime não pode ser fundamentada exclusivamente em colaboração premiada.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A colaboração premiada é disciplinada nos artigos 4º e 7º da Lei nº 12.850/13. Cuida-se de meio de obtenção de prova em que o agente colaborador, visando à obtenção de um dos benefícios elencados na lei, contribui para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; para a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; para a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; para a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou para a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

É um meio de obtenção de prova que, no entanto, não se basta, pois, segundo o disposto no § 16 do art. 4º, “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. O dispositivo exige, para embasar a condenação, outras provas além das palavras do agente colaborador. É dizer: se a declaração se mostrar isolada, sem correspondência em alguma outra prova, ela não se prestará, por si só, para justificar um édito condenatório. E é pertinente a limitação, pois, se até mesmo a confissão perdeu seu caráter absoluto, não sendo mais considerada a rainha entre as provas, devendo, por isso, ser confrontada com outros elementos de prova, com muito mais razão a colaboração premiada merece esse status. Cumpre, portanto, analisá-la no bojo do conjunto probatório, sopesando seu valor frente aos demais elementos probantes, autorizando-se, a partir daí e se for o caso, uma condenação.

Pierpaolo Cruz Bottini e Luciano Feldens vão além. Para os autores, “evidente que a delação premiada – por si – não é suficiente para uma acusação formal contra alguém, e que sua instituição não transforma as autoridades policiais em meros espectadores de denúncias alheias. Trazidas as informações, por meio de pessoa identificada, o Estado tem o dever de averiguar sua credibilidade, seus fundamentos, para evitar que rixas e inimizades pessoais ou comerciais se transformem em perseguições sem fundamento, como danos irreparáveis à imagem dos envolvidos. Mas isso não desmerece o instituto, cujo êxito é percebido a cada crime desbaratado pelo arrependimento – real ou estratégico – de um dos integrantes da empreitada criminosa. Enfim, a substituição de uma política

simbólica, baseada no aumento de penas, por uma política eficaz, fundada na gestão da informação, dentro dos parâmetros legais e constitucionais que cercam a atividade estatal, parece a resposta mais adequada à criminalidade organizada”.

Com base nisso, o STJ deu provimento a recurso em habeas corpus (RHC 98.062/PR, j. 15/04/2019) para trancar ação penal ajuizada com lastro exclusivo em colaboração premiada promovida por um dos agentes.

No caso julgado, o colaborador relatou ter tomado conhecimento de que o recorrente, que exercia a profissão de contador em uma empresa cujos representantes legais estavam sendo processados, havia participado de acordo que envolvia o pagamento de vantagens indevidas a um grupo de fiscais tributários. Em acórdão relativo a habeas corpus que havia sido impetrado em segunda instância – mas cuja ordem foi denegada – destacou-se que a denúncia se lastreava “em indícios de autoria e materialidade colhidas em sede de investigação preliminar”, especialmente nas declarações do colaborador.

Mas, o STJ considerou tais elementos insuficientes para dar suporte à ação penal. Segundo o ministro Rogério Schietti Cruz, “sendo a colaboração mero meio de obtenção de prova, forçoso constatar que o termo do acordo de colaboração premiada – ao consignar que ‘o declarante [colaborador] soube desse acordo [pagamento de vantagem indevida pelo peticionante ao fiscal Divaldo de Andrade] porque à época o empresário ficou muito descontente e chegou a comentar para algumas pessoas na Receita que tinha feito esse acordo’ – não tem como atribuir ao peticionário, pessoa física que atua como contador da empresa, responsabilidade penal decorrente, exclusivamente, de testemunho indireto (por ouvir dizer) como prova idônea, de per si, para imputar ao peticionário a prática de corrupção ativa”.

2-TEMA: STJ - Revelação de votações unânimes no júri não provoca nulidade por ofensa ao sigilo

O STJ, no REsp 1.745.056/MG (j. 15/04/2019), se posicionou pela necessidade de demonstração de prejuízo para declaração de nulidade, conforme art. 563 do CPP, inclusive para casos de divulgação de todos os votos dados em quesitos apurados no Tribunal do Júri.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Dentre os diversos princípios que regem o Tribunal do Júri, cuida a Constituição do sigilo das votações, ou seja, embora público o debate produzido em plenário, o momento da colheita dos veredictos é sigiloso, mantida, portanto, a sala secreta do Júri para tal fim. Justifica-se esse cuidado em virtude da própria natureza do Júri e da proteção que se deve conferir ao jurado leigo (sem as garantias, portanto, do juiz togado), que não encontraria tranquilidade para julgar fosse pública a votação, sujeita à interferência de populares, parentes da vítima, amigos do réu, etc. Também o trabalho do juiz, por vezes extremamente árduo, consistente em explicar aos jurados todo o procedimento da votação, restaria prejudicado se tivesse que ser realizado em público. Preserva-se, assim, a livre formação da

convicção do jurado, imune a qualquer influência externa, preocupação verificada, também, no dispositivo que impõe a incomunicabilidade entre os componentes do conselho de sentença, a fim de que um não interfira na decisão do outro.

Aliás, não havendo possibilidade de o jurado fundamentar sua decisão, a necessidade de publicidade do julgamento seria mesmo inócua. Esse princípio não afronta outro, também de índole constitucional, que garante a publicidade de todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário (art. 93, inc. IX, da CF), pois a própria norma constitucional prevê a possibilidade de exceção à regra, “se o interesse público o exigir”. Ademais, entre uma disposição mais restrita (a que impõe o sigilo das votações) e outra mais abrangente (a que garante a publicidade do julgamento), deve prevalecer, por aplicação da hermenêutica, a primeira.

Interessante notar que tratando-se de um veredicto obtido de forma unânime (7 x 0), seja para condenar ou absolver, o princípio em estudo restava prejudicado ante a conclusão óbvia de que todos os jurados haviam julgado da mesma maneira. Por isso se sustentava, com base na jurisprudência francesa, que uma vez obtida a maioria necessária para um veredicto irreversível (por exemplo, 4 x 1 pela absolvição ou 6 x 0 pela condenação), melhor seria que se interrompesse a colheita dos demais votos, como forma de se preservar o sigilo. Preciosa, nesse sentido, a lição de Ruy Barbosa, para quem “tão absoluto é o império desse preceito, de tal modo se liga às funções vitais da instituição, que, para encerrar o sigilo das responsabilidades do jurado no mistério mais impenetrável, a jurisprudência francesa anula os veredictos [...] quando contarem com a declaração de unanimidade, porque a resposta nesses termos dá virtualmente a conhecer a opinião de todos os jurados”.

Pois bem, a reforma do Júri, operada em 2008, comprometida com a preservação do sigilo e atenta à sugestão doutrinária, corrige essa falha. De sorte que o § 1º do art. 483, determina que “a resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado”. É dizer: se mais de três jurados responderem negativamente aos quesitos referentes à materialidade do fato e à autoria ou participação, a votação estará automaticamente encerrada, no sentido da absolvição do réu, sem que seja necessário se proceder à colheita dos demais votos. Disposição semelhante é encontrada no § 2º do art. 483: “Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”.

Diante desse sistema, a revelação de que as votações de determinados quesitos foram unâнимes é capaz de anular o julgamento? Segundo decidiu o STJ no REsp 1.745.056/MG (j. 15/04/2019), **não há nulidade**.

Naquele caso, o juiz presidente prosseguiu na apuração dos votos até o final, o que acabou revelando votações unâнимes. O Tribunal de Justiça declarou a nulidade do julgamento por violação ao sigilo das votações, mas o Ministério Público interpôs recurso especial alegando não ter havido “prejuízo comprovado aos jurados ou ao réu pela inobservância ao disposto no art. 483, § 1º e § 2º, do CPP, que

determina a interrupção da apuração de um quesito quando alcançada a maioria de votos”, além de “inexistir nulidade expressamente prevista no texto legal pela apuração de todos os votos”.

Invocando precedentes, o ministro Joel Ilan Paciornik deu razão ao Parquet. Segundo declinou em seu voto, mesmo em casos como o julgado a nulidade só deve ser reconhecida se demonstrado o prejuízo decorrente do ato atacado, o que não foi apontado nem mesmo pelo tribunal de origem. Por isso, deu provimento ao recurso especial para afastar a nulidade e determinar o prosseguimento do julgamento dos recursos de apelação pela segunda instância:

“O Tribunal de origem entendeu pela ocorrência de nulidade absoluta por ofensa ao sigilo das votações porque os votos de quesitos julgados de forma unânime foram abertos e divulgados na sua totalidade, em potencial prejuízo ao acusado. Cito o trecho:

‘B- *DA NULIDADE ABSOLUTA DO JULGAMENTO*. Analisando detidamente os autos, constata-se que lamentavelmente padecem estes de vício insanável, a exemplo do que já decidi quando do julgamento dos Embargos Infringentes n° 1.0024.11.221650-2/009. *In casu*, a ocorrência verificada no julgamento em tela colide frontalmente com a nova redação do artigo 483, § 2º do CPP, dada pela Lei n° 11.689/2008, e, principalmente, encontra-se em confronto com o princípio do sigilo das votações do Tribunal do Júri. Na forma determinada pelo art. 483. do CPP, deveria o d. Magistrado ter iniciado a divulgação das cédulas de votação, cessando a publicidade quando alcançados 04 (quatro) votos em um mesmo sentido, já que o referido dispositivo legal não determina que todas as cédulas sejam abertas, mas pelo contrário, define que em caso de alcançar quatro votos “sim” ou “não”, ou seja, a maioria, deve o magistrado cessar a leitura dos votos em relação àquele quesito. Acerca do assunto, transcreve-se o magistério de Guilherme de Souza Nucci: [...] Colaciona-se também da jurisprudência emanada do c. Supremo Tribunal Federal: [...] Assim, o sigilo na votação dos jurados impede justamente que se extraia desta qualquer presunção que ultrapasse o próprio veredicto condenatório, o que poderia causar prejuízo ao sentenciado. *In casu*, percebe-se do Termo de Votação colacionado às ff. 1.303-1.304 que 07 (sete) dos quesitos foram respondidos por unanimidade de votos, enquanto outros 06 (seis) de forma não unânime, sendo que os votos proferidos pelos Senhores Jurados foram portanto, abertos e divulgados na totalidade, ferindo a regra constitucional do sigilo das votações (fls. 1701/1702)’

Contudo, esta Corte se posicionou pela necessidade de demonstração de prejuízo para declaração de nulidade, conforme art. 563 do CPP, inclusive para casos de divulgação de todos os votos dados em quesitos apurados no Tribunal do Júri. Cito precedentes:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. SIGILO DAS VOTAÇÕES. VOTAÇÃO DOS QUESITOS LEVADA ATÉ O FINAL, SEM TER SIDO ENCERRADA QUANDO OBTIDA A MAIORIA. ARTIGO 483, §§ 1º E 3º, DO CPP. NULIDADE DO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 523/STF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS À DEFESA. MERA IRREGULARIDADE. 1. Cinge-se à questão acerca da nulidade da sessão plenária por ter sido a votação dos quesitos levada até o final, sem ter sido encerrada quando obtida a maioria, em desrespeito ao contido no artigo 483, §§ 1º e 3º, do CPP. 2. No ponto, o Tribunal de origem afastou o vício por não ter

o acusado demonstrado o prejuízo sofrido, além de considerar a matéria preclusa. 3. No campo da nulidade no processo penal vigora o princípio “pas de nulité sans grife”, segundo o qual, o reconhecimento de nulidade exige a comprovação de efetivo prejuízo (art. 563 do Código de Processo Penal). Foi, desse modo, editado pelo Supremo Tribunal Federal o enunciado sumular 523, que assim dispõe: 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. Nessa linha, a demonstração do prejuízo sofrido pela defesa – que, em alguns casos de nulidade absoluta, por ser evidente, pode decorrer de simples raciocínio lógico do julgador – é reconhecida pela jurisprudência atual como imprescindível tanto para a nulidade relativa quanto para a absoluta. 4. No presente caso, o Tribunal a quo afastou a ocorrência de qualquer prejuízo. Assim, ausente a demonstração do prejuízo sofrido pelo recorrente, por ter sido a votação dos quesitos levada até o final, sem ter sido encerrada quando obtida a maioria, não há nulidade a ser sanada. 5. Ademais, segundo julgado da Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça “conquanto a regra contida nos §§ 2º e 3º do art. 483 do CPP, com a redação determinada pela Lei nº 11.689/2008, estabeleça o encerramento da votação com a resposta de mais de 3 (três) jurados, a circunstância de o magistrado haver prosseguido na abertura das respostas dos demais jurados não maculou o princípio do sigilo das votações, tratando-se de mera irregularidade” (HC 162.443/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2012, DJe 9/5/2012). 6. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1454610/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, 5ª TURMA, DJe 25/5/2016).

(...)

Logo, considerando que no caso concreto a Corte de origem não declinou o efetivo prejuízo suportado pelo recorrido com a divulgação de todos os votos dados para cada quesito, deve ser rechaçada a declaração de nulidade”.

3-TEMA: STJ - Prisão em flagrante por mais de 24h. Demora na realização da audiência de custódia. Ilegalidade caracterizada. Ordem concedida.

HABEAS CORPUS 485.355. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. TERATOLOGIA. PRISÃO EM FLAGRANTE POR MAIS DE 24 HORAS. DEMORA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Os textos internacionais que fundamentaram a regulamentação da audiência de custódia não estabelecem um prazo determinado para a realização do ato. Utilizando expressões abertas, indicam, contudo, imediatidade.

No Brasil, a Resolução 213 do CNJ estabelece um prazo de 24h da comunicação do flagrante (art. 1º.) ou das outras modalidades de prisão (art. 13).

No que diz respeito ao flagrante, a mesma Resolução, no §1º. do art. 1º., anuncia que a sua comunicação à autoridade judicial se dará por meio do encaminhamento do respectivo auto de prisão.

Com isso concluímos que, primeiro, a autoridade policial finaliza a autuação em flagrante do conduzido (que deverá ocorrer, segundo nossa legislação, em até 24h), e, depois, em até 24h, apresentar o preso ao juiz competente.

No julgado em exame, o STJ concedeu habeas corpus para, confirmando liminar deferida anteriormente, relaxar a prisão em flagrante de um homem acusado de tráfico de drogas e porte ilegal de arma no Ceará. Ele passou mais de 96 horas preso apenas em função do flagrante, sem que fosse realizada a audiência de custódia, e só foi solto por força de uma liminar concedida pelo ministro Rogerio Schietti Cruz.

Além de deferir o habeas corpus, o colegiado decidiu comunicar o caso à corregedoria do CNJ, a fim de que tome as providências cabíveis diante do descumprimento das normas sobre a audiência de custódia. “A ilegalidade ora reconhecida não configura prática isolada no Estado do Ceará”, afirmou o ministro Schietti, relator do processo, mencionando dois outros habeas corpus daquele estado que trataram de situações semelhantes e nos quais também foi concedida liminar.

O caso mais recente diz respeito a um indivíduo que foi preso em flagrante na posse de maconha, crack, balança de precisão e um revólver. A defesa argumentou que o acusado ficou detido por mais de 96 horas sem a análise da legalidade da prisão ou a realização da audiência de custódia.

Foi impetrado habeas corpus no Tribunal de Justiça do Ceará, mas o desembargador plantonista se negou a despachar o pedido de liminar por entender que o caso não se enquadrava nas hipóteses passíveis de análise no plantão judiciário – o que levou a defesa a buscar o STJ.

Para o ministro Rogerio Schietti, a ilegalidade presente no caso justifica a não aplicação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal (STF), a qual, em princípio, impediria o exame do pedido da defesa antes da conclusão do julgamento do habeas corpus anterior no tribunal estadual.

Segundo o relator, o artigo 1º da Resolução 213 do CNJ – em conformidade com decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 – determina que toda pessoa presa em flagrante seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas, à autoridade judicial competente.

“Considerando que a prisão em flagrante se caracteriza pela precariedade, de modo a não se permitir a sua subsistência por tantos dias sem a homologação judicial e a convalidação em prisão preventiva, identifiquei manifesta ilegalidade na omissão apontada”, afirmou o ministro.

Schietti frisou que, apesar de relaxar o flagrante, **essa ordem não prejudica a possibilidade de decretação da prisão preventiva, se for concretamente demonstrada sua necessidade, ou de imposição de alguma medida alternativa prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal.** Ele lembrou a importância de o juiz avaliar a necessidade de manutenção da prisão preventiva, pois a medida atinge um dos bens jurídicos mais expressivos do cidadão: a liberdade.

DIREITO PENAL:

1- TEMA: Art. 218-B, § 2º, I, do Código Penal. Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável. Agente que pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Habitualidade. Desnecessária.

INFORMATIVO 645 STJ- QUINTA TURMA

O crime previsto no inciso I do § 2º do artigo 218-B do Código Penal se consuma independentemente da manutenção de relacionamento sexual habitual entre o ofendido e o agente (PROCESSO: HC 371.633/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, por unanimidade, julgado em 19/3/2019, DJe 26/3/2019).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A Lei 12.015/2009, reunindo no art. 218-B os artigos 244-A do ECA, e 228, § 1º, do Código Penal, criou o delito de favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. A Lei nº 12.978/14 modificou o nomen iuris do art. 218-B, sendo agora rotulado como “favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável”.

Além disso, o novo diploma incluiu o art. 218-B, em todas as suas formas, no rol dos crimes hediondos.

Trata-se de crime comum, podendo qualquer pessoa praticá-lo.

O polo passivo será integrado por pessoa (homem ou mulher) menor de 18 anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato.

Embora o texto legal não diga, faz-se necessário que o menor não tenha menos de 14 anos, pois, nesse caso, o crime poderá ser o estupro de vulnerável (art. 217-A).

Ainda poderá figurar como sujeito passivo quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Nessa última hipótese, a exploração sexual não pode atingir o nível da prática do ato de libidinagem, sob pena de poder configurar o estupro de vulnerável já mencionado.

Seis são as ações nucleares típicas anunciadas pelo “caput”: submeter (sujeitar), induzir (inspirar, instigar), atrair (aliciar) a vítima à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la (proporcionar meios, afastar dificuldades), ou impedir (opor-se) ou dificultar (criar obstáculos) que alguém a abandone.

Incorre nas mesmas penas (§ 2º):

I – quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com pessoa menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo. Com razão alerta Nucci: “quer se punir, de acordo com o art. 218-B, aquele que insere o menor de 18 anos no cenário da prostituição ou outra

forma de exploração sexual, facilita sua permanência ou impede ou dificulta sua saída da atividade. Por isso, passa-se a punir o cliente do cafetão, agenciador dos menores de 18 anos, que tenha conhecimento da exploração sexual. Ele atua, na espécie, como partícipe. Não há viabilidade de configuração do tipo penal do art. 218-B, § 2º, I, quando o menor de 18 e maior de 14 procurar a prostituição por sua conta e mantiver relação sexual com outrem. Afinal, ele não se encontra na ‘situação descrita no caput deste artigo’ (expressa menção feita no § 2º, I, parte final)” *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 59).

Diferentemente do “caput” do artigo 218-B da Lei Penal, que reclama a habitualidade para a sua configuração, a figura do inciso I do § 2º independe da manutenção de relacionamento sexual habitual entre o ofendido e o agente.

2 -TEMA: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLAÇÃO DO ART. 17 DA LEI N. 11.340/2006.

STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.790.508 - SP (2019/0004261-0)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLAÇÃO DO ART. 17 DA LEI N. 11.340/2006. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE APLICOU, DE FORMA ISOLADA, A PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 44, I, DO CP. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE COMINADA NA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

Recurso especial provido

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O legislador, por meio do art. 17 da Lei 11.343/06, vedou a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. A intenção é ver o agressor cumprir pena de caráter pessoal.

Devemos, em adendo ao citado artigo, recordar que tampouco se admite a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo enunciado da Súmula 588, do STJ, in verbis:

“A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

22 de abril de 2019

1- Ministro nega recurso de ex-prefeito de Indaiatuba (SP) envolvido em suposta desapropriação fraudulenta

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

23 de abril de 2019

2- 1ª Turma nega HC a condenado por tráfico internacional de drogas acusado de lavagem de dinheiro

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Negado habeas corpus a acusado de homicídio no trânsito por acidente ocorrido em 2011, em São Paulo

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma determina arquivamento de investigações contra Ricardo Berzoini

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Rejeitado recurso que buscava homologação de acordo feito com a Polícia Federal

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

25 de abril de 2019

6- Ministro Alexandre de Moraes apresenta informações em ação sobre trâmite de inquérito no STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

22 de abril de 2019

7- Ministro autoriza prorrogação do prazo de internação de João de Deus em hospital de Goiânia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

23 de abril de 2019

8- Quinta Turma reduz pena do ex-presidente Lula para oito anos e dez meses

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

24 de abril de 2019

9- Sexta Turma substitui prisão de ex-secretário do Rio por outras medidas cautelares

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

25 de abril de 2019

10- Sexta Turma nega habeas corpus a advogado acusado de denúncia caluniosa contra promotor

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 046

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Renúncia ao direito de recorrer pelo Ministério Público

Por conta da voluntariedade dos recursos, é possível que o sucumbente disponha do reexame, isto é, abra mão do recurso, através da renúncia ou desistência.

A renúncia ocorre antes da interposição do recurso e antecipa o trânsito em julgado da decisão.

Já a desistência ocorre depois de interposto o recurso e impede seu conhecimento. É dada, assim, a possibilidade de qualquer parte ou interessado no processo renunciar ou desistir de recurso interposto.

A exceção à regra ocorre no art. 576 do CPP, que trata especificamente do Ministério Público. Ao *Parquet* se impõe o princípio da indisponibilidade, que o impede de **desistir** da ação penal pública, não alcançando a renúncia.

Em suma, o Ministério Público pode renunciar ao recurso, mas não desistir do recurso interposto.

Nesse sentido:

STJ (clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudência)

TJ MS (clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudência).

Pesquisa solicitada pela Promotora de Justiça Criminal da Capital, **Dra Maria Teresa Penteado de Moraes**.

2- Tema: Correção Parcial – Pluralidade de causas de aumento de pena na parte especial do CP. Discricionariedade (e não obrigatoriedade) de o juiz aplicar somente uma, a que mais aumenta (art. 68, parágrafo único, CP).

Reza o art. 68, parágrafo único, do CP:

“No concurso de causas de aumento (...) previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento (...), prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente (...)”.

Dentro desse espírito, o juiz, atento aos fins da pena, escolhe aplicar as duas (observando o princípio da incidência isolada) ou apenas uma, escolhendo, nesse caso, a que mais aumenta.

Deve ser observado que, em momento algum, o citado dispositivo obriga o magistrado a aplicar somente uma majorante.

Logo, deve ser aquilatado o caso concreto, com espreque no princípio da suficiência. Se uma só causa de aumento – mesmo sendo a que mais aumente - for insuficiente para atingir os fins da pena, deve o juiz sentenciante aplicar as duas.

Se houver por bem aplicar apenas uma das causas de aumento, o juiz deve considerar a outra na aplicação da pena-base.

Assim, por exemplo, se um roubo for cometido com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, é possível ao juiz considerar esta última na primeira fase de aplicação da pena para em seguida promover o aumento na terceira fase pela incidência da majorante arma de fogo.

Clique [aqui](#) para ter acesso à Correição Parcial interposta pela **Dra. Daniela Neves**.

Clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudências sobre o tema.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Justiça estadual é competente para julgar crime ocorrido a bordo de balão

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 29/4/2019

Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que compete à Justiça estadual processar e julgar crime ocorrido a bordo de balão de ar quente, uma vez que esse tipo de veículo não pode ser entendido como aeronave, o que afasta a competência federal.

O conflito negativo de competência foi suscitado após a Justiça estadual remeter ao juízo federal em Sorocaba (SP) os autos da investigação sobre possíveis crimes de homicídio culposo e de lesão corporal culposa decorrentes da queda de dois balões no município de Boituva (SP). No acidente, ocorrido em 2010, três pessoas morreram e outras sofreram lesões corporais.

Após manifestação do Ministério Público de São Paulo, o juízo estadual declinou da competência por entender que os balões de ar quente seriam equiparados a aeronaves – argumento contestado pela Justiça Federal.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): CC 143400

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Diferentemente dos navios, no que se refere às aeronaves, existirá a competência federal, independentemente de seu porte. Vale recordar que a definição de aeronave é dada pelo art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86), nos seguintes termos: “Considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas”.

Ademais, consoante reiterado entendimento do STJ, o crime será federal ainda que praticado no interior de aeronave que esteja em solo (STJ, HC n. 108478 -SP, Rel. Adilson Vieira Macabu, j. 22/02/2011).

Questão intrigante diz respeito à possibilidade de ocorrência de crime a bordo de balão. Seria hipótese de crime de competência federal? Estaria o balão abrangido pela ideia de aeronave?

É possível concluir não se tratar de crime federal. Com efeito, malgrado seja o balão passível de limitado controle, não se pode considerá-lo inserido na ideia de “aparelho manobrável”, conforme preconiza o Código Brasileiro de Aeronáutica.

Foi o que decidiu o STJ no conflito de competência em análise. O relator do conflito na Terceira Seção, ministro Ribeiro Dantas, afirmou que a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que “é de competência da Justiça Federal processar e julgar delitos cometidos a bordo de aeronaves, nos termos do inciso IX do artigo 109 da Constituição Federal”.

Para a definição do conflito, explicou, era preciso considerar a classificação jurídica do termo “aeronave” e estabelecer se os balões de ar quente tripulados estão abrangidos pelo conceito.

O ministro adotou como razões de decidir o parecer do Ministério Público Federal, que cita a definição oficial de aeronave trazida no artigo 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986).

Segundo o parecer, o dispositivo estabelece duas restrições que excluem da Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes ocorridos a bordo de balões e dirigíveis. De acordo com a lei, aeronave é “aparelho manobrável em voo” e que possa “sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas”.

Dessa forma, o parecer destacou que os balões e dirigíveis não são manobráveis, mas apenas controlados em voo, já que são guiados pela corrente de ar. Além disso, sua sustentação se dá por impulsão estática decorrente do aquecimento do ar ao seu redor e não por reações aerodinâmicas.

“Nesse viés, ainda que de difícil definição jurídica, o termo ‘aeronave’ deve ser aquele adotado pela Lei 7.565/1986 em seu artigo 106, o que, de fato, afasta dessa conceituação os balões de ar quente, ainda que tripulados”, concluiu o relator.

2-Tema: Extinção da execução da pena depende do pagamento da multa imposta

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.171.615 SÃO PAULO

O TJSP, aplicando entendimento do STJ firmado no Recurso Especial 1.519.777/SP, manteve a decisão do Juízo da 2ª Vara das Execuções Criminais da Comarca de São Paulo que declarou, independentemente do pagamento da pena de multa aplicada, extinta a punibilidade da recorrida.

O STF, verificando que o acórdão recorrido não se coaduna com a atual jurisprudência da Suprema Corte, acolheu recurso do MP para cassar a decisão.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do **Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais**.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O cumprimento da pena privativa de liberdade não tem o condão, por si só, de ensejar a extinção integral da punibilidade estatal, mormente quando pendente o cumprimento da multa cumulativa, logo, parte do preceito secundário concretamente contido no título judicial.

A Lei nº 9.268/96 – que alterou o artigo 51, do Código Penal – não afastou a natureza penal da reprimenda pecuniária, conforme entendimento reafirmado pelo Plenário do STF, em julgamento realizado no dia 13/12/2018. Aliás, no referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que, em virtude da natureza de sanção penal, a pena de multa deve ser executada pelo Ministério Público na própria Vara de Execuções Penais.

O tribunal apreciou conjuntamente uma questão de ordem na Ação Penal 470 e a ADI 3150. A ação direta de inconstitucionalidade havia sido ajuizada pelo Procurador-Geral da República para que o tribunal conferisse interpretação conforme ao art. 51 do Código Penal e estabelecesse a legitimidade do Ministério Público e a competência da Vara de Execuções Penais para a execução da pena de multa. Já na questão de ordem contestava-se decisão do ministro Barroso, que havia estabelecido, com base no art. 164 da LEP, a legitimidade do Ministério Público para executar multa imposta na AP 470, mas a União sustentava que a Lei 9.268/96 havia revogado tacitamente o disposto na Lei de Execução Penal, razão por que caberia à Procuradoria da Fazenda Nacional executar a sanção imposta naquela condenação.

Segundo o ministro Barroso – que foi acompanhado pela maioria –, a alteração promovida pela Lei 9.268/96 não alterou a natureza da pena de multa, que continuou a ser uma espécie de sanção penal, tanto que na própria AP 470 o STF impôs o pagamento da multa como condição para a progressão de regime. O art. 164 da LEP, portanto, continua em vigor e é claro ao estabelecer a legitimidade do Ministério Público, a quem cabe a fiscalização da execução penal.

Ainda segundo a decisão, apenas se o Ministério Público não adotar as providências para a cobrança no prazo de noventa dias é que o juiz da Vara de Execuções Penais deve cientificar a Fazenda Pública para que proceda à cobrança perante a Vara de Execuções Fiscais e com base na Lei 6.830/80.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Terceira Seção aprova duas novas súmulas

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 02/05/2019

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou as Súmulas 630 e 631. A primeira trata da incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes, e a segunda, dos efeitos primários e secundários do indulto.

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

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A confissão é simples quando o acusado assume a prática dos fatos que lhe são atribuídos. Pode ser total (o agente confessa o crime com todas as suas circunstâncias) ou parcial (caso em que não se admite, por exemplo, qualificadoras ou causas de aumento). Já na confissão qualificada, o réu admite a autoria do evento, mas alega fato impeditivo ou modificativo do direito (como a presença de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade).

O art. 65, III, d, do CP dispõe que se atenua a pena se o agente confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime. No Superior Tribunal de Justiça, firmou-se o entendimento de que mesmo a confissão parcial deve ser considerada para atenuar a pena se utilizada como fundamento para a condenação (súmula nº 545).

Embora haja decisões em que a atenuante foi reconhecida em situações nas quais acusados do crime de roubo confessaram a subtração mas negaram a prática de violência ou grave ameaça (AgRg no HC 452.897/SP, j. 07/08/2018), o STJ impõe, no geral, que a confissão seja relativa ao fato típico atribuído ao agente; caso se trate de admissão parcial para tentar modificar a imputação, não incide a atenuante. A súmula 630 deixa claro o que o tribunal já vinha decidindo a respeito da confissão no crime de tráfico:

“O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, em se tratando do crime de tráfico de entorpecentes, a confissão espontânea do acusado que admite a propriedade da droga, no entanto afirma ser destinada a consumo próprio, sendo mero usuário, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal – CP. Precedentes” (Quinta Turma, HC 488.991/PR, j. 26/03/2019).

“É firme nesta Corte Superior o entendimento de que a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo

acusado, não sendo apta para atenuar a pena a mera admissão da propriedade para uso próprio. Nessa hipótese, inexistente, sequer parcialmente, o reconhecimento do crime de tráfico de drogas, mas apenas a prática de delito diverso' (AgRg no HC 351.962/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)" (Sexta Turma, AgRg no AREsp 1.263.525/MG, 12/06/2018).

Súmula 631: O indulto extingue os efeitos primários da condenação (pretensão executória), mas não atinge os efeitos secundários, penais ou extrapenais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O indulto é uma causa extintiva da punibilidade concedida pelo Presidente da República, via decreto presidencial (art. 84, XII, CF/88 – ato administrativo), podendo ser delegada a atribuição aos Ministros de Estado, ao Procurador Geral da República ou ao Advogado Geral da União. Pode ser: a) pleno, quando extingue totalmente a pena, ou parcial (quando concede apenas diminuição da pena ou sua comutação); b) incondicionado, quando a lei não impõe qualquer requisito para a sua concessão, ou condicionado, quando a lei impõe algum requisito, como o ressarcimento do dano, por exemplo.

Seja como for, a concessão do indulto atinge apenas e tão somente os efeitos executórios penais da condenação, cessando ou modificando a execução da pena, mas o crime subsiste, assim como a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários (penais e extrapenais). Desta forma, permanecem, relativos à condenação, os maus antecedentes e a reincidência como condições desfavoráveis ao agente, a conversão das penas restritivas de direitos, a interrupção do prazo prescricional, a revogação do sursis e do livramento condicional etc., da mesma forma como permanecem os efeitos genéricos e específicos da condenação, disciplinados, respectivamente, nos artigos 91 e 92 do CP.

Embora pareça não haver controvérsia sobre a extensão do indulto, o STJ foi por diversas vezes provocado a afastar os efeitos secundários da condenação, mas a orientação firmada – agora inclusive pela súmula – não deixa dúvida: somente os efeitos primários são alcançados:

"[o] indulto, ato político, está previsto no art. 84, XII, da CF, e é privativo do Presidente da República. Tem por escopo extinguir os efeitos primários da condenação, isto é, a pena, de forma plena ou parcial (HC 94.425/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 16/11/2009), persistindo os efeitos secundários, tais como reincidência, inclusão do nome do réu no rol dos culpados, obrigação de indenizar a vítima etc." (HC 368.650/SP, j. 13/12/2016)

"1. Subsiste, para fins de reincidência, condenação anterior em que foi concedido o benefício do indulto, vez que esse perdão apaga apenas os efeitos executórios da condenação, mas não os secundários" (HC 186.375/MG, j. 21/06/2011)

"IV – O fato de haver sido agraciado com indulto não altera a situação do candidato, já que este benefício atinge somente a pena imposta criminalmente, só alcançando os efeitos principais da condenação, subsistindo todos os demais efeitos secundários penais e os extrapenais" (RMS 17.459/RS, j. 04/11/2004)

2- Tema: Vedação do indulto ao condenado pelo crime de associação para o tráfico

STJ- AgRg no HC 464.605/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 2/4/2019, DJe 8/4/2019:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. INDULTO. DECRETO PRESIDENCIAL N. 9.246/2017. VEDAÇÃO LEGAL CONTIDA NO ART. 44, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O art. 44 da Lei n. 11.343/2006 estatui que "os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos."

2. Embora a vedação à concessão do indulto ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não conste, de fato, no Decreto Presidencial n. 9.246/2017, está expressamente delineada no art. 44, caput, da Lei n. 11.343/2006.

3. Não é possível a concessão de indulto ou comutação da pena ao condenado pelo delito de associação para o tráfico de drogas, pois há vedação legal contida no art. 44, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

No mesmo sentido: RECURSO ESPECIAL Nº 1.768.822 - SP

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do **Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais**.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Reza o art. 44 da Lei de Drogas:

"Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico".

Por conta desta peculiar maneira de redigir a norma restritiva, temos doutrina ensinando que passaram a ser equiparados a hediondo não apenas o tráfico de drogas (arts. 33, caput, § 1º, e 36), mas todos os demais tipos incriminadores referidos no art. 44 (inclusive arts. 34, 35 e 37).

Não é o que prevalece. A equiparação a crime hediondo tem gênese constitucional, não podendo o legislador ordinário suplantar o rol taxativo apresentado pelo constituinte.

Portanto, são equiparados a hediondo somente os crimes dos arts. 33, caput, §1º e 36, não alcançando os delitos dos arts. 34, 35 e 37, pois neles não ocorre tráfico de drogas propriamente dito.

Em que pese a discussão acima, percebe-se que o art. 44 da Lei de Drogas prevê consequências típicas de um crime hediondo (aliás, até mais rigorosas) para todos os delitos nele previstos (arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37), independentemente da sua equiparação ao delito hediondo.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

29 de abril de 2019

1- STF vai decidir se prova obtida por meio de abertura de pacote postado nos Correios viola o sigilo das correspondências

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Ministro rejeita HC de ex-prefeito de Foz do Iguaçu condenado por crime previsto na Lei de Licitações

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

30 de abril de 2019

3- Ministro nega pedido de arquivamento de ação penal contra denunciado por mortes em queda de ciclovia no Rio

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

02 de maio de 2019

4- Negado pedido de liberdade a acusado de feminicídio contra a mãe no interior de Alagoas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Ministro cassa decisão que determinou indiciamento de acusado após recebimento da denúncia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

29 de abril de 2019

6- Jurisprudência molda os limites para concessão do sursis processual

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

02 de maio de 2019

7- João de Deus tem prorrogada permanência em hospital de Goiânia por mais 30 dias

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

03 de maio de 2019

8- Sexta Turma nega pedido de anulação e libera ação penal contra ex-governador Beto Richa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAOCrim

Boletim Criminal **Comentado** n° 047

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha
Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

AVISOS

1. O CAOCrim realizará, no próximo dia 16 de maio deste ano, às 17h00, o workshop sobre “ATUALIZAÇÃO LEGISLATIVA”. Como na última oportunidade houve problemas técnicos e não foi possível a realização, superado o problema, os integrantes do CAOCrim estarão novamente no Skype para debater as últimas e mais importantes alterações legislativas. O enfoque é prático. A atualização busca auxiliar a atividade fim da Promotoria de Justiça Criminal, numa abordagem repleta de situações concretas muito interessantes. Não perca. [Ingressar em Reunião do Skype](#)

2. No dia 14 de maio deste ano, às 9h00, o CAOCrim vai se reunir com os Promotores de Justiça Criminais dos Foros Regionais da Capital. Durante a reunião de trabalho serão discutidos: **i)** o acordo de não persecução penal; **ii)** o laudo pericial nas máquinas de caça-níqueis; **iii)** a investigação criminal de erros médicos.

3. Por fim, em 7 de junho, das 9h às 12h30min, no edifício sede da instituição na capital paulista, no Auditório Luis Felipe (9º andar), o CAOCrim realizará Reunião de Trabalho sobre a sistematização das melhores técnicas para o Plenário do Júri. Serão estabelecidas linhas gerais para uniformizar a atuação no plenário do Júri. Confira a [programação](#) e faça sua inscrição: Interessados devem se inscrever [por meio deste link](#). Estarão presentes promotores de Justiça que atuam há anos nos Tribunais do Júri, inclusive de outros Estados. Cada participante terá voz nas discussões dos tópicos a serem abordados, com a mediação do CAOCrim. O material produzido a partir dos debates será disponibilizado a toda a classe como forma de orientar a atuação das Promotorias de Justiça do Júri.

ESTUDOS DO CAOCRIM

Tema: **REFLEXOS PENAIS DO DECRETO 9.785, DE 7 DE MAIO DE 2019**

Introdução

A publicação do Decreto 9.785, em 7 de maio de 2019, já traz ao mundo jurídico discussões importantes em razão de seus evidentes reflexos na esfera penal, uma vez que passa a regulamentar o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003).

Este estudo pretende explorar os principais impactos no âmbito criminal e, assim, não ingressará nos motivos que levaram o Poder Executivo da União a editá-lo. Tampouco trataremos das regras para a aquisição e registro das armas ou para a obtenção do porte, salvo quando tiverem direto reflexo nos tipos penais do Estatuto.

Para tanto, faremos uma breve descrição da história recente da regulamentação da Lei 10.826, o quadro jurídico que existia em cada fase, até finalmente chegarmos ao atual estágio trazido pelo novo decreto.

1. Um breve histórico da recente sucessão de decretos sobre armas, com reflexos penais

Depois da entrada em vigor da Lei 10.826/2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, o Poder Executivo Federal, através da Portaria Interministerial 388, de 04 de fevereiro de 2004, criou uma comissão para elaboração de proposta para o decreto que deveria regulamentá-la. A proposta foi elaborada e esteve sujeita à consulta popular até o dia 27 de abril do mesmo ano, resultando na edição do Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004.

Esse decreto não trouxe qualquer definição de arma ou de suas espécies, isso porque o assunto já era regulado pelo Decreto 3.665/2000 – “Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados”, também conhecido como “R-105” – que foi mantido.

Em suma, o operador do Direito, no seu dia a dia, observava, de um lado, o Decreto 5.123/2004, que trazia importantes regras sobre o SINARM e SIGMA, e também sobre aquisição, registro e autorização de porte de armas de fogo, munições e acessórios; e de outro, o Decreto 3.665/2000 (R-105), que disciplinava, dentre outras coisas, as espécies de armas, dividindo-as em de uso restrito e de uso permitido.

O Decreto 5.123/2004 foi inteiramente revogado pelo Decreto 9.785/2019, editado em maio. Já o Decreto 3.655/2000 teve revogação apenas parcial, embora já tenha data para sua revogação total, que ocorrerá em 1º de julho do corrente ano, por força de outro ato normativo, o Decreto 9.493/2018. Trataremos deste instrumento normativo mais adiante.

1.1. O regime dos Decretos 5.123/2004 e 3.655/2000

Os conceitos sobre armas, munições e acessórios, para fins de aplicação do Estatuto do Desarmamento, podiam ser encontrados no agora revogado Decreto 5.123/2004 e no já aludido

Decreto nº 3.665/2000, ainda parcialmente em vigor, ao menos até 1º de julho de 2019.

Assim, *arma* é qualquer artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas (Decreto 3.665/2000, art. 3º, IX).¹

Mais especificamente, *arma de fogo* é aquela “que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão de propelente, além de direção e estabilidade ao projétil” (Decreto 3.665/2000, art. 3º, XIII).²

Porém, como todos sabemos, a Lei nº 10.826/2003 cita em seu texto três espécies de armas de fogo: *de uso proibido*, *de uso restrito* e *de uso permitido*.

O inciso LXXX do art. 3º do Decreto 3.665/2000 explicava que “a antiga designação ‘de uso proibido’ é dada aos produtos controlados pelo Exército designados como ‘de uso restrito’”.³ Quer dizer, as expressões *de uso proibido* e *de uso restrito* eram consideradas sinônimas para os efeitos legais.

O Decreto 5.123/2004, em seu art. 11, definia *arma de fogo de uso restrito* como aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica. É praticamente a mesma definição que continha o inciso XVIII, do art. 3º, do Decreto 3.665/2000.⁴

Mas, afinal, que armas eram essas? A resposta era encontrada, mais uma vez, no Decreto 3.665/2000, mais especificamente, em seu art. 16. Armas de fogo de uso restrito eram:⁵

- as iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;
- as que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;
- as curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a 300 libras-pé

¹ Esse dispositivo permanece inteiramente em vigor, até que seja revogado pelo Decreto 9.493/2018, que entrará em vigor em 1º de julho do corrente ano.

² Esse dispositivo permanece inteiramente em vigor, até que seja revogado pelo Decreto 9.493/2018, que entrará em vigor em 1º de julho do corrente ano.

³ Art. 3º, LXXXI, do Decreto 3.665/2000: “a designação ‘de uso restrito’ é dada aos produtos controlados pelo Exército que só podem ser utilizados pelas Forças Armadas ou, autorizadas pelo Exército, algumas Instituições de Segurança, pessoas jurídicas habilitadas e pessoas físicas habilitadas”. Esse dispositivo foi revogado pelo Decreto 9.785/2019, que trouxe definição própria.

⁴ Esses dispositivos foram revogados pelo Decreto 9.785/2019, o primeiro, de forma expressa, e o segundo, porque o novo decreto trouxe definição própria.

⁵ Esse dispositivo foi revogado pelo Decreto 9.785/2019, que trouxe definição própria.

ou 407 Joules, como ocorre, por exemplo, nos calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;

- as longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a 1.000 libras-pé ou 1.355 Joules, como ocorre, por exemplo, nos calibres .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;
- as automáticas⁶ de qualquer calibre;
- as de alma lisa (sem raiamento) de calibre 12 ou maior com comprimento de cano menor que 24 polegadas ou 610 milímetros;
- as de alma lisa de calibre superior ao 12;
- as dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes, desde que o mecanismo seja o mesmo das armas de fogo.

Notem o critério utilizado pelo Decreto 3.665/2000: considerava as características genéricas das armas, especialmente a energia cinética apresentada pela munição na saída do cano, e, ao mesmo tempo, nominava expressamente quais os calibres que se inseriam no critério adotado.

Já *arma de fogo de uso permitido* era definida pelo art. 10 do Decreto 5.123/2004 como aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como a pessoa jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército e nas condições previstas no Estatuto do Desarmamento. Devia prevalecer tal definição sobre aquela contida no inciso XVII do art. 3º do Decreto 3.665/2000.⁷ De acordo com o art. 17 deste último decreto, eram consideradas armas de uso permitido:⁸

- as armas de fogo curtas, de repetição ou semiautomáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até 300 libras-pé ou 407 Joules, como ocorre, por exemplo, nos calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto;
- as longas raiadas, de repetição ou semiautomáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até 1.000 libras-pé ou 1.355 Joules, como ocorre, por exemplo, nos calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40;

⁶ Decreto 3.665/2000, art. 3º, inciso X: “arma em que o carregamento, o disparo e todas as operações de funcionamento ocorrem continuamente enquanto o gatilho estiver sendo acionado (é aquela que dá rajadas)”. Essa definição permanece em vigor, até que seja revogada quando entrar em vigor o Decreto 9.493/2018, em 1º de julho do corrente ano.

⁷ Eis a definição: “arma cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército”. Portanto, o Decreto 5.123 revogara a definição e agora foi revogado expressamente pelo Decreto 9.785/2019, que, além disso, possui definição própria.

⁸ Esse dispositivo foi revogado pelo Decreto 9.785/2019, que trouxe definição própria.

- as armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semiautomáticas, calibre 12 ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que 24 polegadas ou 610 milímetros; as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano;
- armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo exclusivamente pólvora;
- armas de fogo para uso industrial ou que utilizem projéteis anestésicos para uso veterinário.

Percebe-se, também aqui, a utilização do mesmo critério misto, com característica da energia cinética da munição na saída do cano e calibres nominais.

Munição é o artefato completo, pronto para carregamento e disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser a destruição, a iluminação ou o ocultamento do alvo, produzir algum efeito moral sobre pessoas, o uso em simples exercício, manejo ou outros especiais (art. 3º, LXIV, Decreto 3.665/2000). Essa definição permanece em nosso ordenamento, até que seja revogada quando entrar em vigor o Decreto 9.493/2018, em 1º de julho do corrente ano.

As munições também são classificadas como *de usos restrito e permitido*. O art. 16 do Decreto 3.665/2000 definia como de uso restrito as munições:⁹

- que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;
- que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;
- as que possuam projéteis que contenham elementos químicos agressivos, cujos efeitos sobre a pessoa atingida sejam de aumentar consideravelmente os danos, tais como projéteis explosivos ou venenosos.

Por fim, o Decreto 3.665/2000 define *acessório* como o “engenho primário ou secundário que suplementa um artigo principal para possibilitar ou melhorar o seu emprego” (art. 3º, I). Essa definição permanece em vigor, até que seja revogada quando entrar em vigor o Decreto 9.493/2018, em 1º de julho do corrente ano, até porque o novo Decreto 9.785/2019 não trouxe definição alguma de acessório.

⁹ Esse dispositivo foi revogado pelo Decreto 9.785/2019, que trouxe definição própria.

São ainda considerados acessórios de *uso permitido* os dispositivos óticos de pontaria, desde que tragam aumento menor que seis vezes e diâmetro da objetiva menor que 36 milímetros (art. 17, Decreto 3.665/2000). E de *uso restrito* (art. 16 do mesmo decreto):

- os acessórios e equipamentos iguais ou que possuam alguma característica no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico do material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais;
- os que, não sendo iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas nacionais, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial;
- os dispositivos que constituam acessórios de armas e que tenham por objetivo dificultar a localização da arma, como os silenciadores de tiro, os quebra-chamas e outros, que servem para amortecer o estampido ou a chama do tiro e também os que modificam as condições de emprego (excluídos, a nosso ver, os bocais lança-granadas, que são artefatos explosivos, caracterizadores do crime do art. 16, parágrafo único, III, do Estatuto);
- os equipamentos para visão noturna, tais como óculos, periscópios, lunetas, etc;
- dispositivos óticos de pontaria com aumento igual ou maior que seis vezes ou diâmetro da objetiva igual ou maior que 36 milímetros;
- dispositivos de pontaria que empregam luz ou outro meio de marcar o alvo.

Essas definições aplicáveis aos acessórios continuarão em vigor até 1º de julho de 2019, quando o Decreto 3.665/2000 será revogado pelo Decreto 9.493/2018.

1.2. O regime do Decreto 9.493/2018

Em 5 de setembro de 2018, foi editado o Decreto 9.493, que entraria em vigor 180 dias depois de sua publicação, ou seja, em março de 2019. Ocorre que, antes do termo anunciado, houve a edição do Decreto 9.720, criado apenas para aumentar o período de *vacatio legis* para trezentos dias. Assim, o Decreto 9.493/2018 agora entrará em vigor em 1º de julho de 2019 e substituirá o Decreto 3.665/2000 (R-105), constituindo o novo “Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados”.

O Decreto 9.493/2018 também traz definições sobre os termos vistos acima, com algumas diferenças. No entanto, muitas das suas definições foram revistas pelo Decreto 9.785/2019, levando-

nos à conclusão de que, quando o primeiro Decreto entrar em vigor, no dia 1º de julho deste ano, já estará parcial e tacitamente revogado pelo mais recente.¹⁰

A partir de 1º de julho de 2019,¹¹ será considerada *arma de fogo* aquela “que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara, normalmente solidária a um cano, que tem a função de dar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil” (Decreto 9.493/2018, Anexo III - Glossário).

Porém, no que tange às armas de fogo e munições, nem tudo da classificação trazida pelo Decreto 9.493/2018 poderá valer a partir de 1º de julho, já que o Decreto de maio traz definição própria a respeito de *arma de fogo de uso proibido*, *arma de fogo de uso restrito*, *arma de fogo de uso permitido* e *munição de uso restrito*, revogando as disposições anteriores.

De qualquer modo, apenas a título de comparação, vejamos como seria o tratamento do tema das classificações das armas e munições, não fosse o Decreto de maio.

Nesse passo, o Decreto 9.493/2018 consideraria *arma de fogo de uso proibido* (art. 16, § 1º) apenas aquelas dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos (ex.: uma caneta ou um guarda-chuva capaz de disparar projétil de arma de fogo).

Quanto às *armas de uso restrito*, o Decreto 9.493 também traria uma definição (art. 16, § 2º, I) e seriam aquelas:

a) de dotação das Forças Armadas de emprego finalístico, exceto aquelas de alma lisa de porte ou portáteis;

b) que não sejam iguais ou similares ao material bélico usado pelas Forças Armadas e que possuam características particulares direcionadas ao emprego militar ou policial;

c) de alma raiada que, com a utilização de munição comum, atinjam, na saída do cano, energia cinética superior a:

1. mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco joules para armas portáteis; ou
2. trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete joules para armas de porte;

d) que sejam dos seguintes calibres:

1. .357 Magnum;

¹⁰ Decreto posterior que regule de modo diverso algum assunto, revoga, nesse ponto, o anterior. Consideramos que *decreto posterior* é aquele editado e publicado posteriormente e não aquele com vigência posterior. Portanto, como o Decreto 9.493 foi editado em setembro de 2018, ainda que entre em vigor apenas em julho de 2019, será considerado *anterior* ao Decreto 9.785, de maio de 2019.

¹¹ Como o Decreto 9.785/2019 não possui definição própria sobre *arma de fogo*, a partir de 1º de julho será esta a definição válida, revogando aquela trazida pelo Decreto 3.665/2000.

2. .40 Smith e Wesson;
3. .44 Magnum;
4. .45 Automatic Colt Pistol;
5. .243 Winchester;
6. .270 Winchester;
7. 7 mm Mauser;
8. .375 Winchester;
9. .30-06 e .30 Carbine (7,62 mm x 33 mm);
10. 5,7 mm x 28 mm e 7,62 mm x 39 mm;
11. 9 mm x 19 mm (9 mm Luger, Parabellum ou OTAN);
12. .308 Winchester (7,62 mm x 51 mm ou OTAN);
13. .223 Remington (5,56 mm x 45 mm ou OTAN); e
14. .50 BMG (12,7 mm x 99 mm ou OTAN);

e) que têm funcionamento automático, de qualquer calibre; ou

f) obuseiros, canhões e morteiros;

Notem que a técnica do Regulamento anterior foi mantida, usando o critério da energia cinética na saída do cano – bastante aumentada em relação ao que era previsto antes –, aliado ao calibre.

O Decreto 9.493 não apresentou definição de *arma de fogo de uso permitido*, simplesmente porque optou pelo caminho mais fácil: o produto controlado que *não* for listado como de uso proibido e restrito será considerado de uso permitido. Assim, chegar-se-ia às *armas de fogo de uso permitido* por exclusão.

Portanto, antes mesmo de entrar em vigor, no novo “Regulamento de Produtos Controlados” foi revogado pelo Decreto de maio no tange às definições de *arma de fogo de uso proibido*, *de uso restrito* e, conseqüentemente, *de uso permitido*.

Prosseguindo, segundo o mesmo Decreto 9.493/2018, *munição* é o artefato completo, pronto para carregamento e disparo de uma arma, cujo efeito desejado pode ser a destruição, a iluminação ou o ocultamento do alvo, produzir algum efeito moral sobre pessoas, o uso em simples exercício, manejo ou outros especiais (Glossário, Decreto 9.493/2018). Nesse ponto, também houve revogação pelo Decreto 9.785/2019, que traz definição própria.

O art. 16, IV, do Decreto 9.493, definia – pois nesse ponto também foi revogado – as *munições de uso restrito*:

a) que sejam dos seguintes calibres:

1. 9 mm x 19 mm (9 mm Luger, Parabellum ou OTAN);
2. .308 Winchester (7,62 mm x 51 mm ou OTAN);
3. .223 Remington (5,56 mm x 45 mm ou OTAN);
4. .50 BMG (12,7 mm x 99 mm ou OTAN);
5. .357 Magnum;
6. .40 Smith & Wesson;
7. .44 Magnum;
8. .45 Automatic Colt Pistol;
9. .243 Winchester;
10. .270 Winchester;
11. 7 mm Mauser;
12. .375 Winchester;
13. .30-06 e .30 Carbine;
14. 7,62x39mm; e
15. 5,7 mm x 28 mm;

b) para arma de alma raiada que, depois de disparadas, atinjam, na saída do cano, energia cinética superior a:

1. mil libras-pé ou mil trezentos e cinquenta e cinco joules para armas portáteis; ou
2. trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete joules para armas de porte;

c) que sejam traçantes, perfurantes, incendiárias, fumígenas ou de uso especial;

d) que sejam granadas de obuseiro, canhão, morteiro, mão ou bocal; ou

e) que sejam rojões, foguetes, mísseis e bombas de qualquer natureza;

Deve-se atentar para essas três últimas alíneas, pois nelas o Decreto 9.493/2018 trouxe um ponto que poderia ensejar muita discussão. Vejam como nas alíneas *d* e *e* o Decreto considerava serem “munição” também as granadas (de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal), os rojões, foguetes, mísseis e bombas de qualquer natureza. Vale lembrar que o conceito de munição não se encontra na Lei 10.826, tampouco se encontrava no Decreto 5.124, de modo que o complemento das normas penais em branco que utilizavam esse termo havia sido, até então, deixado totalmente para o

Regulamento de Produtos Controlados. E o Decreto 9.493, como visto, descreve, em seu Glossário, “munição” como sendo o “artefato completo, pronto para utilização e *lançamento*, cujo efeito desejado pode ser: destruição, iluminação e ocultamento do alvo; efeito moral sobre pessoal; exercício; manejo; ou efeitos especiais” (itálicos nossos).

Assim, na sistemática do Decreto 9.493/2018, as granadas (de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal), os rojões, foguetes, mísseis e bombas de qualquer natureza, não fosse a parcial revogação, deveriam ser consideradas “munição” (de uso restrito). A pergunta que se faz é: tais objetos sempre deveriam ser considerados “munição” no regime do Decreto 9.493? Nos parece que não. O conceito de “munição” que vigoraria conteria a expressão “artefato completo, pronto para utilização e *lançamento*”. Logo, somente seria “munição” o artefato que estivesse pronto para ser utilizado mediante *lançamento*. Ou seja, seria aquele que dependeria de algum instrumento para ser lançado, que poderia ser uma arma ou o próprio corpo humano. Já um artefato não lançado, mas, deixado, inerte, em algum lugar para explodir não poderia ser considerado “munição”, mas “artefato explosivo”.

Toda essa definição de *munição de uso restrito* foi revogada pelo Decreto 9.785/2019.

Por fim, quando entrar em vigor, o Decreto 9.494/2018 definirá *acessório de arma de fogo* como o “artefato que, acoplado a uma arma, possibilita a melhoria do desempenho do atirador, a modificação de um efeito secundário do tiro ou a modificação do aspecto visual da arma” (Glossário).

Serão de *uso restrito*, de acordo com o art. 16, III, os acessórios de arma de fogo que tiverem por objetivo:

- a) dificultar a localização de arma, como silenciadores de tiro, quebra-chamas e outros;
- b) amortecer o estampido ou a chama do tiro; ou
- c) modificar as condições de emprego, tais como bocais lança-granadas, conversores de arma de porte¹² em arma portátil¹³ e outros.

Como o decreto 9.785/2019 não traz qualquer definição a respeito, a partir de 1º de julho de 2019 as definições de acessório serão estas, constantes do Decreto 9.494/2018.

2. O novo Decreto 9.785/2019 e seus reflexos penais

¹² Decreto 9.493/2018, Glossário: “arma de dimensões e peso reduzidos, podendo ser conduzida em um coldre e ser disparada pelo atirador como apenas uma das mãos. Enquadram-se nesta definição as pistoladas, revólveres e garruchas”.

¹³ Decreto 9.493/2018, Glossário: “arma que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, pode ser transportada por uma única pessoa, tais como fuzil, carabina e espingarda”.

2.1. As novas definições de armas e munições de uso permitido e restrito e seus reflexos sobre os arts. 12, 14, 16 e 19 do Estatuto do Desarmamento

A nova classificação de armas de fogo e munições de uso permitido e restrito apresentada pelo Decreto 9.785/2019 altera de modo substancial o tratamento penal dos arts. 12, 14, 16 e 19 do Estatuto do Desarmamento (indiretamente, também dos arts. 17 e 18), uma vez que a categoria das armas de fogo de uso permitido foi bastante ampliada. Já no que tange às munições, a de uso restrito poderá trazer dúvidas quanto à sua aplicação, pois apresenta-se com redação deficiente. Vejamos esse primeiro ponto e depois analisaremos outros aspectos relevantes.

Segundo o novo Decreto, passam a ser *armas de fogo de uso permitido* as semiautomáticas¹⁴ ou de repetição¹⁵ que sejam:

- a) de porte¹⁶ que, com a utilização de munição comum, não atinjam, na saída do cano, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé e mil seiscentos e vinte *joules*;
- b) portátil¹⁷ de alma lisa¹⁸; ou
- c) portátil de alma raiada¹⁹ que, com a utilização de munição comum, não atinjam, na saída

¹⁴ Para o Decreto 3.665/2000, ainda em vigor, semiautomática é a arma que realiza, automaticamente, todas as operações de funcionamento com exceção do disparo, o qual, para ocorrer, requer, a cada disparo, um novo acionamento do gatilho. O Decreto 9.493/2018 trará, a partir de 1º de julho de 2019, redação muito semelhante: “arma que realiza, automaticamente, todas as operações de funcionamento com exceção do disparo, exigindo, para isso, novo acionamento do gatilho”. O novo Decreto não traz definição alguma.

¹⁵ Para o Decreto 3.665/2000, ainda em vigor, arma de repetição é aquela em que o atirador, após a realização de cada disparo, decorrente da sua ação sobre o gatilho, necessita empregar sua força física sobre um componente do mecanismo desta para concretizar as operações prévias e necessárias ao disparo seguinte, tornando-a pronta para realizá-lo. A partir de 1º de julho de 2019, com a entrada em vigor do Decreto 9.493/2018, a definição será a seguinte: “arma em que a recarga exige a ação mecânica do atirador sobre um componente para a continuidade do tiro”.

¹⁶ Segundo o Decreto 3.665/2000, arma de porte é a “arma de fogo de dimensões e peso reduzidos, que pode ser portada por um indivíduo em um coldre e disparada, comodamente, com somente uma das mãos pelo atirador; enquadram-se, nesta definição, pistolas, revólveres e garruchas”. Já no Decreto 9.493/2018 há a seguinte definição: “arma de dimensões e peso reduzidos, podendo ser conduzida em um coldre e ser disparada pelo atirador com apenas uma das mãos. Enquadram-se nesta definição as pistolas, revólveres e garruchas”. O novo Decreto 9.785/2019 tem definição própria, que revoga todas as demais: “arma de dimensões e peso reduzidos, que pode ser disparada pelo atirador com apenas uma de suas mãos, a exemplo de pistolas, revólveres e garruchas”.

¹⁷ Segundo o Decreto 3.665/2000, arma portátil é a “arma cujo peso e cujas dimensões permitem que seja transportada por um único homem, mas não conduzida em um coldre, exigindo, em situações normais, ambas as mãos para a realização eficiente do disparo”. Já no Decreto 9.493/2018 há a seguinte definição: “arma que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, pode ser transportada por uma única pessoa, tais como fuzil, carabina e espingarda”. O novo Decreto 9.785/2019 tem definição própria, que revoga todas as demais, mas que, na verdade, repete esta última: “arma de fogo que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, pode ser transportada por uma pessoa, tais como fuzil, carabina e espingarda”.

¹⁸ O Decreto 3.665/2000 não define diretamente o que é arma de alma lisa, mas extrai-se dele que seria aquela cujo cano não possui raias internas. Segundo o Decreto 9.493/2018: “é aquela isenta de raiamentos, com superfície absolutamente polida, como, por exemplo, nas espingardas. As armas de alma lisa têm um sistema redutor, acoplado ao extremo do cano, que tem como finalidade controlar a dispersão dos bagos de chumbo”. Como o novo decreto nada diz a respeito, esta será a definição aplicável a partir de 1º de julho de 2019.

¹⁹ O Decreto 3.665/2000 não define diretamente o que é arma de alma raiada, mas extrai-se dele que seria aquela cujo cano possui raias internas. Segundo o Decreto 9.493/2018, tem-se este tipo de arma: “quando o interior do cano tem sulcos

do cano, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé e mil seiscentos e vinte *joules*.

De plano, merece dois alertas: o Decreto regulamentador do Estatuto do Desarmamento ingressou em definições que, até então, eram deixadas inteiramente a cargo do Regulamento de Produtos Controlados; e que abandonou-se a técnica de citação expressa dos calibres nominais, mantendo-se apenas o critério da energia cinética da munição na saída do cano.

Em face da nova sistemática de etiqueta do instrumento bélico, pode-se perfeitamente afirmar que muitas das armas antes consideradas de uso restrito agora enquadram-se na categoria de uso permitido. Assim, por exemplo, já eram de uso permitido, e continuam a ser, os seguintes calibres: .22, .32, .38, 380. Passarão a ser consideradas de uso permitido: 9 mm., .40, .44, .44 Magnum, .45, .357, antes consideradas de uso restrito.

Quais armas passam a ser de uso restrito e proibido?

Segundo o novo Decreto, são consideradas *de uso proibido*, as armas de fogo: “classificadas de uso proibido em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária”; e “dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos”.

Passam a ser classificadas como de *uso restrito* as armas de fogo automáticas²⁰, semiautomáticas ou de repetição que sejam:

a) não portáteis²¹;

b) de porte que, com a utilização de munição comum, atinjam, na saída do cano, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé e mil seiscentos e vinte *joules*; ou

c) portátil de alma raiada que, com a utilização de munição comum, atinjam, na saída do cano, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé e mil seiscentos e vinte *joules*.

O evidente aumento dos limites de energia cinética mostra que houve intenção de deixar na categoria de armas de uso restrito, na prática, apenas as armas longas, como os fuzis, deixando os revólveres e pistolas, salvo raras exceções (de que é exemplo a pistola .50), na categoria do uso

helicoidais dispostos no eixo longitudinal, destinados a forçar o projétil a um movimento de rotação”. Como o novo decreto nada diz a respeito, esta será a definição aplicável a partir de 1º de julho de 2019.

²⁰ Para o Decreto 3.665/2000, ainda em vigor, automática é “a arma em que o carregamento, o disparo e todas as operações de funcionamento ocorrem continuamente enquanto o gatilho estiver sendo acionado (é aquela que dá rajadas)”. O Decreto 9.493/2018 praticamente repete tal definição: “arma em que o carregamento, o disparo e todas as operações de funcionamento ocorrem continuamente enquanto o gatilho estiver sendo acionado”. O novo Decreto não traz definição alguma.

²¹ Segundo o Decreto 3.665/2000, arma não portátil é a “arma cujo peso e cujas dimensões permitem que seja transportada por um único homem, mas não conduzida em um coldre, exigindo, em situações normais, ambas as mãos para a realização eficiente do disparo”. Já no Decreto 9.493/2018 não se encontra qualquer definição, a não ser de seu oposto, a arma portátil. O novo Decreto 9.785/2019 tem definição própria, que revoga a anterior: “arma de fogo que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, precisa ser transportada por mais de uma pessoa, com a utilização de veículos, automotores ou não, ou sejam fixadas em estruturas permanentes”.

permitido.

O impacto penal é grande.

Todos aqueles acusados pela prática do crime do art. 16, *caput*, da Lei 10.826/2003 – ou seja, que praticaram a conduta de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar – e cujo objeto do crime, a arma de fogo, tiver sido rebaixado da categoria de uso restrito para de uso permitido, serão imediatamente beneficiados pelo novo Decreto.

A razão é simples: os crimes do Estatuto do Desarmamento são normas penais em branco, pois dependem das definições constantes dos decretos regulamentadores, estando nestes as definições de armas, munições e acessórios de uso proibido, restrito e permitido. E, consoante o entendimento que prevalece na doutrina nacional, a modificação do complemento da norma penal em branco, salvo quando tiver natureza extraordinária ou temporária, afetará todos os aspectos relacionados à sua tipicidade, de modo que, se for mais benéfica ao imputado, retroagirá.

Dentro desse espírito, os acusados pela prática do crime do art. 16, alcançado pelo citado rebaixamento, não mais estarão sujeitos às penas de 3 a 6 anos de reclusão, mas àquelas previstas nos arts. 12 e 14 do Estatuto do Desarmamento, conforme as circunstâncias do caso. Assim, se a arma foi encontrada no interior da residência, passará a ser aplicado, retroativamente, o art. 12, com pena de 1 a 3 anos de detenção, e multa. Se o agente a portava fora de casa, incidirá o art. 14, com pena de 2 a 4 anos de reclusão, e multa.

Além disso, vale lembrar que o delito do art. 16 é considerado hediondo pela Lei 8.072/1990, enquanto os demais não, o que trará reflexos na execução penal, notadamente para fins do cálculo de cumprimento de pena para progressão de regime e livramento condicional.

Nesses pontos, o Decreto representa *novatio legis in melius* e deverá retroagir, atingindo até mesmo os processos com trânsito em julgado, nos exatos termos do art. 2º., parágrafo único, do CP.

Impacto também poderá existir sobre o crime do art. 16, parágrafo único, inciso II, que trata da conduta de modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz. Se a modificação da arma não tiver trazido aumento na energia cinética da munição a ponto de transformá-la em arma de uso restrito, à luz dos novos parâmetros do Decreto de maio, o fato terá se tornado atípico, provocando a absolvição.

Não vislumbramos qualquer outro impacto sobre as demais modalidades do art. 16 do Estatuto, que não fazem distinção sobre a categoria da arma de fogo.

Em relação às munições, a definição alcança as de uso restrito. Nesse ponto, o Decreto 9.785 apresenta deficiência evidente. Diz seu art. 2º, IV: “munição²² de uso restrito - munições de uso exclusivo das armas portáteis raiadas, e das perfurantes, das traçantes, das explosivas e das incendiárias”.

Todas as munições de uso exclusivo das armas portáteis raiadas seriam de uso restrito? Pensamos que não. A munição deverá ser considerada de uso restrito sempre que a arma de fogo também o for. Além disso, as munições perfurantes, traçantes, explosivas e incendiárias também serão consideradas de uso restrito (as munições é que têm tais características, não as armas que as disparam). Os reflexos serão os mesmos vistos acima quanto ao art. 16.

Em relação aos acessórios, nada muda, eis que o novo Decreto não alterou as definições existentes ou que ingressarão em nosso ordenamento a partir de 1º de julho do corrente ano.

O art. 19 também sentirá os reflexos do Decreto 9.787. Reza o dispositivo: “Nos crimes previstos nos arts. 17 e 18, a pena é aumentada da metade se a arma de fogo, acessório ou munição forem de uso proibido ou restrito”. Vê-se que, havendo reclassificação da arma para de uso permitido, deixará de ser aplicada a causa de aumento de pena que atingia os crimes de comércio ilegal (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18).

2.2. A – ilegal – ampliação indireta às hipóteses legais de porte de arma:

De crucial importância para o estudo dos art. 14 e 16, *caput*, do Estatuto do Desarmamento é o elemento normativo representado pela expressão *sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar*.

Somente haverá tais crimes se ausente a autorização para o porte da arma, munição ou acessório de uso permitido ou restrito, estabelecida por lei ou pela Polícia Federal (nos limites do Estatuto e do decreto regulamentador). Não basta o registro da arma, pois este apenas permite que o possuidor a mantenha em sua residência ou em seu local de trabalho. Ainda que a arma seja registrada, o porte em qualquer outro local que não os dois mencionados implica na tipicidade da conduta, nos termos do art. 14 (se de uso permitido) ou do art. 16, *caput* (se de uso restrito).

²² O novo Decreto assim define munição: “cartucho completo ou seus componentes, incluídos o estojo, a espoleta, a carga propulsora, o projétil e a bucha utilizados em armas de fogo”.

Pode-se afirmar que, sem dúvida, o Estatuto tornou o procedimento para obtenção do porte de arma muito mais difícil para aqueles que não se inserem nas hipóteses de porte decorrente de lei.

Com efeito, como regra, é proibido o porte de arma de fogo no território brasileiro, salvo os casos previstos em lei, trazendo o próprio Estatuto, em seu art. 6º, algumas dessas exceções.

No âmbito do Estatuto, o rol do caput do art. 6º. permite o porte de arma de fogo para:

- (i) os integrantes das Forças Armadas;
- (ii) os integrantes da Polícia Federal;
- (iii) os integrantes da Polícia Rodoviária Federal;
- (iv) os integrantes da Polícia Ferroviária Federal;
- (v) os integrantes das Polícias Cíveis;
- (vi) os integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares;
- (vii) os integrantes da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP);
- (viii) os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de quinhentos mil habitantes, nas condições estabelecidas no Decreto 5.123/2004;
- (ix) os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 e menos de 500.000 habitantes, quando em serviço;
- (x) os agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) e os agentes do Departamento de Segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;
- (xi) dos órgãos policiais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;
- (xii) os integrantes do quadro efetivo dos agentes e guardas prisionais e os integrantes das escoltas de presos;
- (xiii) os integrantes das guardas portuárias;
- (xiv) as empresas de segurança privada e de transporte de valores constituídas, nos termos do Estatuto;
- (xv) os integrantes das entidades de desporto legalmente constituídas, cujas atividades esportivas demandem o uso de armas de fogo, na forma Decreto 5.123/2004, observando-se, no que couber, a legislação ambiental;
- (xvi) os integrantes da carreira de Auditoria da Receita Federal do Brasil (Analista Tributário e Auditor-Fiscal);
- (xvii) os integrantes da carreira de Auditoria-Fiscal do Trabalho (Auditor-Fiscal);

- (xviii) os tribunais do Poder Judiciário descritos no art. 92 da CF, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento emitido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ);
- (xix) os Ministérios Públicos da União e dos Estados, para uso exclusivo de servidores de seus quadros pessoais que efetivamente estejam no exercício de funções de segurança, na forma de regulamento a ser emitido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

O rol exposto no dispositivo, advirta-se, não é taxativo. Qualquer lei poderá prever outros casos de autorização, como ocorre, por exemplo, com os membros do Ministério Público e da Magistratura, que possuem direito ao porte por força de suas respectivas leis orgânicas.

Fora dos casos de autorização legal, cabe à Polícia Federal autorizar o porte de arma de fogo de uso permitido, desde que haja prévia autorização do SINARM (art. 10).

Assim, também como exceção à regra da proibição do porte de arma, a Lei 10.826 permite que a Polícia Federal expeça autorização, mas desde que o cidadão, maior de 25 anos:

a) demonstre a efetiva necessidade de levar consigo, fora de casa ou do trabalho, a arma de fogo, seja devido ao exercício de alguma atividade profissional de risco, seja em razão de ameaça à sua integridade física;

b) comprove sua idoneidade, nos termos do previsto no inciso I do art. 4º;

c) apresente documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

d) comprove capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma do decreto regulamentador; e

e) apresente documentação de propriedade de arma de fogo, bem como o seu devido registro no órgão competente.

São as rigorosas exigências do art. 10, § 1º, da Lei.

O Decreto 9.785/2019 tocou em ponto sensível do porte.

De fato, dentre as exigências para que um cidadão obtenha da Polícia Federal autorização para o porte, está a de *demonstrar a efetiva necessidade de levar a arma de fogo consigo*, seja porque exerce alguma atividade profissional de risco, seja por ter sua integridade física sob ameaça.

A leitura do inciso I do § 1º do art. 10 do Estatuto deixa evidente que não basta a demonstração, pelo pretendente à obtenção da autorização para o porte, de que exerce alguma

atividade de risco, pois a lei não o dispensa de *demonstrar a efetiva necessidade de levar a arma de fogo consigo*.

À vista disso, percebe-se que o 3º do art. 20 do Decreto 9.785/2019 extrapolou os limites legais, uma vez que trouxe uma presunção absoluta de que os exercentes de determinadas profissões necessitam efetivamente de levar a arma de fogo consigo. A lei não autorizou essa presunção.

O Decreto simplesmente considerou cumprido o requisito legal se o pretendente ao porte for:

I - instrutor de tiro ou armeiro credenciado pela Polícia Federal;

II - colecionador ou caçador com Certificado de Registro de Arma de Fogo expedido pelo Comando do Exército;

III - agente público, inclusive inativo:

a) da área de segurança pública;

b) da Agência Brasileira de Inteligência;

c) da administração penitenciária;

d) do sistema socioeducativo, desde que lotado nas unidades de internação de que trata o inciso VI do caput do art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente; e

e) que exerça atividade com poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente;

f) dos órgãos policiais das assembleias legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

g) detentor de mandato eletivo nos Poderes Executivo e Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando no exercício do mandato;

h) que exerça a profissão de advogado; e

i) que exerça a profissão de oficial de justiça;

III - proprietário de estabelecimento que comercialize armas de fogo ou de escolas de tiro; ou

IV - dirigente de clubes de tiro;

V - residente em área rural;

VI - profissional da imprensa que atue na cobertura policial;

VII - conselheiro tutelar;

VIII - agente de trânsito;

IX - motoristas de empresas e transportadores autônomos de cargas; e

XI - funcionários de empresas de segurança privada e de transporte de valores.

Basta um correr de olhos pela lista acima para verificar que a presunção, além de não autorizada pela lei, chega às raias do absurdo.

Afinal, por que a atividade profissional de “instrutor de tiro” deve ser considerada de risco? Colecionar armas é atividade profissional? E por que seria uma atividade profissional de risco? E porque se enxerga atividade profissional de risco no caso de agente público, inclusive inativo, que exerça a profissão de advogado? Imagine-se um procurador do município aposentado, que agora atua, como advogado, no setor jurídico de uma empresa que fabrica sapatos: trata-se de atividade profissional de risco?

Paremos por aqui.

A lei até poderia atribuir aos que exercem tais atividades – inclusive aos inativos – o porte de arma, inserindo-os no rol do art. 6º do Estatuto. Poder-se-ia, então, discutir o mérito de cada um desses casos, como já se faz quando se analisa o próprio rol legal.

Porém, não se pode admitir que, extrapolando completamente os limites legais, venha o decreto regulamentador dispensar a demonstração da efetiva necessidade de se ter um porte de arma para os casos ainda não previstos em lei.

O regime do Estatuto é claro: havendo previsão legal para o porte, não se discute a sua necessidade, pois é presumida; fora dos casos legais, o interessado deve demonstrar a efetiva necessidade do porte, o que será aferido pela Polícia Federal.

O Decreto 9.785/2019 desrespeitou esse regime e, portanto, o § 3º de seu art. 20 é ilegal.

2.3. A ampliação da definição de residência e local de trabalho e seu reflexo sobre o art. 12 do Estatuto do Desarmamento

Para a ocorrência do delito do art. 12, a posse da arma deve dar-se *no interior da residência ou dependência desta*, é dizer, no imóvel habitado, com regularidade, pelo agente e nas áreas ou cômodos a ele agregados, como um quintal, um jardim, a garagem, uma edícula, casa de hóspedes etc.

Ou a posse deve ocorrer *no local de trabalho* do agente, desde que este seja o seu titular ou, ao menos, o responsável legal do estabelecimento ou empresa, i.e., que tenha poderes de gerência. Fora dessas duas situações, não haverá o crime do art. 12, restando caracterizado porte ou transporte do bem, previstos no art. 14 do Estatuto.

O crime previsto no art. 12 do Estatuto é, em geral, *comum* e, por isso, pode ser praticado por qualquer pessoa, mesmo se funcionário público, não havendo previsão, nesse último caso, de qualquer

causa de aumento de pena. Porém, a parte final do dispositivo é caracterizadora de *crime próprio*, porque somente será praticado por aquele que possuir ou mantiver sob sua guarda arma de uso permitido em seu local de trabalho, desde que seja *o titular ou o responsável legal do estabelecimento comercial*. Não tendo o autor essa qualidade, haverá alteração qualitativa de delito, caracterizando-se o previsto no art. 14 do Estatuto.

A comprovação de titularidade ou da responsabilidade legal pelo estabelecimento podia ser feita na forma prevista no § 1º do art. 16 do Decreto 5.123: “Para os efeitos do disposto no caput deste artigo considerar-se-á titular do estabelecimento ou empresa todo aquele assim definido em contrato social, e responsável legal o designado em contrato individual de trabalho, com poderes de gerência”. Essa regra foi mantida no Decreto 9.785 (art. 10, § 1º, III e IV).

Tendo o proprietário o devido registro da arma, pergunta-se: poderia *portá-la* no seu quintal ou no seu local de trabalho (sendo o estabelecimento de sua titularidade ou dele gerente)? Para alguns, a resposta era negativa. O registro autorizaria o proprietário a manter a arma em tais locais, guardada, à sua disposição, mas não a levá-la consigo, pois, nesse caso, incorreria no crime de *porte ilícito* (art. 14 da Lei 10.826).

A questão possuía maior relevância, evidentemente, nos casos das residências com grandes áreas não edificadas e propriedades rurais, bem como nos grandes estabelecimentos comerciais. Assim, basta imaginar um “hipermercado” cujo gerente circula pela imensa loja com uma arma de uso permitido oculta em suas vestes, ainda que registrada; ou o caso de um proprietário rural, que por ela circula armado. Nesse caso, havia entendimento de que estariam cometendo o delito do art. 14, pois o registro da arma apenas os autorizaria a mantê-la no local – por exemplo, no interior do escritório ou na sede da fazenda ou em outro espaço, devidamente acondicionada e protegida – mas não junto a si, o que caracterizaria porte e demandaria autorização específica.

Esse entendimento não mais poderá subsistir à vista de duas novas disposições trazidas pelo Decreto 9.785/2019.

O primeiro trata da definição de “interior da residência ou dependências desta”, que passa a ser considerada “toda a extensão da área particular do imóvel, edificada ou não, em que resida o titular do registro, inclusive quando se tratar de imóvel rural”.

O segundo trata da definição de “interior do local de trabalho”, que passa a ser considerada toda a extensão da área particular do imóvel, edificada ou não, em que esteja instalada a pessoa jurídica, registrada como sua sede ou filial.

Parece-nos ter sido intenção do novo Decreto deixar claro que o possuidor da arma poderá

permanecer com ela no interior da residência e nas áreas não edificadas, inclusive se se tratar de propriedade rural, o que, na prática, significará que o agente a terá consigo mesmo que esteja a quilômetros de distância, por exemplo, da sede da fazenda, mas dentro dos limites da propriedade. Igualmente, o gerente ou proprietário do estabelecimento comercial poderá levar consigo a arma registrada por toda a extensão dele, mesmo nas áreas não edificadas, como um estacionamento.

Apenas para percebermos o impacto da mudança: se um gerente de supermercado estiver sendo processado pela prática do art. 14, porque estava, por exemplo, carregando, oculta nas vestes, uma arma de uso permitido (ou pelo art. 16, porque a arma era de uso restrito, agora rebaixada para de uso permitido), registrada em seu nome, no estacionamento do estabelecimento, deverá ser absolvido pela atipicidade do fato, uma vez que estariam presentes as circunstâncias do art. 12, faltando, porém, a elementar da falta de registro.

Pode-se questionar se, nesse ponto, teria o Decreto 9.785 extrapolado sua função regulamentar. Afinal, a Lei 10.826 não define os limites das expressões “no interior da residência ou dependência desta” e “no seu local de trabalho”.

O Decreto manteve a regra presente no Decreto 5.123, ao dispor que o “Certificado de Registro de Arma de Fogo, expedido pela Polícia Federal, precedido de cadastro no Sinarm, tem validade no território nacional e autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou nas dependências desta, ou, ainda, de seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou pela empresa”. Ou seja, limitou-se a delinear o efeito gerado pelo certificado, de modo que, ausente este, mas presentes as situações fáticas descritas na regra, estaria configurado o crime do art. 12 do Estatuto.

O Decreto 9.785, porém, foi além. No que tange à expressão “interior da residência ou dependência desta”, elemento normativo do tipo do art. 12 do Estatuto, fez o regulamento verdadeira interpretação autêntica, o que seria cabível, em nosso entender, apenas por meio de lei. Note-se que a expressão citada não depende de complemento, mas de interpretação, não incidindo nesse ponto qualquer característica de norma penal em branco.

O mesmo ocorreu com a expressão “no seu local de trabalho”, que foi igualmente definida pelo Decreto.

Por isso, deixa-se aqui um caminho para o questionamento da legalidade dos incisos I e II do § 1º do art. 10 do Decreto 9.785/2019.

2.3. A revogação do Decreto 9.685, de janeiro de 2019, e o reflexo sobre o art. 12 do Estatuto do Desarmamento

O texto original do Estatuto do Desarmamento previa que os registros de propriedade expedidos até a data de sua publicação (23 de dezembro de 2003), deveriam ser renovados junto à Polícia Federal no prazo máximo de três anos (§ 3º do art. 5º). Tais registros eram expedidos, antes da nova lei, em geral, por autoridades estaduais. No entanto, o dispositivo sofreu diversas modificações, a última delas por meio da Lei 11.922/2009 (art. 20). Assim, o proprietário de arma de fogo com certificados de registro de propriedade expedido por órgão estadual ou do Distrito Federal até a data da publicação do Estatuto que não optou pela entrega espontânea prevista em seu art. 32, tinha o dever de renová-lo mediante o pertinente registro federal até o dia 31 de dezembro de 2009, desde que cumpridos certos requisitos. Portanto, o prazo já expirou, de modo que aqueles proprietários de armas de fogo que se omitiram em tal dever possuem-nas, desde então, ilegalmente, podendo até mesmo responder criminalmente por tal conduta. O mesmo se diga quanto aos proprietários de armas de uso permitido que não possuíam qualquer registro, visto que o art. 30 do Estatuto também fixou a mesma data para a devida regularização.

Aquele que registrou a arma ou renovou o registro dentro do prazo acima passou a ter uma arma em total acordo com as determinações legais.

E se vencer o prazo de validade do registro, haverá o crime do art. 12 do Estatuto, caso o proprietário não entregue a arma à Polícia Federal?

Sempre entendemos que, estando vencido o registro, não tendo o proprietário da arma providenciado sua renovação, não haveria o crime do art. 12 do Estatuto e o fato seria atípico se a arma tiver sido encontrada nas condições descritas no dispositivo legal (posse dentro de casa ou local de trabalho). É que registro houve e os objetivos deste foram cumpridos, não havendo o rebaixamento da segurança pública apenas porque expirada sua validade. Tratar-se-ia, assim, de infração administrativa, sem reflexos penais. Esse posicionamento vem sendo, por sinal, adotado pelo STJ (RHC 80.365-SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., j. 14/03/2017).

Mas nem todos concordam com tal posicionamento.

Por isso, chamamos a atenção para relevância do Decreto 9.685/2019, que renovou automaticamente todos os certificados de registro de arma de fogo expedidos antes da data de sua publicação (15 de janeiro de 2019), conforme texto de seu art. 2º: “Os Certificados de Registro de Arma de Fogo expedidos antes da data de publicação deste Decreto ficam automaticamente renovados pelo

prazo a que se refere o § 2º do art. 16 do Decreto nº 5.123, de 2004”.

Entendam: uma vez que a arma, lá nos primeiros anos de vigência do Estatuto do Desarmamento, tenha sido regularizada por meio do registro, houve a expedição de um certificado, que possui um determinado prazo de validade (já foi de 3 anos, passou para 5 anos e, com o Decreto 9.685, para 10 anos) e todos foram automaticamente renovados.

E aqui vem um ponto realmente importante: entendemos que esse dispositivo não fez distinção entre certificados ainda válidos e os vencidos, pois apenas mencionou os certificados “expedidos antes da data de publicação deste Decreto”. Ora, assim pensamos porque nos parece evidente que mesmo os certificados já vencidos foram expedidos antes da data de publicação do decreto.

Portanto, a questão acima levantada – é crime possuir a arma com registro vencido? – perdeu toda importância com o Decreto 9.685, pois a renovação automática dos registros retirou a tipicidade da conduta – para aqueles que entendiam ser típica –, já que os possuidores de tais armas deixaram de estar em desacordo com a disposição regulamentar.

Essa renovação automática atingiu aqueles que, por conta da promulgação do próprio Estatuto do Desarmamento, tinham o dever de regularizar a arma até o dia 31 de dezembro de 2009, mediante o pertinente registro ou sua renovação?

A resposta só pode ser negativa. É que, nesse caso, o prazo foi instituído pela própria Lei 10.826 e, como vimos, já expirou. Não se pode, pela via infralegal, alterar o prazo estabelecido em lei.

Portanto, repita-se: uma vez tenha sido regularizada a arma até 31 de dezembro de 2009, com o registro ou com a renovação deste, a arma passou a estar em total acordo com a determinação legal; vencido depois o registro, não haverá crime, pois todos os certificados foram automaticamente renovados por dez anos, a partir de 15 de janeiro de 2019.

Porém, no caso de registro vencido, com recusa de renovação por falta de atendimento a algum requisito legal, a solução só podia ser outra.

Nesse caso, de acordo com o art. 67-B do Decreto 5.123/2004, deveria o proprietário entregar a arma à Polícia Federal – mediante indenização – ou providenciar sua transferência para terceiro, no prazo máximo de sessenta dias. A inobservância dessa obrigação implicaria na apreensão da arma pela Polícia Federal ou por órgão público por ela credenciado, sem prejuízo da aplicação das sanções penais cabíveis.²³

²³ O novo Decreto 9.785 repetiu tal regra: “Art. 15. Na hipótese de não cumprimento dos requisitos de que trata o art. 9º para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, o proprietário entregará a arma de fogo à Polícia Federal, mediante

Assim, nessa hipótese, mantendo o proprietário a arma em casa ou local de trabalho – nas condições, portanto, do art. 12 do Estatuto do Desarmamento – incorreria nesse tipo penal. É que o próprio Estado negou a renovação do registro, por falta de requisito legal (ex.: prática de crime, resultado de exame psicológico etc.) e, a partir daí, teria o possuidor a obrigação de se desfazer da arma, quer entregando-a à Polícia, quer a transferindo a terceiro. Mantendo a arma consigo, cometeria crime.

Isso não mudou com o Decreto 9.685/2019. Pensamos que o art. 67-B do Decreto 5.123 não fora atingido pela renovação automática dos certificados de registro. Note-se que o possuidor da arma que teve indeferida a renovação do registro perdeu o direito de reiterar futuramente o pedido, simplesmente porque perdeu o direito de possuir aquela arma anteriormente registrada, tanto que tem o dever de entregá-la à Polícia Federal ou de transferi-la, no prazo máximo de sessenta dias. Em suma: o possuidor tentou renovar o registro, não conseguiu e, com isso, perdeu o direito de possuir e de registrar a arma, não podendo ser beneficiado por uma renovação automática.

Eis que o Decreto 9785/2019 expressamente revogou o Decreto 9.685 (art. 66, VII). Isso mudou alguma coisa do vimos acima? Não.

Vamos recordar que o Decreto 9.685 renovou por dez anos todos os registros expedidos antes de 15 de janeiro de 2019, salvo, em nosso entender, os vencidos antes de 31 de dezembro de 2009 e não regularizados até essa data, e aqueles cujos pedidos de renovação foram indeferidos.

Isso gerou, como vimos, a indiscutível atipicidade da conduta de possuir, em sua residência ou local de trabalho (sendo proprietário ou gerente), arma de fogo de uso permitido, com registro vencido.

Ora, o novo Decreto 9.785, ao revogar o Decreto 9.685, revogou também o dispositivo que gerou a renovação automática dos registros e não repetiu regra semelhante. Porém, tal revogação não pode atingir uma situação penal anterior mais benéfica e um ato jurídico perfeito.

Assim, se alguém estiver sendo investigado pela prática do art 12 do Estatuto porque possuía em sua residência arma de fogo de uso restrito com registro vencido e o fato foi cometido antes de 15 de janeiro de 2019, não poderá ser denunciado, pois o evento tornou-se indiscutivelmente atípico e não poderia, agora, por força de outro decreto, tornar-se típico.

indenização na forma prevista no art. 59, ou providenciará a sua transferência, no prazo de sessenta dias, para terceiro interessado na aquisição, observado o disposto no art. 12”.

Nesse ponto, portanto, a Decreto 9.785/2019 não poderá retroagir, até porque, segundo pensamos, a renovação dos registros foi automática e, assim, pode ser considerado ato jurídico perfeito.

2.4. A revogação do Decreto 9.685/2019 e o reflexo sobre o art. 13 do Estatuto do Desarmamento

A conduta prevista no *caput* do art. 13 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) é a de “deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 anos ou que pessoa portadora de deficiência mental se apodere de uma arma de fogo que esteja sob a posse do agente ou que seja de propriedade deste”. O núcleo do tipo situa-se na expressão *deixar de observar*, ou seja, não ter atenção, o que sugere a existência de um dever, de um comportamento esperado que não foi seguido pelo agente.

Mas o que se deixa de observar nesse caso? As *cautelas necessárias*, expressão que constitui elemento normativo do tipo e que representa o dever de cuidado objetivo.

O tipo ainda prevê uma finalidade para a exigência da cautela, é dizer, o legislador deixa expresso o que quer efetivamente impedir: *que menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo*.

É nesse ponto que se inseria uma disposição trazida pelo Decreto 9.685/2019, que modificou o Decreto 5.123/2004.

Com a nova redação, o Decreto 5.123 passou a exigir daquele que queria adquirir uma arma de fogo e que possuía residência habitada também por criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental, a apresentação de uma declaração de que, a sua moradia possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento (art. 12, VIII). Essa exigência não existia até 15 de janeiro de 2019, data da publicação do Decreto 9.685.

O § 10 do mesmo art. 12 do Decreto 5.123 (também incluído pelo Decreto 9.685/2019) por sua vez passou a estatuir o seguinte: “A inobservância do disposto no inciso VIII do *caput* sujeitará o interessado à pena prevista no art. 13 da Lei nº 10.826, de 2003”.

O novo Decreto 9.785/2019 revogou os Decretos 5.123/2004 e 9.685/2019.

Porém, o novo Decreto manteve previsão semelhante quanto à apresentação da declaração acima mencionada.

Diz o art. 9º, VIII, que, para fins de aquisição de arma de fogo de uso permitido e de emissão do Certificado de Registro de Arma de Fogo, o interessado deverá “apresentar declaração de que

possui lugar seguro para armazenamento das armas de fogo das quais seja proprietário de modo a adotar as medidas necessárias para impedir que menor de dezoito anos de idade ou pessoa com deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade nos termos do disposto no art. 13 da Lei nº 10.826, de 2003”.

A regra do decreto anterior foi amenizada, pois não há mais necessidade da declaração de que a moradia possui “cofre” ou “local seguro com tranca” para armazenamento da arma, bastando declaração de que possui um “lugar seguro”.

E mais: o novo Decreto não repetiu a regra do § 10 do art. 12 do revogado Decreto 5.123, com a redação que lhe deu o Decreto 9.685. Ou seja, não há mais o dispositivo que dispunha ser a inobservância da declaração elemento configurador do crime do art. 13 do Estatuto.

Isso muda alguma coisa? Muito pouco.

É que sempre interpretamos o dispositivo do § 10 do art. 12 do revogado Decreto 5.123 com muita cautela.

A declaração prevista não poderia ser considerada a “cautela necessária” descrita no tipo do art. 13 do Estatuto; logo, a falta da declaração não poderia ser considerada “ausência de cautela”: a cautela seria o ato de providenciar que na moradia houvesse cofre ou local seguro com tranca para armazenamento da arma, de modo a impedir que menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental dela se apoderasse.

Agora, com o novo Decreto, deve-se interpretar que parte das “cauteladas necessárias” – elementar do tipo do art. 13 do Estatuto – seria o ato de providenciar que na moradia haja lugar seguro para armazenamento das armas de fogo, de modo a impedir que menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental dela se apodere.

Ao exigir uma declaração da existência desse “lugar seguro”, que pressupõe verdadeira, o Decreto está a exigir que a cautela tenha sido de fato adotada, ou seja, que o proprietário da arma de fogo tenha providenciado o “lugar seguro” para armazená-la.

Assim, não configurava e continua a não configurar o crime do art. 13 do Estatuto a simples inobservância da falta de apresentação da declaração.

Mas, é certo que, segundo entendíamos, o § 10 do art. 12 do revogado Decreto 5.123 trazia uma presunção *iuris et de iure*: caso houvesse o apoderamento da arma por menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental que residisse na casa (o que a doutrina, em geral, tem exigido para configuração do crime), a falta de “cofre” ou de “local seguro com tranca” para armazenar o objeto traria a presunção de falta das “cauteladas necessárias” do tipo do art. 13 do Estatuto do

Desarmamento e estaria configurada infração penal. Essa presunção não poderia ser aplicada aos casos anteriores a 15 de janeiro de 2019, data em que entrou em vigor o Decreto 9.685, que trouxe o citado § 10 ao art. 12 do Decreto 5.123/2004.

Agora, com a revogação e inexistência de repetição dessa presunção legal, pensamos que ela não mais poderá ser aplicada, mesmo aos casos posteriores a 15 de janeiro de 2019. Não mais existe a presunção de ausência de cautela.

Portanto, hoje, com a edição do Decreto 9.785/2019, caso haja o apoderamento da arma por menor de 18 anos ou pessoa portadora de deficiência mental que resida na casa, exige-se a comprovação de que não estava armazenada em “lugar seguro” – expressão absolutamente vaga e subjetiva, é bom observar – e que isso configurou a inobservância das “cauteladas necessárias” exigidas pelo tipo penal do art. 13.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

07 de maio de 2019

1- Concedida prisão domiciliar a mãe de dois filhos menores de 12 anos acusada de tráfico de drogas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- 1ª Turma: mantida prisão preventiva de policiais civis de SP acusados de envolvimento com o PCC

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- 1ª Turma julga prejudicado HC de condenado a 129 anos de prisão no RJ

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- 2ª Turma concede acesso a arquivos originais de interceptações a empresário condenado na Operação Hybris

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

08 de maio de 2019

5- Suspensão de direitos políticos aplica-se a penas restritivas de direitos, decide STF

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

09 de maio de 2019

6- STF declara constitucionalidade de decreto de indulto natalino de 2017

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 048

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores

Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Novidade legislativa: LEI Nº 13.827, DE 13 DE MAIO DE 2019

Praticada uma infração penal que se insira no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher (art. 5º da Lei 11.340/06), é possível ao juiz conceder medidas protetivas que garantam à ofendida certa proteção contra a reiteração de atos de violência.

Uma das medidas estabelecidas no art. 22 da Lei 11.340/06 é o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (inc. II). Segundo o disposto no caput do próprio dispositivo, a medida deve ser aplicada pelo juiz, sendo que, no geral, segue-se o trâmite estabelecido nos artigos 10 a 12 e 18 a 21 da Lei 11.340/06, dos quais destacamos especificamente o inciso III do art. 12 e o caput do art. 18, segundo os quais, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial remeter, no prazo de quarenta e oito horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida para a concessão de medidas protetivas de urgência, e, recebido o expediente, caberá ao juiz decidir no mesmo prazo.

Ocorre que o caso concreto pode trazer circunstâncias que tornem o prazo legal muito extenso, o que aumenta o risco de ineficácia da medida eventualmente concedida; a vítima poderá continuar a ser submetida a violência mesmo depois de comunicada a infração penal.

Para suprir essa deficiência na proteção às vítimas de violência doméstica, a Lei 13.827/19 introduz na Lei Maria da Penha o art. 12-C:

“Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I – pela autoridade judicial;

II – pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III – pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.”

Nota-se, inicialmente, que o novo dispositivo cria situação em que a atualidade ou a iminência de risco à vida ou à integridade física da vítima impõe a concessão imediata da medida protetiva de afastamento do lar. Risco atual é o que está em curso, como no caso de uma lesão corporal que pode se reiterar. Iminente é o risco que está prestes a ocorrer, como em uma ameaça em que haja elementos indicando a possibilidade concreta de que o agente pode cometer o mal injusto e grave que promete.

O advérbio imediatamente não deixa dúvida: constatada a atualidade ou a iminência do perigo à vida ou à integridade física, a medida protetiva deve ser concedida no mesmo instante, sem nenhuma perda de tempo. Por isso, uma vez registrada a ocorrência, deve a autoridade policial providenciar incontinenti a remessa do pedido de medida protetiva à autoridade judicial, não se

aplicando o prazo de quarenta e oito horas estabelecido no art. 12, inc. III. Da mesma forma, a autoridade judicial deve decidir imediatamente, não dentro do prazo de quarenta e oito horas que estabelece o art. 18. De fato, não faria sentido inserir na lei um dispositivo que determina a imediata concessão da medida se o trâmite do pedido devesse permanecer submetido à regra existente anteriormente. Desta forma, os mencionados prazos de quarenta e oito horas se aplicam apenas às situações em que não se trata de perigo atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher vítima de violência doméstica e familiar.

Além disso, o art. 12-C permite que outras autoridades, além da judicial, determinem a medida protetiva de afastamento do lar ou da convivência com a ofendida. Não se trata, todavia, de atuação simultânea, mas sim subsidiária, como se extrai claramente do dispositivo legal.

Com efeito, no caso de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da vítima, a lei estabelece que, em primeiro lugar, a autoridade judicial aplique a medida de afastamento. Caso o local não seja sede de comarca, isto é, caso se trate de um município (normalmente de pequeno porte) que não conte com varas judiciais e faça parte de comarca instalada em outro município, a medida pode ser concedida pelo delegado de polícia, que, aliás, ao receber a comunicação do crime tem mais condições de avaliar, ainda que superficialmente, as condições físicas e psicológicas da vítima e a real situação a que está submetida. Finalmente, caso o município não seja sede de comarca e, por alguma circunstância, não haja delegado disponível no momento da comunicação do crime, a medida pode ser concedida pelo policial.

Neste ponto, indaga-se: qual a extensão do vocábulo policial empregado pela lei?

Não há nenhuma dúvida de que o policial civil (investigador ou quem exerce função semelhante) está inserido na permissão legal. Trata-se, afinal, da primeira figura que se apresenta naturalmente ante a ausência do delegado de polícia. Mas, dado o caráter genérico da expressão adotada pelo legislador, e tendo em vista a situação de extrema urgência que fundamenta a concessão da medida, é razoável concluir que qualquer policial civil ou militar (ou mesmo federal, embora dificilmente ocorra) que tome conhecimento do crime poderá determinar o afastamento do lar, respeitada, evidentemente, a ordem de subsidiariedade a que já nos referimos.

Esta conclusão se reforça pelo disposto no § 1º do art. 12-C, segundo o qual a medida decretada pelo delegado de polícia ou pelo policial deve ser comunicada em no máximo vinte e quatro horas ao juiz, que, em igual prazo, deve decidir se a mantém ou se a revoga. Nota-se, portanto, que a decisão tomada pela autoridade policial ou por quem a substitui não se torna definitiva sem o aval quase imediato da autoridade judicial competente, o que minimiza os riscos de que uma medida eventualmente equivocada prejudique gravemente quem foi afastado do lar. Deve-se ter em mente que a situação de que trata o art. 12-C traz uma distinção de gravidade em relação à já normalmente delicada situação de violência doméstica e familiar: o atual ou iminente perigo para a vida ou a integridade física da vítima, o que nos auxilia a compreender por que o legislador decidiu atribuir a diversos agentes públicos o poder de impor imediatamente o afastamento do agressor do lar conjugal. A premência da situação justifica o diferimento da análise judicial.

O § 1º do art. 12-C estabelece, ainda, que, ao decidir sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, deve o juiz, concomitantemente, dar ciência ao Ministério Público, o que nos leva à conclusão de que, embora seja recomendável, não se exige parecer do Ministério Público sobre a manutenção ou a revogação da medida imposta. O juiz decide se ratifica ou revoga o afastamento do lar e cientifica o órgão ministerial a respeito da decisão.

O § 2º traz, a nosso ver, disposição inútil ao estabelecer que nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência não será concedida liberdade provisória ao preso. É inútil porque se o agente está preso e sua soltura é um risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida, não seria mesmo o caso de lhe conceder a liberdade provisória segundo o que já dispõem as regras para a decretação da prisão preventiva no Código de Processo Penal.

A Lei 13.827/19 também inseriu na Lei Maria da Penha o art. 38-A, que determina ao juiz que providencie o registro da medida protetiva de urgência. O registro, de acordo com o parágrafo único, deve ser promovido em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas.

Importante ressaltar, por fim, que a AMB ingressou com ADI sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo art. 12-C. Dentre outros argumentos, levanta a tese da violação da reserva de jurisdição que deve ser observada em atos que podem acarretar grave limitação ao exercício de direitos fundamentais.

Clique [aqui](#) para ter acesso à ADI da AMB

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da Lei 13.827/19

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1-Tema: Menção à decisão de pronúncia não leva obrigatoriamente à anulação do júri

DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 14/5/2019

A mera menção, ou ainda a leitura, da decisão de pronúncia não conduz necessariamente à nulidade do julgamento no Tribunal do Júri, a menos que haja argumento de autoridade no ato, de forma a beneficiar ou prejudicar o réu.

O entendimento foi da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar um caso em que se alegava nulidade em julgamento do Tribunal do Júri da Comarca de Minaçu (GO), no qual o réu, acusado de homicídio duplamente qualificado, foi condenado a 13 anos de reclusão em regime fechado.

Na ocasião, o promotor de Justiça, em plenário, afirmou que “a legítima defesa foi rechaçada no momento da análise da pronúncia” – frase considerada manifesto argumento de autoridade pela defesa do réu, que requereu a anulação do julgamento por violação ao artigo 478, I, do Código de Processo Penal (CPP).

Argumento de autoridade

Em seu voto, o relator do recurso da defesa no STJ, ministro Rogerio Schietti Cruz, lembrou que a previsão do artigo 478, I, do CPP tem como objetivo excluir dos debates do Tribunal do Júri o emprego, tanto pela defesa quanto pela acusação, de linhas argumentativas com base na importância, no senso de justiça e no conhecimento jurídico do magistrado prolator da decisão de pronúncia – ou seja, evitar que os discursos sejam empregados como argumento de autoridade.

Ele mencionou julgado anterior da Sexta Turma que concluiu que o CPP, ao tratar do procedimento do Tribunal do Júri, veda apenas “a utilização das peças processuais de forma capciosa, a macular o ânimo dos jurados”. Naquela oportunidade, o colegiado analisou não apenas o artigo 478, mas também o 472, parágrafo único, que prevê a distribuição de cópias da decisão de pronúncia para os jurados.

Ao julgar o caso atual, o tribunal de segunda instância rejeitou a alegação de nulidade por entender que o promotor não empregou argumento de autoridade, especialmente porque os membros do conselho de sentença já haviam tomado conhecimento da pronúncia.

Reexame de provas

Segundo Schietti, a jurisprudência do STJ já sedimentou o entendimento de que a verificação da presença do argumento de autoridade na referência feita a um documento durante os debates do júri exige reexame de provas, o que não é possível em recurso especial (Súmula 7).

Assim, para o ministro, a mera menção à pronúncia não induz, por si só, a nulidade do julgamento, visto que os jurados tiveram amplo acesso à decisão.

“A intenção do legislador, insculpida no artigo 478, I, do CPP não foi a de vedar toda e qualquer referência à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, mas sim evitar que o conselho de sentença, constituído por juízes leigos, seja influenciado por decisões técnicas, ao impor aos jurados o argumento da autoridade”, afirmou Schietti.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1757942](#)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Vale destacar que o legislador, no art. 478 do CPP, quer impedir a menção à pronúncia, às decisões posteriores que admitiram a acusação e ao uso de algemas (e, incluímos ao silêncio do réu), quando tal discurso é empregado como “argumento de autoridade”, entendido como o argumento que pretende se passar por irrefutável, que tenha sido praticamente o único a ser utilizado para fundamentar a tese sustentada pela acusação ou pela defesa. Por isso mesmo a jurisprudência vem mitigando o alcance da proibição, ao entender que a mera alusão a esses aspectos não é suficiente para decretar a nulidade do julgamento. Mais que isso, é preciso se demonstrar – o que, na prática, nem sempre será tarefa fácil – que tais menções foram decisivas para a formação da convicção do jurado. Assim, por exemplo, deverá constar da ata de julgamento um protesto da defesa, dando conta de que o discurso da acusação restringiu-se, quase que exclusivamente, ao teor da decisão de pronúncia. Caso se demonstre, ao contrário, que a menção foi meramente incidental (ou mesmo que a pronúncia, porque proferida em tons sóbrios, em nada poderia influir no julgamento), a jurisprudência, inclusive do STJ, não tem reconhecido a nulidade.

Há, na doutrina, quem vislumbre nesse dispositivo nítida afronta a princípios constitucionais. Nesse sentido o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci ao destacar que “a vedação imposta pelo art. 478 é inconstitucional. Cerceia-se o direito de qualquer das partes de explorar as provas lícitas constantes dos autos. Somente as ilícitas é que estão vedadas pela Constituição Federal (art. 5º, LVI). Por isso, a contrário senso, são admissíveis no processo todas as provas obtidas por meios lícitos.” (Código de Processo Penal Comentado 8ª ed., pág. 802/803).

2- Tema: Prisão Preventiva sem fundamento não pode ser substituída por cautelares

STJ- RHC 110.779/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019

RECURSO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO PEDRA NO CAMINHO. ESTELIONATO MAJORADO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA, FRAUDE À LICITAÇÃO E CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO PROVIDO.

1. Tanto a prisão preventiva (stricto sensu) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei n. 12.403/2011 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena a quem for comprovadamente culpado) ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada ante a perspectiva de abalo à ordem pública pela provável prática de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final das diversas cautelas (inclusive a mais extrema, a prisão preventiva), mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.

2. Vale dizer, a imposição de qualquer providência cautelar, sobretudo as de natureza pessoal, exige demonstração de sua necessidade, tendo em vista o risco que a liberdade plena do acusado representa para algum bem ou interesse relativo aos meios ou aos fins do processo.

3. Não se mostram suficientes as razões invocadas pelo Tribunal de origem para embasar a imposição de medidas diversas da prisão ao recorrente, porquanto o próprio acórdão foi claro ao asseverar que o Juízo de primeiro grau não realizou a devida análise da cautelaridade a fim de decretar a custódia preventiva, tanto que reconheceu expressamente que "não se verifica o risco concreto a justificar como necessária a imposição da prisão preventiva".

4. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar a impossibilidade de se agregarem fundamentos diversos, em habeas corpus, para negar ou até mesmo conceder em parte o pedido defensivo. Dito de outra forma, quando o Tribunal a quo asseverou que a decisão do Juízo de primeiro grau não lançou argumentos concretos e bastantes a justificar a prisão provisória, a ele cabia, apenas, a revogação da medida.

5. Recurso provido para cassar o acórdão no ponto em que impôs ao acusado o cumprimento de medidas cautelares.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Com o advento da Lei 12.403/11, foi introduzido no CPP rol de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, observando-se na sua aplicação, especialmente, o art. 282 do CPP:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Percebe-se grande semelhança desse artigo com o art. 312 do código, que trata dos pressupostos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva.

A prisão, portanto, passou a ter caráter residual, cabível, de forma excepcional, quando se revelarem insuficientes ou ineficazes as demais medidas cautelares. Nesse sentido, a disposto no art. 282, § 6º, do código, ao dispor que “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

Presentes os requisitos legais, proporcionalidade e razoabilidade devem guiar o juiz ao optar pela adoção de medidas cautelares (de gravidade intermediária), ou a decretação da prisão preventiva (de intensa gravidade).

No caso em análise, o Tribunal reformou o decreto de prisão preventiva, substituindo a medida extrema por cautelares diversas, asseverando que o Juízo de primeiro grau não realizou a devida análise da cautelaridade no momento da decretação da prisão, **reconhecendo não existir o risco concreto a justificar como necessária a sua imposição.**

Ora, se não existe risco concreto, ficam prejudicadas não somente a prisão, como também as medidas alternativas. Nesse ponto, o Tribunal incorreu em erro, de acordo com jurisprudência pacífica do STJ. Quando o Tribunal a quo asseverou que a decisão do Juízo de primeiro grau não lançou argumentos concretos e bastantes a justificar a prisão provisória, a ele cabia, apenas, a revogação da medida.

DIREITO PENAL:

1-Tema: Princípio da insignificância e regime prisional

INFORMATIVO 938 STF- PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, por maioria, concedeu, de ofício, a ordem de habeas corpus para fixar o regime inicial aberto em favor de condenado pelo furto de duas peças de roupa avaliadas em R\$ 130,00.

Após ter sido absolvido pelo juízo de primeiro grau ante o princípio da insignificância, o paciente foi condenado pelo tribunal de justiça à pena de um ano e nove meses de reclusão em regime inicial semiaberto. A corte de origem levou em consideração os maus antecedentes, como circunstância judicial desfavorável, e a reincidência para afastar a aplicação do princípio da insignificância.

A Turma rememorou que o Plenário, ao reconhecer a possibilidade de afastamento do princípio da insignificância ante a reincidência, aquiesceu não haver impedimento para a fixação do regime aberto na hipótese de aplicação do referido princípio. Ressaltou que, no caso concreto, houve até mesmo a pronta recuperação da mercadoria furtada.

Vencido o ministro Marco Aurélio (relator), que indeferiu a ordem. Pontuou que os maus antecedentes e a reincidência afastam a fixação do regime aberto, a teor do art. 155, § 2º, do Código Penal (CP) (1).

Vencida, também, a ministra Rosa Weber, que concedeu a ordem de ofício para reconhecer a atipicidade da conduta em face do princípio da insignificância.

(1) CP: “Art. 155. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. (...) § 2º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.”

HC 135164/MT, rel. Min. Marco Aurélio, red. p/ ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 23.4.2019. (HC-135164).

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No geral, admite-se o princípio da insignificância nos crimes patrimoniais em que não há violência ou ameaça, não há o emprego de meios que por si tornam o fato mais grave e que não são cometidos por quem faz da ação criminosa um meio de vida. Os tribunais superiores estabeleceram alguns parâmetros para que a análise da insignificância seja o mais criteriosa possível, evitando-se assim que o sistema criminal promova uma proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, situação tão deletéria quanto o excesso e o abuso. Em resumo, são requisitos para a insignificância **(A)** a mínima ofensividade da conduta do agente; **(B)** a ausência de periculosidade social da ação; **(C)** o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e, por fim, **(D)** a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Estes requisitos obrigam a uma análise abrangente das circunstâncias em que ocorre a prática criminosa. Desta forma, não obstante o valor irrisório do objeto subtraído no furto, por exemplo, há fatores que podem confirmar a tipicidade material, como o rompimento de obstáculo, a escalada, a fraude e o concurso de agentes. Além disso, no caso daquele que comete reiterados crimes, ainda que os prejuízos individualmente considerados sejam reduzidos, não é socialmente adequado que a Justiça criminal ignore o todo e acabe incentivando a reiteração delitiva. É o que vêm decidindo os tribunais superiores:

“Não há falar em reduzido grau de reprovabilidade no comportamento do agente que responde a vários processos criminais por crime da mesma natureza (contra o patrimônio), circunstância que configura a reiteração criminosa e impede a aplicação do princípio da insignificância.” (STJ: AgRg no AREsp 1.394.000/MG, j. 23/04/19)

“1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal (STF) examinar a questão de direito discutida na impetração. 2. Em se tratando de crime de furto, a aplicação do princípio da insignificância deve ser casuística, incumbindo ao Juízo de origem avaliar, no caso concreto, a melhor forma de assegurar a aplicação do princípio constitucional da individualização da pena, examinando a possibilidade da incidência do privilégio previsto no art. 155, § 2º, do Código Penal, ou do reconhecimento da atipicidade da conduta, com fundamento no princípio da bagatela (HCs 123.734, 123.533 e 123.108, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

(...)

4. Hipótese de paciente contumaz na prática delitiva, tendo em vista que “possui contra si uma condenação por crime de roubo e outras duas por porte de arma. Registra, ainda, outras passagens por crime de ameaça, lesões corporais e porte de droga. Junto a isso, responde a processo por crime de tráfico de entorpecentes”, o que impossibilita o reconhecimento do princípio da insignificância. 5. Agravo regimental não provido.” (STF: HC 119.844 AgR/MG, j. 29/6/2018)

Uma vez afastada a insignificância em razão da reiteração criminosa, qual a forma adequada de cumprimento da pena?

A rigor, no caso de reincidência, o regime inicial deve ser o fechado, como se extrai do art. 33, § 2º, do CP, que, ao mencionar os parâmetros dos regimes aberto e semiaberto, faz referência ao condenado “não reincidente”. Ocorre que, além da situação estabelecida no art. 44, § 3º, do CP, segundo o qual o reincidente pode ter a pena privativa de liberdade substituída pela restritiva de direitos se a substituição for socialmente recomendável e a reincidência não seja em virtude da prática do mesmo crime, a jurisprudência mitiga a regra do regime fechado ao reincidente ao qual tenha sido imposta pena privativa de liberdade.

A súmula 269 do STJ, com efeito, dispõe ser “admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”. O fundamento da súmula reside no fato de que, para estabelecer o regime de pena adequado, observando rigorosamente o princípio da individualização da pena, deve o juiz observar

todas as circunstâncias que envolvem o fato e seu autor, que se conjugam para possibilitar o alcance das finalidades da pena. Por isso, é possível que, mesmo reincidente, o agente possa cumprir sua reprimenda em um regime menos rigoroso.

E nos casos em que, consideradas estritamente as circunstâncias objetivas do fato, o princípio da insignificância seria admissível, mas é obstado em virtude da reiteração criminosa, pode ser também aplicada essa mitigação relativa à regra do regime inicial fechado?

Segundo decidiu o STF no julgamento do HC 135.164/MT (j. 23/04/2019), tais casos devem ser tratados de maneira ainda mais branda, aplicando-se diretamente o regime inicial aberto.

No caso submetido a julgamento, o paciente, com maus antecedentes e reincidente, havia sido processado pelo furto de peças de roupa no valor de R\$ 130,00. Foi absolvido em primeira instância por incidência do princípio da insignificância, mas o Tribunal de Justiça reformou a decisão para condená-lo, tendo em vista que suas circunstâncias pessoais não eram condizentes com a atipicidade material.

Ao julgar o habeas corpus, o STF reconheceu a impropriedade da aplicação do princípio da insignificância diante da reiteração criminosa, mas estabeleceu a possibilidade de imposição do regime aberto nos casos em que, abstraída a circunstância pessoal desfavorável, a bagatela seria reconhecida.

2- Tema: Suspensão de direitos políticos aplica-se a penas restritivas de direitos, decide STF

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 08/05/2019

Na tarde desta quarta-feira (8), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 601182, com repercussão geral reconhecida. Por maioria dos votos, os ministros fixaram entendimento de que a suspensão de direitos políticos nos casos de condenação criminal transitada em julgado aplica-se às hipóteses de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O caso concreto envolve a condenação de um cidadão de Betim (MG) à pena de dois anos de reclusão, em regime aberto, por uso de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) falsa, crime previsto no artigo 304 do Código Penal. A pena restritiva de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade e multa. Em seguida, ao prover parcialmente apelação da defesa, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) afastou a suspensão dos direitos políticos do apenado. O Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG) então interpôs o recurso extraordinário ao STF sustentando que o acórdão questionado viola o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Esse dispositivo impede a cassação de direitos políticos, ressalvando que a suspensão ou perda só se dará em casos específicos nele elencados. Entre os casos, está a condenação criminal com trânsito em julgado, enquanto durarem seus efeitos, prevista no inciso III.

Voto do relator

O julgamento teve início na sessão extraordinária realizada na manhã de hoje, quando o ministro Marco Aurélio (relator) votou pelo desprovimento ao recurso ao entender que a perda dos direitos políticos leva à quebra dos princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade. Segundo o relator, o cidadão, ainda que beneficiado pela suspensão da pena de prisão, não pode sofrer a perda de seus direitos políticos.

Divergência

No período da tarde, a Corte retomou a análise do recurso com o voto do ministro Alexandre de Moraes. Ele divergiu do relator e votou pelo provimento do RE para que se defina que a regra de suspensão dos direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal é autoaplicável, sendo uma consequência imediata da sentença penal condenatória transitada em julgado [quando não há mais possibilidade de recorrer] independentemente do crime ou da natureza da condenação imposta – se pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou suspensão condicional da pena. “Não importa a sanção, importa que o Estado-juiz condenou, com trânsito em julgado, alguém pela prática de uma conduta criminal”, afirmou.

Para o ministro Alexandre de Moraes, não há qualquer arbitrariedade no fato de a própria Constituição Federal estabelecer, de forma excepcional, a possibilidade de afastamento do exercício dos direitos políticos, seja temporário, no caso de suspensão, ou permanente, em caso de perda. O ministro ressaltou que o objetivo é impedir que aqueles que praticaram atos graves no campo administrativo e civil ou praticaram crimes possam participar da vida política do país.

Maioria

O voto divergente do ministro Alexandre de Moraes pelo provimento do RE conduziu a corrente majoritária. O ministro Edson Fachin acompanhou esse entendimento, ressaltando que a condenação atinge os direitos políticos, independentemente de se tratar de pena que afeta a liberdade ou apenas restringe direitos.

No mesmo sentido, o ministro Luís Roberto Barroso considerou que a clareza da norma é evidente e não dá margem à dúvida. Segundo ele, a Constituição Federal fala sobre condenação criminal, sendo ela privativa de liberdade ou restritiva de direitos. Já o ministro Luiz Fux avaliou que a Constituição foi clara e coerente com todos os seus princípios. Ele acompanhou a divergência, mas restringiu a suspensão dos direitos políticos aos crimes previstos na Lei da Ficha Limpa. Para Fux, é desproporcional que a norma seja aplicada a infrações de menor potencial ofensivo, tendo em vista o princípio da razoabilidade.

Ao lembrar julgados semelhantes da Corte, a ministra Cármen Lúcia votou pelo provimento do RE no sentido da autoaplicabilidade do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal. Também o ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a divergência, citando que desde a Constituição imperial havia previsão para a suspensão dos direitos políticos em penas alternativas. Nesse mesmo sentido votaram os ministros Gilmar Mendes e o presidente do STF, ministro Dias Toffoli.

A ministra Rosa Weber seguiu o voto do ministro Marco Aurélio (relator) pelo desprovimento do recurso do MP mineiro. Essa corrente ficou vencida.

Tese

A Corte fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A suspensão de direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Segundo dispõe o art. 15, inciso III, da Constituição Federal, é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

Trata-se de um efeito da condenação, uma consequência de toda e qualquer condenação criminal transitada em julgado, mesmo que não declarada expressamente na sentença, pois decorre da letra expressa da Constituição Federal. Independe também da natureza do crime, da qualidade e do quantum da pena efetivamente imposta. Nem mesmo o fato de ter sido o agente, eventualmente, beneficiado pela suspensão condicional da pena impede a suspensão dos direitos políticos.

Não obstante, apesar de se reconhecer a autoaplicabilidade do dispositivo constitucional, há quem defenda uma incidência da suspensão dos direitos políticos restrita às situações em que o cumprimento da pena torne inviável o exercício de tais direitos, ou em que haja limitações que impliquem horários de recolhimento ao cárcere, não se aplicando, por exemplo, às hipóteses de sursis.

Um dos questionamentos sobre a limitação da suspensão dos direitos políticos é relativo à condenação na qual a pena privativa de liberdade é substituída por restritiva de direitos, que, sabemos, não implica recolhimento ao cárcere e constitui medida alternativa aplicada, no geral, em decorrência de crimes de menor gravidade (culposos; se dolosos, sem violência ou grave ameaça a pessoa e com penas relativamente baixas – até quatro anos).

Esta situação envolvendo as penas restritivas de direitos foi analisada na data de ontem (08/05/2019) pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 601.182/MG.

Em 2011, o tribunal havia reconhecido a repercussão geral do tema, pois cumpria “definir, de forma linear, em todo o território nacional, mediante a voz abalizada do Supremo, o alcance do inciso III do art. 15 da Lei Fundamental, que preceitua a suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os respectivos efeitos. Em síntese, o guardião-maior da Carta Federal há de assentar se a suspensão prevista constitucionalmente abrange pronunciamento judicial a encerrar a substituição da pena restritiva de liberdade pela restritiva de direitos. A conclusão extrapolaria os limites subjetivos do processo, irradiando-se para um incontável número de casos”.

No caso julgado, um indivíduo havia sido condenado por uso de documento falso e teve a pena privativa substituída pela restritiva de direitos. Ao julgar a apelação, o Tribunal de Justiça de Minas

Gerais acolheu parcialmente os argumentos do réu e afastou a suspensão dos direitos políticos diante da natureza da pena imposta:

“No que respeita ao cancelamento da suspensão de seus direitos políticos, razão está com a nobre defesa.

Primeiramente, urge colacionar que é inquestionável a auto-aplicabilidade, em função da dispensa de regulamentação por lei infraconstitucional, do preceito contido no art. 15, III, da Carta Magna, dada a clareza do conteúdo e definição precisa de seu fato gerador, qual seja, a condenação criminal com trânsito em julgado.

Contudo, a regra comporta exceção.

Tendo em vista que, com fulcro no art. 44 do CP, foi concedida ao increpado a substituição da sanção corporal pelas restritivas de direitos, não se vislumbra qualquer incompatibilidade em relação ao pleno exercício dos seus direitos políticos, cuja relevante importância só permite o tolhimento em situações que materialmente os inviabilizem.

(...)

Conforme friso em votos semelhantes, não se pode olvidar que a atual Constituição foi promulgada há mais de quinze anos. Vivia-se um momento em que a experiência de penas alternativas no direito brasileiro ainda se manifestava de forma relutante, incipiente e isolada. Por isso, não é de se conceber que o réu seja alijado de sua condição de cidadão por insistência na interpretação puramente literal do dispositivo em referência, e no substrato ético que a fundamenta, depois de árdua e corajosa modernização das políticas criminais e aprimoramento do sistema substitutivo das censuras carcerárias.

Tal pensamento, indubitável, pode implicar outra pena que traz conseqüências talvez mais severas que o próprio castigo cominado ao delito previsto no ordenamento jurídico-penal. Arreda-se da vida pública, indiscriminadamente, tanto aquele para quem se fez necessário o afastamento do convívio em sociedade, via segregação, quanto o que vem a ser beneficiado, ainda que condicionalmente, pela isenção do encarceramento após rigorosa avaliação, dentre outras circunstâncias, da natureza e da gravidade da infração penal que cometeu, de seus atributos pessoais e da pena que lhe é infligida.

Postulados dos mais caros ao Estado Democrático de Direito – os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa e, principalmente, da individualização da pena, insculpido no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal – são extirpados desse raciocínio que subtrai ao aplicador da lei o poder de decidir, ao cabo da análise singular de cada caso, sobre a incidência ou não do instituto que prevê a sustação das prerrogativas políticas.

Diante disso, ficam mantidos, pois, os direitos políticos do apenado.”

O Ministério Público recorreu extraordinariamente apontando a violação do art. 15, inciso III, da CF/88, e o Supremo Tribunal Federal, por maioria, deu-lhe razão.

Após o voto do ministro Marco Aurélio, que seguiu a mesma linha da decisão proferida na apelação afirmando que a suspensão dos direitos políticos contraria os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade, o ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência para impor a suspensão independentemente da qualidade da pena fixada na sentença condenatória. O que importa, segundo a Constituição Federal, é a condenação transitada em julgado pela prática de uma conduta criminosa.

A divergência foi seguida pela maioria, sendo que o ministro Luiz Fux propôs, em seu voto, a restrição da suspensão dos direitos políticos aos crimes previstos na Lei da Ficha Limpa, tendo em vista ser desproporcional que consequência tão severa seja aplicada a infrações de menor gravidade. A tese firmada em repercussão geral, no entanto, foi assim redigida:

“A suspensão de direitos políticos prevista no artigo 15, inciso III, da Constituição Federal, aplica-se no caso de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos”.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

14 de maio de 2019

1- 2ª Turma analisa se mãe de filho de 9 anos pode ser presa após condenação em segunda instância

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- 1ª Turma remete para primeira instância ação penal contra prefeito de Barueri (SP) por dispensa de licitação

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- Mantida decisão que rejeitou denúncia sobre sementes de Cannabis sativa sem THC

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

14 de maio de 2019

4- Decreto de indulto pelo Dia das Mães também abrange presas em regime aberto

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

5- Sexta Turma suspende prisão do ex-presidente Temer e do Coronel Lima

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Quinta Turma confirma condições para liberação de aeronave suspeita de ser comprada com dinheiro ilícito

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 049

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: STF e a condução coercitiva para o ato do interrogatório (resumo da decisão)

No processo penal, uma das medidas de que se pode fazer uso é a condução coercitiva, que ocorre quando o investigado, o acusado, a testemunha ou mesmo a vítima são compulsoriamente levados à presença da autoridade policial ou judicial para que tomem parte em determinado ato que deve se desenvolver no inquérito policial ou na ação penal.

Do rol dos que podem ser conduzidos “sob vara”, certamente os que despertam maior controvérsia são os investigados e os acusados. Isto porque, ao contrário, por exemplo, de uma testemunha, que é obrigada a depor – e a dizer a verdade –, ao agente investigado ou acusado por um crime se aplica a máxima de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), do que decorre o direito ao silêncio. Dessa forma, a não ser em casos nos quais a presença do agente seja realmente imprescindível – como no reconhecimento pessoal, por exemplo –, argumenta-se que a condução coercitiva para interrogatório ofende a mencionada garantia; ainda, que o não atendimento de intimação para interrogatório acha-se inserido no direito de não se autoincriminar.

O debate se intensifica diante de conduções coercitivas ultimamente determinadas em operações investigatórias de grande dimensão, nas quais os juízes, interpretando extensivamente o disposto no art. 260 do CPP, e com base no poder geral de cautela, expedem mandados para que investigados sejam conduzidos de forma compulsória independentemente de prévia intimação. A justificativa para essas medidas de condução coercitiva reside na viabilidade da investigação, pois na medida em que diversos investigados sejam conduzidos ao mesmo tempo, evitam-se a combinação de versões a respeito dos fatos apurados e a destruição de provas.

Em 22/5/2019, o STF publicou o acórdão da decisão proferida nas ADPF 395 e 444, nas quais se questionava a constitucionalidade da condução coercitiva para interrogatório.

Em síntese, a ADPF 395 impugnava a condução coercitiva para interrogatório na investigação e também na instrução criminal, razão por que seu pedido consistia na declaração da inconstitucionalidade da medida determinada como cautelar autônoma para a inquirição de suspeitos, indiciados ou acusados. A ADPF 444, por sua vez, questionava a constitucionalidade apenas da condução coercitiva para interrogatório em fase de investigação policial. Havia também pedido subsidiário para que se declarasse inconstitucional a interpretação extensiva para a aplicação da condução coercitiva em situações que extrapolassem os estritos termos do art. 260 do CPP.

O STF julgou procedente o pleito em julgamento cujo acórdão foi publicado nos seguintes termos:

“1. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. 2. Agravo Regimental contra decisão liminar. Apresentação da decisão, de imediato, para referendo pelo Tribunal. Cognição completa da causa com a inclusão em pauta. Agravo prejudicado. 3. Cabimento da ADPF. Objeto: ato normativo pré-

constitucional e conjunto de decisões judiciais. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): ausência de instrumento de controle objetivo de constitucionalidade apto a tutelar a situação. Alegação de falta de documento indispensável à propositura da ação, tendo em vista que a petição inicial não se fez acompanhar de cópia do dispositivo impugnado do Código de Processo Penal. Art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.882/99. Precedentes desta Corte no sentido de dispensar a prova do direito, quando “transcrito literalmente o texto legal impugnado” e não houver dúvida relevante quanto ao seu teor ou vigência – ADI 1.991, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 3.11.2004. A lei da ADPF deve ser lida em conjunto com o art. 376 do CPC, que confere ao alegante o ônus de provar o direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se o juiz determinar. Contrário sensu, se impugnada lei federal, a prova do direito é desnecessária. Preliminar rejeitada. Ação conhecida. 4. Presunção de não culpabilidade. A condução coercitiva representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante condução sob custódia por forças policiais, em vias públicas, não sendo tratamento normalmente aplicado a pessoas inocentes. Violação. 5. Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). O indivíduo deve ser reconhecido como um membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais. Tornar o ser humano mero objeto no Estado, conseqüentemente, contraria a dignidade humana (NETO, João Costa. Dignidade Humana: São Paulo, Saraiva, 2014. p. 84). Na condução coercitiva, resta evidente que o investigado é conduzido para demonstrar sua submissão à força, o que desrespeita a dignidade da pessoa humana. 6. Liberdade de locomoção. A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve. 7. Potencial violação ao direito à não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio. Direito consistente na prerrogativa do implicado a recusar-se a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio seja interpretado como admissão de responsabilidade. Art. 5º, LXIII, combinado com os arts. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII. O direito ao silêncio e o direito a ser advertido quanto ao seu exercício são previstos na legislação e aplicáveis à ação penal e ao interrogatório policial, tanto ao indivíduo preso quanto ao solto – art. 6º, V, e art. 186 do CPP. O conduzido é assistido pelo direito ao silêncio e pelo direito à respectiva advertência. Também é assistido pelo direito a fazer-se aconselhar por seu advogado. 8. Potencial violação à presunção de não culpabilidade. Aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas – art. 5º, LVII. A restrição temporária da liberdade e a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado é claramente tratado como culpado. 9. A legislação prevê o direito de ausência do investigado ou acusado ao interrogatório. O direito de ausência, por sua vez, afasta a possibilidade de condução coercitiva. 10. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP.”

O ministro Gilmar Mendes, relator das ações, deferiu em 18/12/2017 medida liminar (com fundamento no art. 5º, § 1º, da Lei 9.882/99 – caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave) “para vedar a condução coercitiva de investigados para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da

responsabilidade civil do Estado”. Segundo o ministro, justificava-se a medida liminar diante do grande número de conduções coercitivas determinadas no curso de investigações policiais e da relevante restrição a direito individual que o procedimento representa.

Em seu voto sobre o mérito das arguições, o ministro reiterou a fundamentação da medida liminar e decidiu que a condução coercitiva para interrogatório é incompatível com a Constituição Federal. Em síntese, afirmou que a forma como têm se dado as conduções constitui indevida restrição da liberdade de locomoção – pois força o investigado a comparecer em um ato ao qual não está obrigado – e violação da presunção de não culpabilidade, tendo em vista que o investigado surpreendido por uma ordem de condução sem nenhuma intimação prévia é claramente tratado como culpado. Fez também referência à violação do princípio da não autoincriminação, do direito de defesa – pois a condução-surpresa pode restringir o acesso à assistência de advogado – e do princípio da dignidade da pessoa humana. E, ainda que fosse considerada viável a condução para interrogatório, seria imprescindível a estrita observância do art. 260 do CPP, que pressupõe o descumprimento de prévia intimação.

O relator foi seguido pela ministra Rosa Weber, que excluiu expressamente do âmbito da decisão as conduções coercitivas relativas à qualificação e ao reconhecimento de investigados.

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, não julgou o dispositivo legal incompatível com a Constituição Federal, mas impôs critérios para que as conduções coercitivas sejam determinadas: a prévia intimação descumprida e as garantias ao silêncio e à assistência de advogado.

O ministro Fachin votou no sentido de que condução coercitiva não é incompatível com a ordem constitucional, mas só pode ser determinada se cumpridos os termos do art. 260 do CPP – intimação prévia e seu descumprimento – ou para evitar a imposição de medidas como as prisões cautelares – neste caso, a condução pode se dar independentemente de prévia intimação. Também votou desta forma o ministro Luís Roberto Barroso.

Para o ministro Luiz Fux, a condução coercitiva é constitucional, tanto na forma do art. 260 do CPP quanto na decorrente do poder geral de cautela. Fazendo referência a diversas decisões emanadas de cortes dos Estados Unidos – onde o direito ao silêncio é garantido pela 5ª emenda há mais de dois séculos –, o ministro afirmou que o direito de o investigado não produzir provas contra si não abarca a possibilidade de destruição de provas. O Estado tem o direito fundamental de fazer valer o sistema penal evitando que investigados criem estratégias para se furtar à aplicação da lei. Na sua visão, assegurados os direitos ao silêncio, à presença de advogado e à integridade física e psíquica, a condução coercitiva pode ser decretada com fundamento semelhante àqueles estabelecidos no art. 319 do CPP para medidas cautelares diversas da prisão. Afinal, se pode o juiz proibir ou acesso ou a frequência a determinados lugares, ou mesmo a manutenção de contato do agente com pessoa determinada porque essas restrições podem evitar embaraços para a investigação e para a ação penal, não há razão para considerar indevida uma medida até menos drástica – pois momentânea – que serve ao mesmo propósito.

O ministro Dias Toffoli, por outro lado, acompanhou o relator pela procedência das arguições e afirmou que o juiz criminal está estritamente vinculado às hipóteses legais de restrição da liberdade, razão pela qual não pode determinar medida cautelar restritiva do direito de ir e vir que não esteja expressa na lei instrumental. Para o ministro, portanto, o art. 260 do CPP não pode ser interpretado extensivamente para que se determine, com base no poder geral de cautela, a condução forçada do investigado à presença da autoridade, ainda que sob o pretexto de preservar provas ou até mesmo de não decretar medidas mais graves como a prisão cautelar.

Na mesma linha seguiu o ministro Ricardo Lewandowski, para quem, no processo penal, não há medidas cautelares inominadas nem tem o juiz poder geral de cautela, inclusive porque o processo é instrumento limitador do poder estatal – não o contrário –, que deve ser pautado pela estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade dos atos. Afirmou ainda que, mesmo no caso de prévia intimação não atendida, não parece razoável conduzir coercitivamente o investigado, que tem direito ao silêncio e cuja ausência deve ser interpretada como exercício desse direito.

Também não destoou destas conclusões o ministro Marco Aurélio, que iniciou o voto afirmando que a interpretação é um ato de vontade, mas sempre vinculado à lei. Não é possível, só por se tratar de um ato de vontade, estabelecer critérios interpretativos de oportunidade, por melhores que sejam os objetivos, pois, em Direito, o meio justifica os fins, não o contrário.

A partir do raciocínio de que a condução coercitiva é uma forma de prisão – pois caracteriza cerceamento da liberdade de ir e vir, ainda que momentaneamente –, o ministro a considerou incompatível com a Constituição Federal. Para ele, a medida é ineficaz para os fins declarados – já que o investigado tem o direito de não se pronunciar –, confrontando-se com outras medidas restritivas de liberdade, como as prisões temporária e preventiva, que exigem situações concretas, escancaradas para fundamentar a restrição da liberdade e que têm requisitos específicos que justificam o ato gravoso a direitos fundamentais. Por estas razões, considerou que a condução forçada para interrogatório não foi recepcionada pela Constituição Federal.

O ministro Celso de Mello afirmou que o processo penal é uma garantia instrumental do cidadão – que deve ter assegurados os meios e recursos de defesa –, e por isso mesmo não pode converter-se em instrumento de arbítrio estatal. A condução coercitiva não se esgota em si, objetiva fins estabelecidos pela legislação, e, no caso de investigados ou acusados, é feita para viabilizar o interrogatório. Ocorre que tais agentes não são simples objetos de investigação ou processo, são sujeitos de direitos que podem se manter em silêncio; não podem ser tratados como culpados; e podem se recusar a participar – ativa ou passivamente – de procedimentos que eventualmente lhes acarretem prejuízo. Não são obrigados, enfim, a cooperar com a apuração de fatos criminosos.

Se é assim, não se justifica a imposição de medida que compele o indivíduo a comparecer em um ato no qual não está obrigado a tomar parte. Assim como Marco Aurélio, observou que a condução coercitiva é uma espécie de restrição de liberdade – com natureza jurídica de cautelar de coação pessoal – e lembrou lição de Hélio Tornaghi no sentido de que o sujeito submetido ao procedimento

fica em estado de apreensão, sob vigilância da autoridade, até que o ato para o qual foi conduzido seja declarado finalizado.

Concluiu o ministro, dessa forma, que a condução coercitiva para interrogatório (excluída, portanto, aquela promovida para reconhecimento ou para qualificação criminal) é incompatível com a Constituição, pois fere o direito à não autoincriminação (da qual o direito ao silêncio é apenas uma das projeções) e a presunção de inocência.

Por fim, a ministra Cármen Lúcia considerou o art. 260 do CPP compatível com a Constituição Federal. Abusos eventualmente cometidos por descumprimento dos termos da lei instrumental devem ser resolvidos de acordo com a legislação, mas não podem impedir a vigência do procedimento da condução coercitiva. O Estado deve ter a seu dispor as medidas adequadas para lidar com fatos criminosos, com a óbvia condição de que a implementação observe os postulados constitucionais que asseguram liberdades individuais como o direito ao silêncio.

A ministra acompanhou, no mais, o voto de Edson Fachin para estabelecer a necessidade de intimação prévia desatendida e também para admitir a determinação de condução coercitiva para evitar a imposição de medidas mais graves.

Tem-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal julgou, por maioria, procedentes as arguições de descumprimento de preceito fundamental para pronunciar a não recepção, pela ordem constitucional, da condução coercitiva para interrogatório, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal da autoridade e da invalidação das provas obtidas por meio do ato ilegal, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Consignou-se que a decisão não atinge interrogatórios realizados sob condução coercitiva até a data do julgamento, ou seja, não devem ser decretadas nulidades de atos praticados antes do pronunciamento do tribunal.

2-Tema: Colaboração premiada (delação) no procedimento do júri

A delação premiada, espécie de colaboração do agente, faz parte de uma nova política de combate à criminalidade, criando estímulo ao arrependimento daqueles que já se envolveram na prática de algum crime. Surgida principalmente para combater a criminalidade organizada, a delação, no nosso ordenamento, passa a abranger também outras modalidades delitivas. A prova da sua extensão está na edição da Lei 9.807/99, pois, antes dessa Lei n. 9.807/99, a delação premiada era aplicável somente aos tipos penais descritos nas leis especiais que previam o instituto jurídico. Com o advento da Lei de Proteção das Vítimas e das Testemunhas, a delação foi estendida a todos os tipos penais, posto que não ficou ressalvada a aplicação do instituto a nenhum crime específico. Vejamos, rapidamente, o instituto da delação na Lei 9.807/99 para, em seguida, analisar sua aplicação nos crimes dolosos contra a vida.

Reza seu art. 13:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

O benefício concedido ao delator resultante da colaboração premiada (diminuição de pena ou perdão judicial) possui natureza personalíssima, ou seja, é pessoal e incomunicável.

O art. 13 da Lei n. 9.807/99 prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, após análise dos requisitos previstos, poderá conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade.

Para a concessão do perdão judicial exige-se a presença dos requisitos previstos nos incisos I, II, III e parágrafo único do art. 13. Os requisitos são subjetivos e objetivos.

I - Subjetivos

a) primariedade do delator: primariedade é um conceito negativo. É primário aquele que não é reincidente, ou seja, aquele que não possua condenação anterior transitada em julgado.

b) colaboração voluntária: é aquela sem qualquer vício ou tipo de constrangimento, ela nasce da livre vontade do agente colaborador, sem sofrer qualquer tipo de pressão física, moral ou mental. No entanto, pode derivar de um fator externo como sugestão da autoridade. Logo, não é exigido que o ato de colaboração seja espontâneo (cuja motivação é interna, que nasce exclusivamente da vontade do agente, sem interferência externa). O que se exige é que a colaboração não seja resultado de qualquer forma de constrangimento ou ameaça contra o investigado/processado por parte das autoridades legais.

c) personalidade favorável: para se obter o direito ao perdão judicial, o delator deve ter personalidade favorável, ou seja, ter uma boa índole.

II- Objetivos

A Lei 9.807/99 estabeleceu requisitos de ordem objetiva, alternativos, para concessão do perdão judicial, são eles:

a) efetividade da colaboração: o delator deve repassar informações relevantes que possam levar a identificação dos demais comparsas ou a libertação da vítima com sua integridade física preservada ou a recuperação do produto do crime. Desse modo, informações vagas e imprecisas, que pouco ou nada contribuem para a investigação não levam ao perdão judicial.

b) a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso devem autorizar a concessão do perdão judicial.

O art. 14 da Lei anuncia prêmio menor para o delator:

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Estamos diante de hipótese de redução da pena que varia de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços). Para tanto, deve o colaborador fornecer informações que contribuam com a identificação dos demais comparsas ou a localização da vítima com vida ou a recuperação do produto do crime.

A redução da pena, diferentemente da concessão do perdão judicial, não exige a primariedade do colaborador e não são analisadas a personalidade, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso.

O critério para redução da pena deve ser de acordo com a culpabilidade do agente, ou seja, a medida da censura de seu comportamento.

O art. 14 da Lei n. 9.807/99 somente é aplicável quando não for possível a concessão do perdão judicial, previsto no art. 13 do mesmo diploma, por ser norma mais benéfica ao colaborador.

Pois bem, um dos temas mais difíceis dentro da seara da Justiça Consensual é a sua aplicação nos crimes dolosos contra a vida. Até hoje, no nosso ordenamento, a única norma que se aplica, sem polêmica, a qualquer espécie de infração penal é, de fato, a Lei 9.807/99.

Em recente parecer, a Procuradora de Justiça **Jaqueline Mara Lorenzetti Martinelli** enfrentou a questão, inclusive analisando a (des)necessária participação do jurado no reconhecimento da delação e suas consequências.

Em apertada síntese, concluiu a Dra. Jaqueline, não sem razão, que o perdão judicial (art. 13) é analisado pelo jurado no quesito genérico (“o jurado absolve o réu”), mas a diminuição de pena (art. 14) deve ser objeto de quesito próprio.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao parecer

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: Foro por prerrogativa de função e delitos praticados em mandato anterior

INFORMATIVO 940 STF - PRIMEIRA TURMA

A Primeira Turma, por maioria, deu provimento a agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que, ao negar seguimento a recurso extraordinário, manteve o foro por prerrogativa de função de prefeito denunciado por delitos cometidos em mandato anterior.

A Turma determinou a remessa dos autos à primeira instância, mantida a validade de todos os atos praticados por tribunal de justiça responsável pelo recebimento de denúncia contra prefeito que supostamente havia praticado os fatos imputados em mandato anterior e, após o interregno de 4 anos, foi eleito para um novo mandato de prefeito. Considerou não se tratar, portanto, de reeleição.

O Colegiado reafirmou jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Entretanto, a prerrogativa de foro relaciona-se às funções desempenhadas na atualidade e a jurisprudência da Corte não abrange os interregnos de mandatos.

No caso, após o término do primeiro mandato, no qual supostamente praticados os delitos apurados, a ação deveria ter sido encaminhada para a primeira instância. O fato de o denunciado ter assumido novo mandato de prefeito não enseja a prorrogação do foro.

Vencido, em parte, o ministro Marco Aurélio, que restringia a preservação de atos tão somente quanto àqueles de conteúdo instrutório.

Vencida a ministra Rosa Weber (relatora), que negou provimento ao recurso, mantida a definição de competência feita pelo tribunal de justiça local.

RE 1185838/SP, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 14.5.2019. (RE-1185838)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Nos termos do artigo 53, §1º da CF/88, “Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal”. Trata-se de foro por prerrogativa de função, exercido pelo STF.

No julgamento de questão de ordem na Ação Penal 937, o Supremo Tribunal Federal decidiu que: **1)** a prerrogativa de foro se limita aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele; **2)** a jurisdição do STF se perpetua caso tenha havido o encerramento da instrução processual – leia-se: intimação das partes para apresentação das derradeiras alegações – antes da extinção do mandato.

Ao julgar o recurso extraordinário 1.185.838 (j. 14/05/2019), a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal reafirmou a jurisprudência e afastou o foro por prerrogativa de função relativo a prefeito que estava sendo processo no Tribunal de Justiça local por fatos cometidos em mandato anterior.

Inicialmente, a ministra Rosa Weber havia negado seguimento ao recurso – no qual se pretendia o afastamento da prerrogativa de foro – por considerar que a manutenção do feito no Tribunal de Justiça não contrariava a jurisprudência do STF:

“(…) Relacionada a denúncia a fatos ocorridos quando o recorrente ocupava o cargo de prefeito do Município de Barueri, cargo que atualmente ocupa, ainda que decorrente de nova eleição, a manutenção do julgamento da ação penal perante o Tribunal de Justiça não afronta o art. 29, X, da Constituição Federal (…).”

Interposto agravo regimental, a 1ª Turma deu-lhe provimento e determinou a remessa dos autos à primeira instância, mantida a validade de todos os atos praticados pelo Tribunal de Justiça responsável pelo recebimento de denúncia.

O órgão colegiado reafirmou o teor da decisão proferida na questão de ordem já mencionada no sentido de que o foro por prerrogativa de função se aplica apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções executadas. E acrescentou que a prerrogativa decorre tão somente de funções desempenhadas na atualidade, sem abranger interregnos de mandatos.

Naquele caso, os atos tidos como criminosos haviam sido cometidos durante determinado mandato, e, após um intervalo de quatro anos sem cargo, o acusado foi eleito novamente para outro mandato de prefeito. Como não se tratou de um caso de reeleição, o STF considerou que, aplicada a orientação atual do tribunal, o término do mandato ensejaria a remessa do feito à primeira instância e a eleição mais recente, absolutamente distinta da anterior, só poderia ser considerada para estabelecer prerrogativa de foro para fatos cometidos no exercício do novo mandato.

DIREITO PENAL:

1-Tema: STF - É atípica a importação de sementes de “Cannabis sativa”

Decidiu o STF que a semente da planta ‘cannabis sativa lineu’ não é matéria-prima para a droga; matéria-prima para a droga é a própria planta, não a sua semente, pois seria necessário o cultivo desta última para se obter a droga, com o imprescindível princípio ativo que a caracteriza. Como dito, a semente de maconha não possui as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido; não se obtém a maconha da semente, mas tão somente da planta que pode resultar da semente (HC 143.890/SP, j. 13/05/2019)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O crime de tráfico de drogas pode se caracterizar pela prática de numerosas condutas. No *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06 são tipificadas condutas relativas às drogas propriamente ditas, ao passo que no § 1º há condutas equiparadas, ou seja, punidas com a mesma reclusão de cinco a quinze anos, dentre as quais destacamos as de importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, fornecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou guardar, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

Matéria-prima é a substância principal que se utiliza, ainda que eventualmente, no fabrico da droga; insumo é o elemento necessário, não necessariamente indispensável, para produzir a droga; já o produto químico é a substância resultante de uma elaboração química destinado à preparação de drogas.

As sementes de maconha se adequam a uma dessas definições?

Como bem anota Vicente Greco Filho a respeito do que se entende por matéria-prima para a produção de drogas, “Não há necessidade de que as matérias-primas tenham já de per si os efeitos farmacológicos dos tóxicos a serem produzidos; basta que tenham as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., resultarem em entorpecentes ou drogas análogas. São matérias-primas o éter e a acetona, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal e consagração da Convenção de Viena de 1988” (Lei de Drogas Anotada – Lei 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 96).

No que tange às sementes de maconha, o fato de que delas não seja possível extrair o tetrahydrocannabinol no geral não tem sido considerado para estabelecer a atipicidade de condutas relativas à importação. O STJ tem diversos julgados a este respeito:

“1. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que “A importação clandestina de sementes de cannabis sativa linneu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006” (EDcl no AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 22/9/2016) 2. Não é cabível a aplicação do princípio da

insignificância na hipótese de importação clandestina de produtos lesivos à saúde pública, em especial a semente de maconha.” (REsp 1.723.739/SP, j. 23/10/2018)

A 6ª Turma do STJ tem decisões nas quais considerou atípica a importação de sementes de maconha, mas o fundamento foi a pequena quantidade de sementes importadas para uso próprio, que, segundo tais decisões, descaracteriza o tráfico e, ao mesmo tempo, não tem correspondência no art. 28 da Lei 11.343/06 (AgRg no AgInt no REsp 1.616.707/CE, j. 26/6/2018).

O STF, por sua vez, já concedeu há algum tempo habeas corpus (141.161 e 142.987) por considerar atípica a importação de sementes de maconha porque, dentre outras razões, não se pode tê-las por matéria-prima para a produção de droga. Naqueles julgados, afirmou o ministro Edson Fachin que “A matéria-prima e o insumo devem ter condições e qualidades químicas para, mediante transformação ou adição, produzir a droga ilícita, o que não é o caso, uma vez que as sementes não possuem a substância psicoativa”.

Recentemente, nova decisão da Corte Suprema, agora no HC 143.890/SP (j. 13/5/2019), confirmou a rejeição de denúncia pela prática de conduta semelhante.

A imputação consistia em importar, por remessa postal internacional, vinte e seis sementes de Cannabis sativa. A primeira instância havia rejeitado a denúncia por atipicidade:

“Entendo que os fatos descritos na denúncia são atípicos, pois, diferentemente do que argumenta o douto Procurador da República, a semente da planta ‘cannabis sativa lineu’ não é matéria-prima para a droga; matéria-prima para a droga é a própria planta, não a sua semente, pois seria necessário o cultivo desta última para se obter a droga, com o imprescindível princípio ativo que a caracteriza. Como dito, a semente de maconha não possui as condições e qualidades químicas necessárias para, mediante transformação, adição etc., produzir o entorpecente proibido; não se obtém a maconha da semente, mas tão somente da planta que pode resultar da semente.”

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento a recurso em sentido estrito para receber a denúncia, o que levou a acusada a interpor recurso especial, improvido pelo STJ:

“A decisão recorrida não destoa do entendimento firmado nesta Corte quanto ao fato de que a importação de sementes de maconha é conduta que se amolda ao tipo penal descrito no art. 33, § 1º, inciso I, da Lei n. 11.343/2006. Agravo regimental desprovido.”

Impetrado habeas corpus no STF, decidiu o ministro Celso de Mello que a ordem deveria ser concedida em razão da ausência de justa causa para a ação penal, baseada em fato atípico, pois a semente de Cannabis de fato não pode ser considerada droga nem tampouco matéria-prima para a produção de droga:

“Cabe ressaltar, desde logo, que o princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal (CF, art. 5º, XXXIX), seja em tema de definição do tipo penal, seja em matéria de cominação da pena, qualifica-se como uma das mais expressivas garantias constitucionais instituídas em favor de qualquer pessoa que

venha a sofrer persecução penal instaurada pelo Estado, representando, desse modo, sob tal perspectiva, uma inestimável conquista histórica do pensamento liberal, fundado nos grandes postulados do Iluminismo.

Esse princípio, que é inafastável, impõe que a lei penal seja interpretada sem qualquer ampliação analógica, salvo para beneficiar o réu (RT 467/313 – RT 605/314 – RT 725/526 – RT 726/518 – RT 726/523 – RT 731/666, v.g.), tal como determina a Constituição da República (CF art. 5º, inciso XL) e tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, hostil à aplicação retroativa de leis penais gravosas (RTJ 140/514 – RTJ 151/525 – RTJ 186/252, v.g.)

Na precisa lição da doutrina (JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código Penal Interpretado”, vol. 1/98, 1999, Atlas), é vedada a aplicação da analogia “in malam partem” em Direito Penal, não se revelando adequado proceder-se a interpretações integrativas, ampliativas ou compreensivas de que resultem aplicações gravosas em detrimento do réu, pois as normas de direito penal material devem sofrer exegese estrita, sob pena de imprestabilizar-se a função de garantia do tipo penal.

(...)

Considerado esse entendimento e tendo presente a objetividade jurídica da infração definida no art. 33, § 1º, I, da Lei nº 11.343/2006, entendo indispensável, para efeito de subsunção de determinada conduta à estrutura típica do mencionado dispositivo legal, a verificação da concreta idoneidade da matéria-prima, insumo ou produto químico à preparação de drogas, sendo certo que, sem que constatada tal circunstância, não se configura a prática do delito em referência.

(...)

Magistério idêntico é também professado por GILBERTO THUMS e por VILMAR PACHECO (“Nova Lei de Drogas: crimes, investigação e processo”, p. 42, item n. 1.11, 2007, Verbo Jurídico) que advertem, a propósito dessa questão específica (não configuração típica da conduta do agente, quando a semente apresentar-se desprovida do princípio ativo), que “(...) a apreensão de sementes de maconha em poder do agente, por exemplo, sem presença do THC, representa uma conduta atípica” (grifei).

Disso resulta que a mera importação e/ou a simples posse da semente de “cannabis sativa L.” não se qualificam como fatores revestidos de tipicidade penal, essencialmente porque, não contendo as sementes o princípio ativo do tetrahydrocannabinol (THC), não se revelam aptas a produzir dependência física e/ou psíquica, o que as torna inócuas, não constituindo, por isso mesmo, elementos caracterizadores de matéria-prima para a produção de drogas.”

O ministro citou ainda orientação doutrinária segundo a qual a Portaria 344/98 da ANVISA insere entre as plantas e as substâncias proscritas a Cannabis sativa e o tetrahydrocannabinol, mas não a semente que dá origem àquela planta. Para o ministro, se o exame pericial efetuado sobre as sementes aponta a inexistência do princípio ativo da maconha, a conduta deve ser encarada como crime impossível por absoluta impropriedade do objeto.

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

21 de maio de 2019

1-Suspensão julgamento sobre legalidade de acordo aditivo de colaboração premiada firmado na Operação Publicano

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

2- Iniciado julgamento de inquérito envolvendo políticos do PP acusados de integrar organização criminosa

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

3- 1ª Turma nega pedido de revisão da pena a promotor condenado por atirar na ex-mulher

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

4- Íntegra do voto do ministro do Celso de Mello pela continuidade do julgamento de ação que pede criminalização da homofobia

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

Notícias STJ

23 de maio de 2019

5- Sexta Turma nega habeas corpus a suposto líder da facção criminosa Bala na Cara

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

6- Mantida condenação de ex-vereador de Foz do Iguaçu (PR) por contratação de funcionário fantasma

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 050

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silvares
Rogério Sanches Cunha
Karenina Saura Rodrigues

AVISO

No próximo dia 7 de junho de 2019, no Auditório Luis Felipe, situado na Rua Riachuelo 115, 9º andar, o CAOCrim realizará **Capacitação sobre Técnicas no Plenário do Júri**. Não haverá palestrantes. Cada participante terá 5 minutos para expor sobre sua estratégia, sua técnica e seu entendimento nas situações específicas, sensíveis e complicadas durante o julgamento no Plenário do Júri. Faremos a sistematização das ideias em cada tema. O produto dessa reunião de trabalho permitirá a capacitação de todos que oficiam nos Tribunais do Júri. Eis os principais temas a serem abordados:

- a. art. 422 do CPP: o que pedir e quem arrolar;
- b. critérios para a escolha dos jurados e fichas de avaliação;
- c. suspeita de relação íntima do advogado com o jurado;
- d. participação na produção da prova em plenário: **i)** como inquirir testemunha, parente do réu, parente da vítima; **ii)** como explorar a prova pericial; **iii)** como atuar no interrogatório; **iv)** uso dos elementos colhidos na fase policial;
- e. como lidar com a presença de familiares do réu e da vítima no plenário;
- f. assistente de acusação: a divisão de tempo para argumentação;
- g. a defensoria pública como assistente de acusação (ex., crime cometido por policial);
- h. a acusação em plenário: **i)** escolha do discurso mais adequado de acordo com as características do caso; **ii)** como e quando fazer apartes; **iii)** como reagir a apartes; **iv)** como lidar com assuntos controvertidos (sexualidade dos envolvidos no fato, religião, política etc.);
- i. leitura em plenário de decisões judiciais proferidas no curso do processo, como pronúncia, acórdão confirmatório e acórdão anulatório do primeiro julgamento;
- j. obstáculos do processo digital: exibição dos vídeos de depoimentos e interrogatório;
- k. como reagir à inovação na tréplica;
- l. como lidar com as ofensas propaladas pelo defensor;
- m. como lidar com o juiz tendencioso: **i)** no plenário; **ii)** na sala secreta;
- n. a posição do quesito desclassificatório;
- o. como se portar durante a leitura da sentença;
- p. a conveniência de interpor recurso em plenário;
- q. questões relativas à segurança do promotor após o julgamento.

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Tema: A remição da pena na visão do STJ

1) Há remição da pena quando o trabalho é prestado fora ou dentro do estabelecimento prisional, uma vez que o art. 126 da Lei de Execução Penal não faz distinção quanto à natureza do trabalho ou quanto ao local de seu exercício.

Dentre as finalidades da pena, talvez a de maior relevância atualmente seja a ressocialização, em nome da qual são adotadas, durante a execução, medidas para que o condenado se reinsira gradativamente no meio social e não volte a cometer delitos. Tanto que o art. 1º da Lei nº 7.210/84 dispõe que um dos objetivos da execução, para além de efetivar as disposições da sentença, é o de “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Uma das principais medidas que podem viabilizar a ressocialização é o trabalho, que, aliás, constitui dever do condenado (art. 39, V), e sua recusa em desempenhá-lo pode acarretar punição por falta grave (art. 50, VI).

Não obstante se trate de uma obrigação do preso, o trabalho foi contemplado, no art. 126 da Lei nº 7.210/84, como hipótese de remição da pena na qualidade de medida de incentivo à ressocialização. Dessa forma, para cada três dias trabalhos o condenado tem descontado um dia da pena a cumprir.

Há quem sustente que a remição pelo trabalho nos regimes semiaberto e fechado só pode beneficiar o condenado que exerce atividade laborativa nas dependências do estabelecimento prisional, pois somente a atividade exercida nestas condições é acompanhada e fiscalizada pela autoridade administrativa.

Não é essa, todavia, a orientação que prevalece. Para o STJ, se o condenado em regime aberto ou semiaberto pode remir parte da pena pelo estudo em estabelecimento de ensino regular ou profissional, não há por que impedir o mesmo benefício somente porque, no caso do trabalho, o exercício se dá fora da prisão. Além disso, o art. 126 da Lei de Execução Penal não faz distinção sobre o local em que o trabalho é exercido. Por estas razões, aliás, o tribunal editou a súmula nº 562.

2) O tempo remido pelo apenado por estudo ou por trabalho deve ser considerado como pena efetivamente cumprida para fins de obtenção dos benefícios da execução, e não simplesmente como tempo a ser descontado do total da pena.

Em sua redação original, o art. 128 da Lei 7.210/84 dispunha que o tempo remido seria computado para a concessão do livramento condicional e do indulto.

Havia na época duas correntes acerca dos efeitos da remição:

- a) o tempo remido deveria ser deduzido do total da pena;
- b) o tempo remido deveria ser computado como pena cumprida.

A Lei 12.433/11 modificou a redação do art. 128, que passou a dispor:

“O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos”.

Desta forma, a remição deve ser considerada na qualidade de pena cumprida para todos os efeitos, como progressão de regime, livramento condicional, etc. Isto significa que, uma vez aplicada a remição, os benefícios da execução devem ser recalculados com base no que resta da pena:

“Nos termos do art. 128 da Lei de Execuções Penais, e da jurisprudência deste Tribunal superior “os dias remidos pelo apenado por estudo ou por trabalho devem ser considerados como pena efetivamente cumprida.” (HC n. 194.838/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 1º/08/2012), devendo ser somados ao tempo de pena para verificação do preenchimento dos requisitos necessários para a concessão de eventuais benefícios executórios.” (HC 462.464/SP, j. 20/09/2018)

Note-se que embora pareça redundante diante da redação atual do art. 128 da LEP, a tese tem como precedentes decisões anteriores à alteração do dispositivo.

3) Não há remição da pena na hipótese em que o condenado deixa de trabalhar ou estudar em virtude da omissão do Estado em fornecer tais atividades.

Como mencionamos linhas acima, o trabalho é uma importante ferramenta de ressocialização e é tratado na Lei de Execução Penal tanto como um direito quanto como um dever do condenado.

Sabemos, no entanto, que o sistema carcerário é precariamente estruturado. Grande parte dos estabelecimentos prisionais não são dotados de meios que proporcionem aos presos o cumprimento do dever e o exercício do direito de trabalhar, o que conseqüentemente os impede de obter na pena o benefício de que trata o art. 126 da Lei de Execução Penal.

Essa situação tem levado condenados a buscar nos tribunais o reconhecimento da remição independentemente da efetiva realização do trabalho (é a denominada remição ficta). Argumenta-se que a omissão estatal não pode servir como óbice para o exercício de um direito nem para obtenção de um benefício legalmente garantido.

Os tribunais superiores, no entanto, não têm acatado pretensões dessa natureza, como se extrai da tese nº 3.

O STJ tem decisões nas quais destaca que embora o trabalho possa acarretar a remição da pena, seu exercício tem sobretudo a finalidade de ressocializar o detento. Logo, reconhecer o benefício sem o respectivo exercício da atividade laborativa acaba por desvirtuar o instituto:

“A despeito da relevância dos fundamentos esposados pelo Juízo da Execução, não há como se admitir o deferimento de remição ficta a apenados tão somente em razão das condições precárias verificadas nos respectivos presídios, porquanto referido benefício é de ser concedido, consoante se denota do art. 126 da Lei de Execução Penal, aos reeducandos os quais demonstrarem efetiva dedicação a trabalho ou estudo, o que tem sido inclusive flexibilizado por esta Corte, a fim de se assegurar o objetivo ressocializador da pena.

(...)

Nos autos do HC n. 415.068/MG, de Relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma, ao apreciar caso análogo ao presente, entendeu que o deferimento da remição pressupõe a necessidade de efetiva participação do reeducando em processo de ressocialização.

Assinalou o voto condutor do acórdão naquela ocasião que a suposta omissão estatal em propiciar ao apenado padrões mínimos previstos no ordenamento jurídico não pode ser utilizada como causa a ensejar a concessão ficta de um benefício que depende de um real envolvimento da pessoa do apenado em seu progresso educativo e ressocializador, bem como que a indenização de presos em situação degradante não deve ser feita por meio de um instituto criado para servir de contrapartida ao efetivo trabalho ou estudo do reeducando, em um contexto de ressocialização de disciplina e de merecimento.” (HC 425.155/MG, j. 6/3/2018)

Note-se que o STJ já decidiu até mesmo que a culpa do Estado na falha fiscalização do cumprimento da carga horária de trabalho não afasta a necessidade de demonstrar que os requisitos para a remição foram cumpridos (AgRg no HC 351.918/SC, j. 09/08/2016). Tem mais razão, portanto, o afastamento da remição por trabalho assumidamente não realizado.

O STF segue a mesma linha:

“Execução Penal. Habeas Corpus originário. Remição ficta ou virtual da pena. Impossibilidade. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder. 1. A remição da pena pelo trabalho configura importante instrumento de ressocialização do sentenciado. 2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a remição da pena exige a efetiva realização de atividade laboral ou estudo por parte do reeducando. Precedentes. 3. Não caracteriza ilegalidade flagrante ou abuso de poder a decisão judicial que indefere a pretensão de se contar como remição por trabalho período em relação ao qual não houve trabalho. 4. Habeas Corpus denegado.” (HC 124.520/RO, j. 15/5/2018)

4) Nos regimes fechado e semiaberto, a remição é conferida tanto pelo trabalho quanto pelo estudo, nos termos do art. 126 da Lei de Execução Penal.

5) No regime aberto, a remição somente é conferida se há frequência em curso de ensino regular ou de educação profissional, sendo inviável o benefício pelo trabalho.

Ambas as teses podem ser comentadas em conjunto porque, na verdade, dizem respeito ao mesmo assunto, pois decorrem de precedentes nos quais se discutia a remição pelo trabalho no regime aberto.

O art. 126 da Lei de Execução Penal estabelece o seguinte:

“O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.”

Nota-se que o dispositivo só faz referência aos regimes fechado e semiaberto, silenciando-se a respeito do aberto, mencionado apenas no § 6º em relação à remição pelo estudo.

O STJ reafirma a tese de que no regime aberto não é viável a remição pelo trabalho, pois a labuta já é condição para ingresso no regime menos severo (art. 36, § 1º, CP) não podendo, portanto, ser também um benefício. Nesse sentido, Rogério Greco, citado pelo Min. Ayres Britto (HC 101.368):

“[...] A peculiaridade do regime aberto, que o difere dos regimes anteriores, diz respeito ao trabalho. Nos regimes anteriores – fechado e semiaberto – , o trabalho do preso faz com que tenha direito à remição. Aqui, no regime aberto, não há previsão legal para a remição da pena, uma vez que somente poderá ingressar nesse regime o condenado que estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente. Vê-se, portanto, que a condição *sine qua non* para o início do cumprimento da pena ou mesmo a sua progressão para o regime aberto é a possibilidade imediata de trabalho do condenado. Sem trabalho não será possível o regime aberto [...]”.

6) A remição pelo estudo pressupõe a frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, independentemente da sua conclusão ou do aproveitamento satisfatório.

Segundo a Lei de Execução Penal, a remição pelo estudo consiste no direito do condenado de reduzir o tempo da pena privativa de liberdade cumprida em regime fechado, semiaberto, aberto ou em livramento condicional dedicando-se ao ensino.

A contagem do tempo é feita à razão de um dia de pena a cada doze horas de frequência escolar (art. 126, § 1º, inciso I, LEP). As doze horas de estudo deverão ser divididas em no mínimo três dias. O preso que concluir o ensino fundamental, médio, ou superior, durante o cumprimento da pena, será beneficiado com o acréscimo de mais 1/3 (um terço) no tempo a remir em função das horas de estudo.

Os estudos poderão ser de ensino fundamental, médio, profissionalizante, superior ou requalificação profissional, frequentados presencialmente ou à distância, devendo ser certificados pelas autoridades educacionais competentes dos respectivos cursos frequentados, como dispõe o art. 126, § 2º.

A exigência de certificação, contudo, foi mitigada pelo STJ, que, aliás, tem inclusive admitido, a título educacional, atividades não necessariamente relacionadas a instituições de ensino.

Como exemplo, podemos citar a leitura e a resenha de livros. Trata-se de uma atividade autônoma, não exatamente de frequência escolar, mas que o STJ admite para a remição da pena. Para o tribunal, a remição por leitura deve ser concedida em analogia *in bonam partem* em relação à possibilidade de desconto da pena por meio do estudo. No entanto, para que o benefício seja criterioso tem-se decidido que deve haver a instalação de projeto de leitura com a observância das diretrizes estabelecidas na Recomendação nº 44/13 do CNJ (AgRg no REsp 1.616.049/PR, j. 27/9/2016).

O STJ admitiu também a remição pela participação do preso em um coral, atividade que demanda intensa dedicação e a qual o condenado exercia por oito horas diárias:

“A atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade. No mais, apesar de se encaixar perfeitamente à hipótese de estudo, vê-se, também, que a música já foi regulamentada como profissão pela Lei 3.857/60” (REsp 1.666.637/ES, j. 26/9/2017).

7) A decisão que reconhece a remição da pena, em virtude de dias trabalhados, não faz coisa julgada nem constitui direito adquirido.

Vimos nos comentários à tese nº 02 que o tempo remido é considerado como pena cumprida, sendo que o reconhecimento da remição se dá por meio de decisões judiciais ao longo da execução.

Isto não quer dizer que, uma vez reconhecido o desempenho do trabalho ou do estudo e seu impacto na pena, a respectiva decisão faz coisa julgada e proporciona ao condenado um direito adquirido ao benefício. Isto porque a remição da pena, baseada na disposição do condenado para perseguir sua própria ressocialização, é condicionada ao não cometimento de faltas graves durante a execução, tanto que o art. 127 da Lei de Execução Penal impõe a revogação de até um terço dos dias remidos caso o agente descumpra seus deveres cometendo alguma das condutas de que tratam os artigos 50 a 52 da mesma lei.

Em razão da possibilidade de perda dos dias remidos, portanto, não faz sentido invocar a coisa julgada e o direito adquirido decorrentes de decisão judicial que aplica a remição:

“Não ofende o direito adquirido ou a coisa julgada. O instituto da remição, como prêmio concedido ao apenado em razão do tempo trabalhado, gera, tão-somente, expectativa de direito, sendo incabível cogitar-se de reconhecimento de coisa julgada material. A própria Lei de Execução Penal estabelece nos arts. 50 e 127 que as faltas disciplinares de natureza grave impõem a perda dos dias remidos. Aplicação da Súmula Vinculante n.º 9 do Supremo Tribunal Federal” (HC 282.265/RS, j.22/04/2014).

8) Cabe ao juízo da execução fixar a fração aplicável de perda dos dias remidos na hipótese de cometimento de falta grave, observando o limite máximo de 1/3 (um terço) do total e a necessidade de fundamentar a decisão em elementos concretos, conforme o art. 57 da Lei de Execução Penal.

O art. 127 da Lei de Execução Penal dispõe que, “Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”.

Desde 2011 (Lei 12.433), o cometimento de falta grave não implica mais na perda de todos os dias remidos, mas de até um terço deles, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. Para tanto, o juiz deve observar o disposto no art. 57, ou seja, a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

A expressão “poderá”, contida no art. 127, deve ser interpretada como um poder-dever do magistrado, que, uma vez reconhecendo a falta, deve decretar a perda disposta na lei, restando-lhe somente o juízo de discricionariedade acerca da fração da perda, que, como vimos, tem como limite um terço dos dias remidos. É disto que decorre a tese nº 8:

“3. A partir da vigência da Lei n.º 12.433/2011, que alterou a redação do art. 127 da Lei de Execução Penal, a penalidade consistente na perda de dias remidos pelo cometimento de falta grave passou a ter nova disciplina, não mais incidindo sobre a totalidade do tempo remido, mas apenas até o limite de 1/3 (um terço) desse montante, cabendo ao Juízo das Execuções, com certa margem de discricionariedade, aferir o quantum, levando em conta “a natureza, os motivos, as circunstâncias e as

conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, consoante o disposto no art. 57 da Lei de Execução Penal.

4. Hipótese em que inexistente ofensa ao dever de fundamentação das decisões judiciais, pois o Juízo das Execuções Penais amparou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos na gravidade concreta da conduta e nas circunstâncias fáticas.” (AgRg no HC 465.680/SP, j. 28/3/2019)

2-Tema: Pluralidade de associações criminosas praticadas pelos mesmos agentes

Discute-se se é possível alguém integrar mais de uma associação criminosa. A maioria entende que sim. Magalhães Noronha, tratando, na época, da quadrilha ou bando, já ensinava:

“Escreve Maggiore que ‘a permanência inalterada e por isso o delito é único e idêntico, quando uma pessoa faça parte contemporânea e necessariamente de diversas associações para delinquir (em tempo e lugar eventualmente diversos)’. Não concordamos com o insigne autor. A participação da mesma pessoa em mais de uma quadrilha faz com que ela pratique diversos crimes. Inexiste permanência de delito único, mas, realmente, vários deles, integrados pelas diversas associações criminosas de que faz parte o agente, constituindo todas elas distintas violações da lei e, portanto, apresentando-se em relação ao associado um concurso material de delitos. O que a lei pune é associar-se e se ele mais de uma vez se associa, não vemos como se negar a pluralidade de crimes.”

De acordo com o STJ, é possível a coexistência de múltiplas associações criminosas, ainda que com núcleos idênticos, desde que a alteração de composição demonstre que efetivamente se trata de diversos grupos (AgRg no CC 148.154/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe 9/11/2016).

Esse foi entendimento adotado pela Promotora de Justiça de Paulínia, **Dra. Verônica Oliveira**, num caso concreto que envolveu esquema de corrupção naquela comarca. **Clique [aqui](#) para ter acesso a Denúncia, na qual o tema foi bem explorado.**

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: 2ª Turma decide que investigado não tem direito líquido e certo a acordo de colaboração premiada

DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 28/5/2019

Em decisão unânime, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão desta terça-feira (28), que não cabe ao Poder Judiciário compelir o Ministério Público a firmar acordo de colaboração premiada com réus ou investigados, não havendo, por partes destes, direito líquido e certo para exigir em juízo sua celebração. Com o julgamento de agravo regimental, foi mantida decisão

do ministro Edson Fachin, relator, que em decisão individual havia negado seguimento a mandado de segurança sobre o tema.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A colaboração premiada é disciplinada entre os artigos 4º e 7º da Lei nº 12.820/13 e consiste na possibilidade de que dispõe o autor do delito de obter benefícios (imunidade penal, perdão judicial ou a redução da pena, ou sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei.

Trata-se de um meio de obtenção de prova em que o agente colaborador, visando à obtenção de um dos benefícios elencados na lei, contribui para a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; para a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; para a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; para a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; ou para a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º, incs. I a V).

De acordo com o disposto no § 1º do art. 4º, a concessão do benefício decorrente da colaboração deve ser baseada na personalidade do colaborador, na natureza, nas circunstâncias, na gravidade e na repercussão social do fato criminoso e na eficácia da colaboração. Isto quer dizer que não obstante o agente confesse a participação na organização criminosa e descreva sua estrutura e suas atividades as autoridades incumbidas podem negar o benefício se se tratar de algo incompatível com as circunstâncias do fato criminoso ou com a perspectiva de eficácia do que foi revelado.

Ante a negativa que pode advir das autoridades competentes para celebrar o acordo, há quem procure, por meio de mandado de segurança, o reconhecimento judicial do direito líquido e certo de obter os benefícios da colaboração uma vez que de fato tenha havido cooperação de sua parte. Em decisão recente*, no entanto, o STF negou a existência desse direito, tendo em vista que a colaboração premiada é um negócio jurídico personalíssimo em que a voluntariedade é um fator marcante e inafastável.

No caso julgado, o agente afirmava que, ao longo de dezessete meses, havia participado de treze reuniões e longas entrevistas nas quais havia fornecido diversos elementos relativos à atividade criminosa. Mas, o Ministério Público se recusou a formular o acordo porque, segundo a avaliação de seu representante, havia baixíssima probabilidade de que os elementos apresentados pudessem viabilizar a expansão das investigações. Para o investigado, todo o processo envolvendo as reuniões e os relatos geraram a expectativa de que o acordo seria formulado.

O ministro Edson Fachin havia negado seguimento ao mandado de segurança impetrado e, em sessão realizada ontem (28/5), a 2ª Turma negou provimento ao agravo regimental. Em seu voto, o ministro lembrou que, no processo da colaboração premiada, cada sujeito desempenha um papel específico, sendo que, por expressa disposição legal, o juiz não participa do processo a não ser para avaliar o acordo já promovido e, caso cumpridos os requisitos legais, homologá-lo (art. 4º, § 6º).

O relator foi seguido pelos demais membros da Turma. O ministro Gilmar Mendes apontou que, para evitar abusos dos órgãos estatais, nada impede que a recusa, que, no caso, havia sido de um órgão do Ministério Público, seja submetida a controle interno por órgão superior da instituição, aplicando-se analogicamente o art. 28 do CPP. O ministro lembrou ainda a disposição legal de que, recusado o acordo, nenhum elemento de prova fornecido pelo agente pode ser utilizado exclusivamente em seu desfavor (art. 4º, § 10).

* O número não foi divulgado devido ao sigilo imposto na tramitação.

2- Tema: Acordo de delação premiada e impugnação por terceiro (delatado)

INFORMATIVO 941 STF - SEGUNDA TURMA

A Segunda Turma iniciou julgamento conjunto de habeas corpus em que se discute a validade de aditivo de acordo de colaboração premiada firmado no âmbito de operação deflagrada com o objetivo de desarticular organização criminosa formada por auditores fiscais.

Na espécie, auditor investigado por supostos atos relacionados a propinas para redução de tributos foi preso em flagrante por crimes sexuais. Nessa ocasião, ele e sua irmã fizeram um acordo de colaboração premiada com o ministério público, o qual abrangeu todos os crimes a ele imputados e culminou com a prisão de diversos auditores fiscais. Esse acordo foi rescindido diante de constatações de que o delator teria mentido, omitido fatos e cometido novos crimes. Durante interrogatório pelo juízo de origem, o delator asseverou que a rescisão do citado acordo teria sido arbitrária. Acusou promotores do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco) de manipular suas declarações e ocultar todos os vídeos dos depoimentos que havia prestado extrajudicialmente.

Posteriormente, o *Parquet* firmou com ele novo acordo de delação premiada, sob a condição de que se retratasse das mencionadas acusações e ratificasse as declarações que fizeram parte do acordo rescindido. O segundo acordo foi homologado como termo aditivo pelo juízo a quo.

O ministro Gilmar Mendes (relator) concedeu a ordem, de ofício, em ambos os habeas corpus, para declarar a nulidade do segundo acordo de colaboração premiada. Reconheceu, por derivação, a ilicitude das declarações incriminatórias prestadas pelos delatores. Determinou ao juízo de origem que verifique eventuais outros elementos probatórios contaminados pela ilicitude declarada e atos que devam ser anulados em razão de neles estarem fundamentados, além da viabilidade de manutenção ou trancamento do processo penal ao qual estão submetidos os pacientes do habeas corpus. Determinou, também, nos termos do art. 157, § 3º, do Código de Processo Penal (CPP), a inutilização da prova declarada ilícita, após a preclusão da decisão de desentranhamento, sendo facultado às partes acompanhar o incidente. Entretanto, tendo em vista a necessidade de segurança jurídica e previsibilidade ao sistema penal negocial, considerou que devem ser mantidos os benefícios oferecidos aos delatores pelo ministério público e concedidos pelo juízo de origem. Em razão das graves denúncias com relação a atuações dos membros do ministério público na realização dos acordos de

colaboração premiada, determinou, por fim, que se oficie ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e à corregedoria do ministério público estadual, a fim de que instaurem procedimentos investigatórios para o esclarecimento dos fatos, devendo tais órgãos manter o Supremo Tribunal Federal (STF) informado sobre o andamento e os resultados da apuração.

Inicialmente, o relator lembrou que a Segunda Turma, no HC 151.605, já havia assentado, por violação às regras de competência, a ilegalidade da homologação do acordo de colaboração premiada ora questionado e reconhecido a ineficácia das provas por meio dele produzidas em relação ao paciente daquele writ.

Assim, o relator frisou que as práticas realizadas na operação analisada são claramente temerárias e questionáveis, visto que ocasionaram inúmeras impugnações e colocaram em risco a efetividade da persecução penal.

Diante disso, afirmou a possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada por terceiros delatados e a necessidade de o STF rever o entendimento fixado em sentido contrário no julgamento do HC 127.483. Nesse precedente, partiu-se da premissa de que o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica. Para o relator, é evidente e irrefutável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos.

O fato de ser viável aos coimputados se defenderem das declarações dos delatores, posteriormente, em exame cruzado na audiência de instrução e julgamento não esvazia a necessidade de controle de legalidade na homologação do acordo. Trata-se de fases diferentes do procedimento probatório: admissibilidade do meio de obtenção e exercício do contraditório no momento de produção do meio de prova. Portanto, em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, o acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial.

O ministro Gilmar Mendes ressaltou que o estabelecimento de balizas legais para o acordo é uma opção do nosso sistema jurídico, para garantir a isonomia e evitar a corrupção dos imputados, mediante incentivos desmesurados à colaboração, e dos próprios agentes públicos, aos quais se daria um poder sem limite sobre a vida e a liberdade dos imputados. É preciso respeitar a legalidade, visto que as previsões normativas caracterizam limitação ao poder negocial no processo penal. No caso de ilegalidade manifesta em acordo de colaboração premiada, o Poder Judiciário deve agir para a efetiva proteção de direitos fundamentais.

Registrou que, em diversos precedentes, a Corte assentou que o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova. Portanto, trata-se de instituto de natureza semelhante, por exemplo, à interceptação telefônica. Tendo em conta que o STF reconheceu, várias vezes, a ilegalidade de atos relacionados a interceptações telefônicas, não há motivo para afastar essa possibilidade em ilegalidades que permeiam acordos de colaboração premiada.

Observou que, no caso concreto, em face da gravidade das acusações atribuídas aos membros do ministério público estadual, é questionável a possibilidade de esses agentes negociarem e transigirem sobre a pretensão acusatória com relação a fatos supostamente criminosos a eles imputados. Além disso, diante do cenário descrito, em que houve a realização de acordo de colaboração premiada sucessivo à rescisão por descumprimento de avença anterior, há clara fragilização à confiabilidade das declarações prestadas pelos delatores. A força probatória de tais declarações, já mitigada em razão do previsto no art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013 (1), resta completamente esvaziada diante do panorama de ilegalidades narrado.

Apontou, como orientação prospectiva ou até um apelo ao legislador, a obrigatoriedade de registro audiovisual de todos os atos de colaboração premiada, inclusive negociações e depoimentos prévios à homologação. Para o relator, grande parte dos problemas que se verificaram no caso concreto decorrem da ausência de registro e controle dos atos de negociação e das declarações prestadas pelos delatores.

Em seguida, o ministro Edson Fachin pediu vista dos autos.

HC 142205/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21.5.2019. (HC-142205)

HC 143427/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 21.5.2019. (HC-143427)

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Neste caso específico, o Relator pretende que seus pares revisitem tese já assentada na Corte, qual seja, de que o acordo de colaboração premiada é de caráter personalíssimo, não podendo ser impugnado por terceiros.

O caos e a insegurança jurídica no processo penal em que se use a colaboração premiada como meio de obtenção de provas estariam instalados se se admitisse que os coautores pudessem impugnar acordo de colaboração premiada.

Nesse sentido, a Ementa do V. Acórdão proferido em sede de Agravo Regimental interposto em Reclamação, Relator o Ministro Dias Toffoli:

“EMENTA: Agravo regimental na reclamação. Acordo de colaboração premiada (art. 4º da Lei nº 12.850/13). Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por coautores ou partícipes do colaborador. Inadmissibilidade. Possibilidade de, em juízo, confrontarem as declarações do colaborador e de impugnarem, a qualquer tempo, medidas restritivas de direitos fundamentais adotadas em seu desfavor. Precedente. Acesso, pelo delatado, a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração, incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corréus (Súmula vinculante nº 14). Direito que, segundo o juízo reclamado, foi assegurado. Impossibilidade de, na via estreita da reclamação, questionar-se a veracidade das informações prestadas pelo juízo reclamado. Possibilidade de o agravante, invocando a decisão recorrida, postular esse acesso ao juízo reclamado. Agravo regimental não provido. 1. Por se tratar de

negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no relato da colaboração e em seus possíveis resultados (HC nº 127.483/PR, Pleno, de minha relatoria, DJe de 4/2/16). 2. A homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas 3. As cláusulas do acordo de colaboração, contra as quais se insurge o agravante, não repercutem, nem sequer remotamente, em sua esfera jurídica, razão por que não tem interesse jurídico nem legitimidade para impugná-las. 4. O agravante, com fundamento na Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, poderá ter acesso a todos os elementos de prova documentados nos autos dos acordos de colaboração - incluindo-se as gravações audiovisuais dos atos de colaboração de corrêus – para confrontá-los, mas não para impugnar os termos dos acordos propriamente ditos. 5. Considerando-se que, segundo o juízo reclamado, o acesso a tais elementos foi assegurado ao agravante, descabe, na via estreita da reclamação, questionar-se a veracidade dessas informações. 6. Se, como alega o agravante, o juízo reclamado limitou-se a garantir o acesso das gravações audiovisuais a outros acusados, nada obsta que, invocando os fundamentos da decisão recorrida, postule esse acesso diretamente ao juízo reclamado. 7. Agravo regimental não provido”. (Rcl 21258 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/3/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 19-4-2016, p. 20-4-2016 - destacamos).

DIREITO PENAL:

1-Tema: Jurisprudência em Teses traz entendimentos sobre a Lei de Drogas

STJ - Jurisprudência em Teses

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou a edição 126 de Jurisprudência em Teses, com o tema Lei de Drogas – IV.

Clique [aqui](#)

Uma tese deve ser destacada:

“não viola o princípio da dignidade da pessoa humana a revista íntima conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória, quando houver fundada suspeita de que o visitante esteja transportando drogas ou outros itens proibidos para o interior do presídio”.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Em síntese, a revista íntima cuida da inspeção reservada em pessoas (notadamente familiares) que visitam os habitantes prisionais. É praticamente unânime a opinião dos estudiosos no sentido de que

a revista íntima contraria não apenas a Constituição Federal, mas também Convenções Internacionais (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Alguns estados já adotam a “revista íntima humanizada”, obedecendo o seguinte procedimento: logo ao chegar à unidade, a visitante faz um cadastro, onde os agentes identificam se essa pessoa está apta ou não a fazer a visita. A aptidão é avaliada levando-se em consideração características do apenado (comportamento, incidentes por atos de indisciplina, desacatos, ameaças, brigas internas etc.). Realizado esse procedimento preliminar, inicia-se a revista manual, denominada “triagem”. Os agentes revistam manualmente os objetos que os visitantes querem levar para dentro do presídio e determinam o que pode ou não entrar. Em seguida, passam os objetos pelo raio x, onde é possível verificar o seu interior. O visitante é convidado a se sentar num detector de metal em forma de banco, que apontará qualquer objeto de metal que possa ter sido inserido da cintura para baixo. Como etapa seguinte, passa por um “portal”, que detecta possíveis metais ocultos em outras partes do corpo. Desse modo, seguindo essas fases, finaliza-se a revista sem humilhação.

Nessa linha de política pública penitenciária mais humanizada, diversos estados já proíbem a revista íntima, dentre eles o de São Paulo, que editou a Lei 15.552/14. A norma estadual anunciou um prazo de 180 dias (iniciado dia 12 de agosto de 2014) para o governo do Estado adquirir scanners, detectores de metais e equipamentos de Raio-X para todas as suas unidades prisionais. Após a instalação dos equipamentos, os servidores ficariam proibidos de exigir que as visitas se dispam e sejam tocadas. Todos os visitantes passariam, então, por scanner; caso algo de interesse fosse detectado, os visitantes passariam por outro equipamento (raio-x e/ou detectores de metal). Permanecendo o alerta, o visitante seria impedido de entrar na unidade; se insistir, deveria ser encaminhado a um ambulatório para que um médico fizesse a verificação. Localizado algo ilícito escondido no corpo, o visitante seria encaminhado à delegacia.

2- Tema: Concurso material entre os crimes de roubo e extorsão

STJ- HC 476.558/SP

“HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO QUALIFICADA. SUBTRAÇÃO DOS BENS E POSTERIOR CONSTRANGIMENTO À REALIZAÇÃO DE SAQUE EM CAIXA ELETRÔNICO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VÍTIMA QUE NÃO CONSEGUIU DIRIGIR DEPOIS DO FATOS. GRAVE ABALO PSICOLÓGICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONCURSO MATERIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal está devidamente fundamentada na avaliação negativa das consequências do crime, tendo em vista que a vítima não conseguiu mais dirigir veículo automotor em razão do abalo psicológico causado pelos fatos. Trata-se, assim, de consequência específica e especialmente gravosa presente no caso concreto.

2. A revisão da conclusão fática alcançada pelas instâncias ordinárias acerca da prática dos crimes de roubo e extorsão em momentos distintos e autônomos exigiria aprofundada incursão no acervo fático-probatório, o que não é possível nos limites estreitos do habeas corpus.

3. Estão configurados os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair bens da vítima, mediante emprego de violência ou grave ameaça, a obriga a realizar saques em caixa eletrônico.

4. Ordem denegada”.

Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Previsto no artigo 71 do Código Penal, dá-se o crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, **pratica dois ou mais crimes da mesma espécie** e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Percebe-se, da simples leitura do referido artigo, que o reconhecimento da continuidade pressupõe crimes parcelares da mesma espécie.

Atualmente, está pacificado nos Tribunais Superiores que crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo tipo penal, protegendo igual bem jurídico. Roubo e extorsão, apesar de protegerem o mesmo interesse, não está etiquetados no mesmo tipo, sendo inviável a aplicação do art. 71 do CP, mas do art. 69 (concurso material).

STF/STJ: Notícias de interesse institucional

Notícias STF

29 de maio de 2019

1- Rejeitado HC que pedia redução das penas de Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

28 de maio de 2019

2- 1ª Turma absolve a ex-deputada Laura Carneiro, acusada de participação na Máfia dos Sanguessugas

Clique [aqui](#) para ler a íntegra da notícia

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 051

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – Tema: Lei 13.834/19: Tipifica o crime de denúncia caluniosa para fins eleitorais

A denúncia caluniosa é há muito tipificada no art. 339 do Código Penal como a conduta consistente em dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.

Trata-se de um crime contra a administração da Justiça, impulsionada inútil e criminosamente; em segundo lugar, protege-se a honra da pessoa inocente a quem se imputa o ilícito penal. A Lei 13.834/19 inseriu no Código Eleitoral um tipo muito semelhante, que se diferencia sobretudo pelo propósito sob o qual atua o agente: a finalidade eleitoral. O tipo está no art. 326-A e consiste no seguinte:

“Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral”

E, assim, como no art. 339 do CP, há dois parágrafos. O primeiro contém causa de aumento de pena para as situações em que o agente se serve do anonimato ou de nome suposto; o segundo diminui a pena se a imputação é de prática de contravenção.

A pena abstratamente cominada é idêntica à do Código Penal: reclusão de dois a oito anos, além da multa.

Vejamos a seguir a síntese dos elementos relativos à nova tipificação.

(A) Sujeitos do delito

O crime é comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa, inclusive por advogado e pelas autoridades titulares dos procedimentos elencados no tipo. Por exemplo, o promotor de Justiça eleitoral que denunciar alguém para fins eleitorais o sabendo inocente pratica o delito.

Ao tratar do art. 339 do CP, a doutrina, de forma quase unânime, alerta que nas hipóteses em que o delito falsamente imputado ao inocente depender de queixa ou representação da “vítima” somente esta (ou seu representante legal) poderá praticar o crime. Assim, por exemplo, uma denúncia caluniosa versando sobre ameaça só pode ser praticada pela falsa “vítima” (ou seu representante), titular do direito de representação, condição para o início das investigações e da ação penal. Esta limitação não incide no tipo do art. 326-A, porque todos os crimes eleitorais são de ação penal pública incondicionada (art. 355).

Sujeito passivo é o Estado, atingido na fiel administração da Justiça Eleitoral. Figura, ainda, como vítima secundária, a pessoa inocente denunciada.

(B) Conduta

O novo tipo penal pune a conduta daquele que dá causa (provoca), direta ou indiretamente (por interposta pessoa) a instauração de procedimento oficial, imputando a determinada pessoa, sabidamente inocente, a prática de crime ou ato infracional.

Há uma nota distintiva, neste ponto, no tipo da denúncia caluniosa eleitoral: a menção expressa ao ato infracional⁽¹⁾, inexistente na redação do art. 339 do CP. Assim, se no crime tipificado no Código Penal pode haver discussão sobre a possibilidade de que alguém cometa a denúncia caluniosa imputando falsamente um crime a alguém menor de dezoito anos (que, a rigor, não pode ter contra si um crime imputado), na denúncia caluniosa eleitoral a dúvida é absolutamente afastada.

Pode-se ainda imputar falsamente uma contravenção penal, caso em que a pena é diminuída (§ 2º).

Trata-se de infração de execução livre (não há formas preestabelecidas por lei), cuja ação nuclear consiste em dar causa, não importando se pela palavra escrita ou oral – já que a *delactio criminis* pode ser ofertada oralmente ou por escrito –, desde que seja falsa. São abrangidos pelo tipo os seguintes procedimentos:

→ Investigação policial: o tipo começa punindo aquele que, mediante notícia mentirosa, dá causa à instauração de investigação policial. A simples leitura do tipo incriminador nos conduz à conclusão de que se dispensa a instauração de inquérito policial para que o crime se caracterize. Basta que a falsa imputação acarrete investigação policial simples e informal (movimentação da autoridade no sentido de apurar os fatos). A propósito:

“Para a configuração do crime previsto no artigo 339 do Código Penal, é necessário que a denúncia falsa dê ensejo à deflagração de uma investigação administrativa, sendo prescindível, contudo, que haja a formalização de inquérito policial ou de termo circunstanciado.” (STJ: HC 433.651/SC, DJe 20/3/2018).

→ Processo judicial: em seguida, pune-se o agente que, imbuído de má-fé, dá causa à instauração de processo judicial. Adverte a doutrina que somente será objeto do delito em questão o processo penal, considerando-se instaurado no momento do recebimento da inicial;

→ Investigação administrativa: o denunciante imputa a outrem fato que, além de infração administrativa, constitui ilícito penal e dá ensejo a investigação na esfera apropriada;

¹ Segundo a definição do art. 103 da Lei 8.069/90, ato infracional é “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

→ Inquérito civil: trata-se do procedimento investigatório disposto na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) que serve ao Ministério Público (titular exclusivo) para apurar lesão ou perigo de lesão a interesses difusos e coletivos indisponíveis. Da mesma forma que na alínea anterior, o denunciante deve imputar ao inocente, juntamente com a violação de qualquer norma, fato penalmente tipificado;

→ Ação de improbidade administrativa: aqui, como nas duas hipóteses precedentes, o fato injustamente imputado ao terceiro deve estar definido também como ilícito penal. Ressalte-se que nem todos os atos de improbidade administrativa são tipificados criminalmente. Se na denúncia por falso ato de improbidade não houver crime, o agente incorrerá somente nas penas previstas no art. 19 da Lei 8.429/92 (“constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário quando o autor da denúncia o sabe inocente”).

E se o agente imputar falsamente um ilícito penal já atingido pela extinção da punibilidade? Há ainda assim denúncia caluniosa?

A circunstância extintiva da punibilidade impede, sem dúvida, a investigação criminal ou o processo penal, mas não inibe, por si só, a instauração dos demais procedimentos oficiais (administrativos) referidos no tipo, isto é, a investigação administrativa, o inquérito civil ou a ação de improbidade. Dentro desse espírito, a injusta imputação de um crime já prescrito a alguém que se sabe inocente pode, ainda assim, ensejar a instauração de procedimento investigatório extrapenal, configurando o delito de denúncia caluniosa.

(C) Voluntariedade

O dolo se consubstancia na vontade consciente de o agente dar causa à instauração de um dos procedimentos oficiais elencados no caput, imputando a outrem um ilícito penal, sabendo ser ele inocente. Entende-se, ante o texto da lei, que o dolo será apenas o direto, não se admitindo dolo eventual, pois o tipo exige a ciência da inocência da vítima:

“Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, para caracterização do crime de denúncia caluniosa é imprescindível que o sujeito ativo saiba que a imputação do crime é objetivamente falsa ou que tenha certeza de que a vítima é inocente.” (STJ: RHC 106.998/MA, j. 21/2/2019)

Não obstante, parece-nos perfeitamente possível o dolo eventual, especialmente no caso de o agente imputar a determinada pessoa, que sabe inocente, a prática de um crime narrando para um terceiro a notícia mentirosa e assumindo o risco de que o ouvinte a transmita à autoridade policial, culminando na instauração de inquérito policial. Está claro que a expressão “saber inocente” liga-se à consciência do agente, podendo a vontade de realizar o crime ser direta (dolo direto) ou indireta (dolo eventual).

Não se admite, evidentemente, o dolo superveniente. Assim, aquele que, de boa-fé, no estrito exercício do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, a, da CF), noticia um crime que pensa praticado pela pessoa indicada, não pratica denúncia caluniosa, ainda que tempos depois descubra que sua iniciativa foi equivocada.

Por fim, no art. 326-A do Código Eleitoral se acrescenta um elemento especial: a finalidade eleitoral, que normalmente se identifica em ataques contra a honra e a imagem pública de adversários políticos, especialmente em períodos que antecedem imediatamente as eleições.

(D) Consumação e tentativa

Consuma-se o delito com a iniciação das diligências investigativas ou dos demais procedimentos elencados no *caput*.

Na denúncia caluniosa do Código Penal há certa controvérsia de que não está imune o novo tipo penal. Há quem sustente que para o Ministério Público propor a ação penal contra o autor da denúncia é necessário aguardar a conclusão do procedimento a que o agente injustamente deu causa, pois, do contrário, há o risco de conflito entre decisões (Hungria e Bento de Faria). Mirabete, seguindo as lições de Fragoso, com razão, discorda e logo explica: “Não é pressuposto da instauração de ação penal o arquivamento de inquérito policial aberto a pedido do indigitado autor do crime de denúncia caluniosa para só então valer aquele como peça de informação à persecutio criminis do Estado. Assim tem-se decidido, inclusive no STF (RT 568/373, 536/283, 390/69). Isso porque a prova da inocência da pessoa que foi acusada falsamente pode ser qualquer uma” (*Manual de direito penal*, v. 3, p. 395). A respeito, já decidiu o STJ:

“A alegação de que seria indispensável o arquivamento formal do inquérito policial indevidamente instaurado, para só depois se processar o crime de denúncia caluniosa, não merece prosperar, quando evidenciado que foi no próprio inquérito policial instaurado para apurar o crime de abuso de autoridade, indevidamente imputado à vítima, que se verificou tratar-se de atribuição falsa de crime a pessoa sabidamente inocente.” (RHC 50.672/SP, j. 18/9/2014)

A tentativa é admitida nos casos em que, apesar da imputação, a autoridade policial não inicia procedimento investigatório, ou ainda nos casos em que os demais procedimentos não são iniciados por circunstâncias alheias à vontade do agente.

(E) Majorante e minorante de pena

O § 1º do art. 326-A aumenta a pena de sexta parte “se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto”. Como bem explica Hungria ao comentar o art. 339 do CP:

“O indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena.” (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro, v. 9, p. 469).

O § 2º prevê causa de diminuição de pena pela metade se o agente imputa ao denunciado a prática de contravenção.

(F) Competência

Antes da inserção do 326-A no Código Eleitoral, quem cometesse denúncia caluniosa no contexto eleitoral respondia penalmente como incurso no art. 339 do CP, cuja competência era da Justiça Federal, pois, afetada a administração da Justiça Eleitoral, considerava-se prejudicado um interesse da União (art. 109, inc. IV, da Constituição Federal). Agora, com a nova tipificação específica, a competência passa a ser da Justiça Eleitoral.

(G) Veto presidencial

O projeto de lei aprovado contemplava um terceiro parágrafo com uma forma equiparada do delito. Segundo o dispositivo, incorreria nas mesmas penas do *caput* o indivíduo que, ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulgasse ou propalasse, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe havia sido falsamente atribuído.

Ocorre que o art. 324, § 1º, do Código Eleitoral pune conduta semelhante (propalar ou divulgar a calúnia eleitoral) com pena muito menor (detenção de seis meses a dois anos), o que tornaria desproporcional a pena do novo tipo equiparado:

“A propositura legislativa ao acrescentar o art. 326-A, *caput*, ao Código Eleitoral, tipifica como crime a conduta de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Ocorre que o crime previsto no § 3º do referido art. 326-A da propositura, de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral, estabelece pena de reclusão, de dois a oito anos, e multa, em patamar muito superior à pena de conduta semelhante já tipificada no § 1º do art. 324 do Código Eleitoral, que é de propalar ou divulgar calúnia eleitoral, cuja pena prevista é de detenção, de seis meses a dois anos, e multa. Logo, o supracitado § 3º viola o princípio da proporcionalidade entre o tipo penal descrito e a pena cominada.”

2 – Tema: Lei 13.836/19: Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei Maria da Penha

Sem prejuízo daquelas previstas no CPP, o art. 12 da Lei Maria da Penha anuncia uma série de diligências que devem ser adotadas pela autoridade policial logo após registro de ocorrência noticiando infração penal (crime ou contravenção penal) envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher.

O §1º do citado artigo, antes da Lei em comento, dizia:

“Art. 12

(...)

§ 1º. O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I – qualificação da ofendida e do agressor;

II – nome e idade dos dependentes;

III – descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida”.

Foi exatamente nesse parágrafo que a Lei 13.836/19 acrescentou um inciso (IV) **para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar.**

Da simples leitura, fica evidente o caráter mandatório da norma.

Tal informação é de suma importância, não somente para assegurar a melhor política de assistência à ofendida, mas também para informar o Ministério Público da especial condição da agredida, podendo servir como agravante ou causa de aumento de pena do crime, a exemplo do §7º. do homicídio e § 12 da lesão corporal.

3 – Tema: A Lei nº 13.840/19, e o §4º acrescentado ao art. 306 do CTB (exigência de que o aparelho utilizado para prova da infração seja homologado pelo INMETRO)

Autor: Fernando Célio de Brito Nogueira - Promotor de Justiça Assessor da Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais.

A Lei nº 13.840, publicada no DOU de 6 de junho de 2019, entre outras modificações que trouxe a vários diplomas normativos, acrescentou um parágrafo 4º ao art. 306, do CTB, com a seguinte redação*:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

[\(Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1o As condutas previstas no caput serão constatadas por: [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

§ 2o A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. [\(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

§ 3o O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. [\(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

*** § 4º Poderá ser empregado qualquer aparelho homologado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO - para se determinar o previsto no caput. [\(Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019\)](#) (destacamos)**

Segundo a disposição, qualquer aparelho homologado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, o INMETRO, poderá ser empregado para se determinar o previsto no caput, ou seja, para comprovar o crime de embriaguez ao volante.

A regra convive com os demais meios de prova (2) elencados no parágrafo 2º do art. 306, do CTB, como exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

² PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 306 DO CTB. ETILÔMETRO. CALIBRAÇÃO. AFERIÇÃO. ALEGADO USO DE PROVA ILÍCITA. PROVA TESTEMUNHAL SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a idoneidade do etilômetro (bafômetro) é constatada por verificação periódica anual do INMETRO e não pela calibração do aparelho, que é realizada uma única vez, por ocasião do fornecimento do produto pelo fabricante (AgRg no AREsp 411.064/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/4/2016).

2. Na hipótese, ainda que fosse desconsiderado o teste do etilômetro, não seria caso de absolvição, pois, consoante consignado pelas instâncias ordinárias, as testemunhas foram

uníssonas no sentido de apontar a embriaguez do apelante, além de ele próprio ter admitido a ingestão de bebida alcoólica antes de dirigir.

3. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, veiculando mero inconformismo com o que se decidiu, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 855.660/RO, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, 6ª T., j. em 13/6/2017, DJe 21/6/2017 – destacamos)

Porém, é importante destacar que a norma penal passa a exigir, de forma expressa, que o aparelho empregado para teste de alcoolemia (bafômetro, etilômetro ou similar) tenha homologação pelo INMETRO (3).

Impõe-se cautela maior aos agentes do Estado na coleta da prova material da infração por um dos aparelhos referidos, sob pena de comprometimento à validade, licitude da prova e à própria lisura da investigação penal, caso se utilize, por exemplo, aparelho não homologado pelo INMETRO (4).

A nova disposição, por outro lado, não encerra novidade, pois a Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006, do CONTRAN, Conselho Nacional de Trânsito, de longa data previa entre os requisitos do etilômetro ou bafômetro a aprovação e inspeção periódica pelo INMETRO:

Art. 6º. O medidor de alcoolemia – etilômetro - deve observar os seguintes requisitos:

I - ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, atendendo a legislação metrológica em vigor e aos requisitos estabelecidos nesta Resolução;

II - ser aprovado na verificação metrológica inicial realizada pelo INMETRO ou órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

III - ser aprovado na verificação periódica anual realizada pelo INMETRO ou RBMLQ;

IV - ser aprovado em inspeção em serviço ou eventual, conforme determina a legislação metrológica vigente.

Art. 7º. As condições de utilização do medidor de alcoolemia - etilômetro- devem obedecer a esta resolução e à legislação metrológica em vigor.

E a Resolução nº 432/13, do CONTRAN, que revogou a Resolução nº 206/06, continuou a regular a matéria:

³ “No Brasil, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia – Inmetro, entidade executiva do Governo Federal, é o gestor do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade – SBAC, obedecendo às políticas públicas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro que, por sua vez, é tecnicamente assessorado pelo Comitê Brasileiro de Avaliação da Conformidade – CBAC. Na área de Avaliação da Conformidade, o Inmetro é o único acreditador oficial do Estado Brasileiro, seguindo a tendência internacional atual de apenas um acreditador por país ou economia. O Inmetro é reconhecido internacionalmente como o organismo de acreditação brasileiro pelo *International Accreditation Forum* (IAF) e foi o primeiro a possuir este reconhecimento na América Latina” (Avaliação da Conformidade, 6ª edição, publicação do INMETRO. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/infotec/publicacoes/acpq.pdf> – acesso em 9 de junho e 2019).

4 O Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia é uma autarquia federal brasileira, no formato de uma agência executiva, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Wikipédia

...

Fundação: 11 de dezembro de

1973 **Sede:** Rio de Janeiro, Rio

de Janeiro **Finalidade:**

Standards organization

Natureza jurídica: Agência

executiva

Atribuições: Metrologia, Qualidade e Tecnologia

DO TESTE DE ETILÔMETRO

Art. 4º. O etilômetro deve atender aos seguintes requisitos:

I - ter seu modelo aprovado pelo INMETRO;

II - ser aprovado na verificação metrológica inicial, eventual, em serviço e anual realizadas pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO ou por órgão da Rede Brasileira de Metrologia Legal e Qualidade - RBMLQ;

Parágrafo único. Do resultado do etilômetro (medição realizada) deverá ser descontada margem de tolerância, que será o erro máximo admissível, conforme legislação metrológica, de acordo com a "Tabela de Valores Referenciais para Etilômetro" constante no Anexo I.

Ou seja, a norma do parágrafo 4º do art. 306 veio para prever expressamente procedimento que normalmente já se observava antes de sua edição.

É importante lembrar que, no dia 27 de maio de 2019, em decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em agravo interposto contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, o STF considerou válida a prova de materialidade da infração obtida por meio do etilômetro, estando o aparelho em conformidade com a Resolução nº 206/06 do CONTRAN (revogada pela Resolução nº 432/13, também do CONTRAN, embora ainda citada em muitos julgados):

Decisão: Trata-se de agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário, que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Segundo os autos, o recorrente foi condenado à pena de 2 anos 6 meses de detenção, em regime aberto, e proibição de obter permissão ou habilitação, para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 2 meses, além de 20 dias-multa, pela prática dos delitos descritos nos artigos 306, da Lei 9.503/97, e 304 c/c 297, caput, do Código Penal, na forma do artigo 69, do mesmo Código. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. (eDOC 3, p. 21-24; eDOC 4, p. 1-7) A defesa interpôs apelação. O TJRO negou provimento ao recurso nos termos da seguinte ementa: "Apelação criminal. 1. Embriaguez ao volante. Etilômetro (bafômetro). Calibração anual pelo Inmetro. Certificação anual. Presunção para a administração. Margem de erro acima do limite de tolerância. Materialidade e autoria comprovadas. Delito configurado. Uso de documento falso (CNH) apresentado à Policiais Rodoviários Federais. Incompetência da justiça estadual. Não configuração na espécie. Erro de tipo. Inexistência. Condenações mantidas. Penas aplicadas no mínimo legal e substituição da pena concedidas na origem. Falta de interesse recursal. Recurso não provido." (eDOC 5, p. 33-39; e DOC 6, p. 1-7) Daí a interposição do recurso extraordinário, que se fundamenta no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, com alegação de violação ao art. 109, inciso IV, da mesma Carta, e sustentando a repercussão geral da matéria tratada nos autos. No mérito, alega, em síntese, violação dos artigos 5º, inciso LV; 93, inciso IX; e 109, inciso IV, do texto constitucional. Requer o provimento do recurso para desconstituir o acórdão atacado e reformar a sentença. (eDOC 6, p. 32-36; eDOC 7, p. 1-11) É o relatório. Passo a decidir. No presente recurso, a defesa sustenta a violação do princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A esse propósito, cito o seguinte trecho do acórdão recorrido: “A defesa se insurge contra a materialidade delitiva, argumentando que no resultado do teste com o etilômetro (fl. 18) não consta a data da última verificação periódica, exigida pelo inc. III do art. 6º da Resolução 206/06 do CONTRAN, para que se ateste a calibragem do equipamento. Desse modo, entende o recorrente que tal prova não é válida para provar o estado de alcoolemia exigido pelo tipo legal do art. 306 do CTB, ou seja, a materialidade delitiva. Em que pesem os argumentos expendidos, o inconformismo não procede. (...) No caso, o aparelho teve sua última calibração no dia 20/02/2014, com data da próxima certificação do INMETRO prevista para o dia 10/04/2015, sendo que a data do teste no recorrente foi no dia 22/11/2014 (fl. 18), ou seja, dentro do período anual da certificação pelo INMETRO. E mesmo que não contasse a data da última calibração do etilômetro, não seria esse o motivo para se declarar a imprestabilidade da prova, pois esta 2ª Câmara Criminal decidiu que a calibração do etilômetro é de presunção juris tantum, cabendo ao réu o ônus da prova de seu desajuste: (...) Portanto, o etilômetro foi utilizado dentro dos padrões estabelecidos na resolução do CONTRAN, não havendo razão, pois, para admitir a imprestabilidade da prova. Prosseguindo, a defesa argumenta que não ficou provada a alteração da capacidade psicomotora do apelante, não sendo suficiente a simples comprovação do índice de álcool contatado do etilômetro. O argumento igualmente não procede, porquanto, interrogado no IP e em juízo (fls. 06/07 e mídia de fl. 75), Marcelo confessou que havia ingerido, juntamente com amigos, uma garrafa de uísque em um show do ‘Jorge e Mateus’ e depois se envolveu no acidente. Submetido ao teste com o etilômetro constatou-se o índice de 0,87 mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões. E em um segundo teste (contraprova), verificou-se o índice de 0,75 mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões (fl. 18), ou seja, ambos os testes acima do limite legal tolerável. (...) Portanto, diante dessas considerações, não há falar-se em ausência de prova da alteração da capacidade psicomotora, até porque os índices da Resolução 432/13 não foram elaborados de forma aleatória, mas sim em razão de estudos multidisciplinar, envolvendo oito Ministérios (Ministério da Justiça, Ministério da Defesa, Ministério dos Transportes, Ministério da Saúde, Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, Ministério do Meio Ambiente e Ministério das Cidades), além de estudo realizado pela Associação Brasileira de Medicina de Tráfego, ABRAMET, acerca dos procedimentos médicos para fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência pelos condutores), razão pela qual mantenho a condenação quanto ao crime do art. 306 do CTB. (...)...Face ao exposto, NEGÓCIO PROVIMENTO ao recurso.” (eDOC 5, p. 33-39; eDOC 6, p. 1-7) ... Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (artigo 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 27 de maio de 2019. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (ARE 1209405, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2019, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 29/05/2019 PUBLIC 30/05/2019).

Cumpra assinalar, finalmente, que a verificação periódica do etilômetro ou bafômetro não se confunde com a calibração, que é feita uma única vez, quando o aparelho é entregue aos agentes do Estado.

Nesse sentido, julgados do STJ, com nossos destaques:

STJ:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ETILÔMETRO. CALIBRAÇÃO. AFERIÇÃO. ALEGADO USO DE PROVA ILÍCITA. DESCABIMENTO. TESTE DE ALCOOLEMIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PROVA TESTEMUNHAL. CONFISSÃO DO RÉU. REVOLVIMENTO DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS PARA ATACAR A DECISÃO IMPUGNADA. MERO INCONFORMISMO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a idoneidade do etilômetro (bafômetro) é constatada por verificação periódica anual do INMETRO e não pela calibração do aparelho, que é realizada uma única vez, por ocasião do fornecimento do produto pelo fabricante (AgRg no AREsp n. 411.064/RS, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 27/4/2016). II - Na hipótese, o v. acórdão impugnado consignou que: "[...] o boletim de ocorrência de fl. 11 e o auto de apreensão de fls. 13, são claríssimos ao confirmar o teor do referido teste de alcoolemia: "01 (um) teste de alcoolemia n. 274, aferindo 0,81mg/l" (fl. 171). III - Ademais, ainda que fosse desconsiderado o teste do etilômetro, não seria caso de absolvição, pois, consoante consignado pelas instâncias ordinárias, as testemunhas foram uníssonas no sentido de apontar a embriaguez do apelante, além de ele próprio ter admitido a ingestão de bebida alcoólica antes de dirigir. IV - Repiso, o pleito formulado pela defesa reclama incursão no material fático-probatório, procedimento vedado na estreita via do habeas corpus, já que para alcançar-se conclusões diversas daquelas às quais chegou as instâncias ordinárias, seria imprescindível reexaminar todo acervo probatório dos autos, pretensão que não se coaduna com a via eleita do writ. V - Constato que a agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado por ocasião da decisão monocrática, que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 453.137/MS, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 3/12/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 306 DO CTB. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. MATERIALIDADE DELITIVA. REGULARIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Nos termos do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, para fins de comprovação da materialidade delitiva do crime do art. 306 do CTB, praticado após a alteração promovida pela Lei n. 11.705/2008 e antes do advento da Lei n. 12.760/2012, a regularidade do etilômetro depende apenas da verificação periódica anual feita pelo INMETRO, "que não se confunde com a calibração do aparelho feita uma única vez pelo fabricante, quando do fornecimento dos aparelhos aos órgãos públicos" (RHC n. 35.258/MS, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 3/2/2015). 2. A pretensão recursal de refutar a capacidade do aparelho etilômetro, devidamente reconhecida no aresto recorrido, demandaria imprescindível reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso no âmbito do recurso especial, em virtude do disposto na Súmula n. 7 desta Corte. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1252335/PI, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/5/2018, DJe 01/6/2018).

Enfim, a inserção da regra, aparentemente despretensiosa, no parágrafo 4º do art. 306, do CTB, encerra expressa exigência agora constante da norma penal no sentido de que, para comprovação do crime, sempre que houver uso do etilômetro ou aparelho similar, este deverá ter sido obrigatoriamente homologado pelo CONTRAN, sob pena de ilicitude da prova (art. 5º, LVI, CF; art. 157, CPP).

E a questão assume ainda maior relevância nos casos concretos em que o exame do etilômetro é a única ou principal prova da prática do crime do art. 306 do CTB.

MPSP

MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE SÃO PAULO

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 052

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubbo

Coordenador do CAO Criminal
Arthur Pinto Lemos Junior

Assessores
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica
Ana Karenina Saura Rodrigues

ESTUDOS DO CAOCRIM

1-Tema: Lei 13.840/19 e as mudanças na Lei de Drogas (em forma de tabela):

Assim que tomou conhecimento da existência do Projeto de Lei 37/2013 e de sua aprovação pelo Congresso Nacional, o CAOCrim elaborou Nota Técnica ([leia aqui](#)) sobre o tema. Para além de alterações relevantes, como o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), a internação compulsória de dependentes e o procedimento de incineração, o PL pretendia conferir nova e perigosa redação para a figura do tráfico privilegiado, bem como novel qualificadora do traficante que liderar organização criminosa e na definição de organização criminosa.

A Nota Técnica foi discutida com o Sr. Procurador-Geral de Justiça e com o Subprocurador-geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais, Mário Sarrubbo. Após, foi entregue ao Ministério da Justiça. No final do mês de maio deste ano, o Secretário nacional de Políticas sobre Drogas, Luiz Roberto Beggiora, oficiou à Procuradoria-Geral de Justiça e informou, expressamente, que a tese apresentada em nota técnica do MPSP, por intermédio de trabalho do CAOCrim, [tinha sido acatada](#). De acordo com o secretário, as modificações no artigo 33 da Lei de Drogas estavam em descompasso com as finalidades da reprimenda penal e com princípio da proibição da proteção deficiente, contrariando o espírito do diploma legal original. No [ofício](#), o secretário também tinha enfatizado, nos termos do que sustenta a nota técnica do MPSP, que a Lei 12.850/2013 imprime maior rigor no combate às organizações criminosas, o que seria alterado caso houvesse sanção integral do projeto aprovado pelo Congresso Nacional.

Segue abaixo um estudo didático sobre tais alterações:

REDAÇÃO ORIGINAL	REDAÇÃO PELA LEI 13.840/19	
Art. 50-A. A destruição de drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contado da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo, aplicando-se, no que couber, o procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50.	Art. 50-A. A destruição das drogas apreendidas sem a ocorrência de prisão em flagrante será feita por incineração, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data da apreensão, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo.	A nova redação não faz mais referência ao procedimento dos §§ 3º a 5º do art. 50, que disciplina a destruição da droga apreendida em decorrência de prisão em flagrante.

<p>Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.</p> <p>§ 1º Decretadas quaisquer das medidas previstas neste artigo, o juiz facultará ao acusado que, no prazo de 5 (cinco) dias, apresente ou requeira a produção de provas acerca da origem lícita do produto, bem ou valor objeto da decisão.</p> <p>§ 2º Provada a origem lícita do produto, bem ou valor, o juiz decidirá pela sua liberação.</p> <p>§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.</p>	<p>Art. 60. O juiz, a requerimento do Ministério Público ou do assistente de acusação, ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias nos casos em que haja suspeita de que os bens, direitos ou valores sejam produto do crime ou constituam proveito dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 e seguintes do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.</p> <p>§ 1º (Revogado).</p> <p>§ 2º (Revogado).</p> <p>§ 3º Na hipótese do art. 366 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, o juiz poderá determinar a prática de atos</p>	<p>Na nova redação do <i>caput</i> do art. 60 foi suprimida a possibilidade de que o juiz decreta de ofício a apreensão ou outras medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores.</p> <p>Inseriu-se o assistente de acusação entre os legitimados para requerer a medida.</p> <p>No mais, a lei não menciona mais a necessidade da existência de “indícios suficientes” de que bens, direitos ou valores sejam produtos ou proveitos do crime, referindo-se agora à existência de “suspeita”.</p>
--	---	--

<p>§ 4º A ordem de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.</p>	<p>necessários à conservação dos bens, direitos ou valores.</p> <p>§ 4º A ordem de apreensão ou sequestro de bens, direitos ou valores poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações.</p>	<p>Atualmente é o artigo 63-B (inserido pela nova lei) que determina a liberação caso comprovada a origem lícita.</p> <p>A redação original do § 3º foi transferida, <i>ipsis litteris</i>, para o art. 63-A, incluído pela nova lei.</p> <p>Na parte final do § 4º houve apenas mudança de tempo verbal do presente para o futuro do subjuntivo: “quando [...] possa” → “quando [...] puder”.</p>
<p>Art. 61. Não havendo prejuízo para a produção da prova dos fatos e comprovado o interesse público ou social, ressalvado o disposto no art. 62 desta Lei, mediante autorização do juízo competente, ouvido o Ministério Público e cientificada a Senad, os bens apreendidos poderão ser utilizados pelos</p>	<p>Art. 61. A apreensão de veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte e dos maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei será imediatamente comunicada pela autoridade de polícia judiciária responsável pela</p>	<p>A utilização dos bens apreendidos passou a ser disciplinada no art. 62, que teve a redação modificada pela nova lei.</p> <p>A atual redação do art. 61 estabelece a necessidade de</p>

<p>órgãos ou pelas entidades que atuam na prevenção do uso indevido, na atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e na repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.</p> <p>Parágrafo único. Recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da instituição à qual tenha deferido o uso, ficando esta livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.</p>	<p>investigação ao juízo competente.</p> <p>§ 1º O juiz, no prazo de 30 (trinta) dias contado da comunicação de que trata o caput, determinará a alienação dos bens apreendidos, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.</p> <p>§ 2º A alienação será realizada em autos apartados, dos quais constará a exposição sucinta do nexo de instrumentalidade entre o delito e os bens apreendidos, a descrição e especificação dos objetos, as informações sobre quem os tiver sob custódia e o local em que se encontrem.</p> <p>§ 3º O juiz determinará a avaliação dos bens apreendidos, que será realizada por oficial de justiça, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da autuação, ou, caso sejam necessários conhecimentos especializados, por avaliador nomeado pelo juiz, em prazo não superior a 10 (dez) dias.</p> <p>§ 4º Feita a avaliação, o juiz intimará o órgão gestor do Funad, o Ministério Público e o interessado para se manifestarem no prazo de 5 (cinco) dias e, dirimidas eventuais divergências, homologará o valor atribuído aos bens.</p> <p>§ 5º (VETADO).</p>	<p>imediate comunicação da apreensão ao juiz competente, disposição inexistente na redação original da Lei 11.343/06.</p> <p>A determinação para que a autoridade policial faça a comunicação tem fundamento no fato de que, segundo estabelece o novo § 1º, o juiz deve determinar a alienação dos bens no prazo de trinta dias. Esta disposição é inédita, pois, antes, a redação original do § 4º do art. 62 estabelecida que, após a instauração da ação penal, o Ministério Público deveria requerer ao juízo competente que determinasse a alienação.</p> <p>Os §§ 2º a 8º disciplinam o procedimento da alienação, destacando-se que, caso haja condenação, os valores arrecadados são revertidos ao Fundo Nacional Antidrogas. Os valores apreendidos também têm o mesmo destino.</p> <p>E, note-se, veículos alienados são transferidos aos novos proprietários isentos</p>
--	--	--

	<p>§ 6º Os valores arrecadados, descontadas as despesas do leilão, serão depositados em conta judicial remunerada e, após sentença condenatória transitada em julgado, serão revertidos ao Funad.</p> <p>§ 7º No caso da alienação de veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo da cobrança de débitos fiscais, os quais permanecem sob responsabilidade do antigo proprietário.</p> <p>§ 8º Nos casos em que a apreensão tiver recaído sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, ou cheques emitidos como ordem de pagamento para fins ilícitos, o juiz determinará sua conversão em moeda nacional corrente, que será depositada em conta judicial remunerada, e, após sentença condenatória com trânsito em julgado, será revertida ao Funad.</p>	<p>de quaisquer despesas tributárias e de multas, que permanecem a cargo do anterior proprietário.</p>
<p>Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos</p>	<p>Art. 62. Comprovado o interesse público na utilização de quaisquer dos bens de que trata o art. 61, os órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária poderão deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua</p>	<p>A lei não estabelece mais que os bens apreendidos fiquem sob custódia da autoridade de polícia judiciária. Tendo em vista que a apreensão</p>

<p>crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica.</p> <p>§ 1º Comprovado o interesse público na utilização de qualquer dos bens mencionados neste artigo, a autoridade de polícia judiciária poderá deles fazer uso, sob sua responsabilidade e com o objetivo de sua conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público.</p> <p>§ 2º Feita a apreensão a que se refere o caput deste artigo, e tendo recaído sobre dinheiro ou cheques emitidos como ordem de pagamento, a autoridade de polícia judiciária que presidir o inquérito deverá, de imediato, requerer ao juízo competente a intimação do Ministério Público.</p> <p>§ 3º Intimado, o Ministério Público deverá requerer ao juízo, em caráter cautelar, a conversão do numerário apreendido em moeda nacional, se for o caso, a compensação dos cheques emitidos após a instrução do inquérito, com cópias autênticas dos respectivos títulos, e o depósito das correspondentes quantias em conta judicial, juntando-se aos autos o recibo.</p> <p>§ 4º Após a instauração da competente ação penal, o Ministério Público, mediante petição autônoma, requererá ao juízo competente que, em</p>	<p>conservação, mediante autorização judicial, ouvido o Ministério Público e garantida a prévia avaliação dos respectivos bens.</p> <p>§ 1º (Vetado – Permanece a redação original).</p> <p>§ 2º A autorização judicial de uso de bens deverá conter a descrição do bem e a respectiva avaliação e indicar o órgão responsável por sua utilização.</p> <p>§ 3º O órgão responsável pela utilização do bem deverá enviar ao juiz periodicamente, ou a qualquer momento quando por este solicitado, informações sobre seu estado de conservação.</p>	<p>deve ser comunicada imediatamente ao juízo competente para que este por sua vez determine a alienação, não se estabelece mais custódia nos moldes anteriores.</p> <p>A alienação não ocorre se, nos termos da nova redação do <i>caput</i> do art. 62, o juízo competente autorizar a utilização do bem pelos órgãos de polícia judiciária, militar e rodoviária.</p> <p>Note-se que, vetada a alteração do § 1º, sua redação permaneceu a mesma e coincide com aquela do <i>caput</i>, que se difere apenas pelo fato de explicitar a possibilidade de uso também pelas polícias militar e rodoviária e de impor a garantia de prévia avaliação do bem. A rigor, trata-se de situação em que a nova redação do <i>caput</i> revoga tacitamente o § 1º, pois disciplina a mesma matéria.</p> <p>As questões relativas à apreensão de dinheiro, inclusive em moeda estrangeira, e de cheque emitidos, antes disciplinadas nos §§ 2º e 3º do art. 62, passaram ao § 8º do art. 61. O</p>
---	---	---

<p>caráter cautelar, proceda à alienação dos bens apreendidos, excetuados aqueles que a União, por intermédio da Senad, indicar para serem colocados sob uso e custódia da autoridade de polícia judiciária, de órgãos de inteligência ou militares, envolvidos nas ações de prevenção ao uso indevido de drogas e operações de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, exclusivamente no interesse dessas atividades.</p> <p>§ 5º Excluídos os bens que se houver indicado para os fins previstos no § 4º deste artigo, o requerimento de alienação deverá conter a relação de todos os demais bens apreendidos, com a descrição e a especificação de cada um deles, e informações sobre quem os tem sob custódia e o local onde se encontram.</p> <p>§ 6º Requerida a alienação dos bens, a respectiva petição será autuada em apartado, cujos autos terão tramitação autônoma em relação aos da ação penal principal.</p> <p>§ 7º Autuado o requerimento de alienação, os autos serão conclusos ao juiz, que, verificada a presença de nexo de instrumentalidade entre o delito e os objetos utilizados para a sua prática e risco de perda de valor econômico pelo decurso do tempo, determinará a avaliação dos bens relacionados,</p>	<p>§ 4º Quando a autorização judicial recair sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade ou ao órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento em favor do órgão ao qual tenha deferido o uso ou custódia, ficando este livre do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores à decisão de utilização do bem até o trânsito em julgado da decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.</p> <p>§ 5º Na hipótese de levantamento, se houver indicação de que os bens utilizados na forma deste artigo sofreram depreciação superior àquela esperada em razão do transcurso do tempo e do uso, poderá o interessado requerer nova avaliação judicial.</p> <p>§ 6º Constatada a depreciação de que trata o § 5º, o ente federado ou a entidade que utilizou o bem indenizará o detentor ou proprietário dos bens.</p> <p>§ 7º (Revogado).</p>	<p>procedimento se simplificou, pois a lei determina que tudo seja depositado (após conversão para moeda nacional, se for o caso) independentemente de pedido cautelar do Ministério Público.</p> <p>No mais, os §§ 3º a 6º, com a redação conferida pela novalei, tratam de questões relativas ao registro e à utilização dos bens pelos órgãos de polícia,</p> <p>O atual § 4º dispõe sobre o que antes era tratado no § 11, revogado.</p> <p>E, como a alienação é agora disciplinada no art. 61, os §§ 7º a 10 foram revogados.</p>
---	--	---

<p>cientificará a Senad e intimará a União, o Ministério Público e o interessado, este, se for o caso, por edital com prazo de 5 (cinco) dias.</p> <p>§ 8º Feita a avaliação e dirimidas eventuais divergências sobre o respectivo laudo, o juiz, por sentença, homologará o valor atribuído aos bens e determinará sejam alienados em leilão.</p> <p>§ 9º Realizado o leilão, permanecerá depositada em conta judicial a quantia apurada, até o final da ação penal respectiva, quando será transferida ao Funad, juntamente com os valores de que trata o § 3º deste artigo.</p> <p>§ 10. Terão apenas efeito devolutivo os recursos interpostos contra as decisões proferidas no curso do procedimento previsto neste artigo.</p> <p>§ 11. Quanto aos bens indicados na forma do § 4º deste artigo, recaindo a autorização sobre veículos, embarcações ou aeronaves, o juiz ordenará à autoridade de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado provisório de registro e licenciamento, em favor da autoridade de polícia judiciária ou órgão aos quais tenha deferido o uso, ficando estes livres do pagamento de multas, encargos e tributos anteriores, até o trânsito em julgado da</p>	<p>§ 8º (Revogado).</p> <p>§ 9º (Revogado).</p> <p>§ 10. (Revogado).</p> <p>§ 11. (Revogado).</p>	
--	---	--

<p>decisão que decretar o seu perdimento em favor da União.</p>		
<p>Art. 63. Ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem ou valor apreendido, seqüestrado ou declarado indisponível.</p> <p>§ 1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.</p> <p>§ 2º Compete à Senad a alienação dos bens apreendidos e não leiloados em caráter cautelar, cujo perdimento já tenha sido decretado em favor da União.</p> <p>§ 3º A Senad poderá firmar convênios de cooperação, a fim de dar imediato cumprimento ao estabelecido no § 2º deste artigo.</p> <p>§ 4º Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz do processo, de ofício ou a requerimento do Ministério</p>	<p>Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre:</p> <p>I - o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e</p> <p>II - o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62.</p> <p>§ 1º Os bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei ou objeto de medidas assecuratórias, após decretado seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.</p> <p>§ 2º O juiz remeterá ao órgão gestor do Funad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos, indicando o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.</p> <p>§ 3º (Vetado – Permanece a redação original).</p> <p>§ 4º (Vetado – Permanece a redação original).</p>	<p>Em relação à redação anterior, o art. 63 agora estabelece duas situações sobre as quais o juiz deve se pronunciar na sentença de mérito: a) o perdimento de bens, direitos ou valores; b) o levantamento de valores depositados e a liberação de bens cuja utilização tenha sido deferida aos órgãos de polícia.</p> <p>O perdimento decorre da comprovação de que se trata de produto ou proveito do crime, ao passo que o levantamento (de dinheiro ou cheques apreendidos ou de valores decorrentes da alienação de bens apreendidos) e a liberação de bens que estão sendo utilizados por autoridades policiais decorre da não comprovação da origem ilícita.</p> <p>Os §§ 1º e 2º não fazem mais referência à tutela cautelar de alienação devido à modificação do procedimento de alienação, conforme a disciplina do art. 61.</p>

<p>Público, remeterá à Senad relação dos bens, direitos e valores declarados perdidos em favor da União, indicando, quanto aos bens, o local em que se encontram e a entidade ou o órgão em cujo poder estejam, para os fins de sua destinação nos termos da legislação vigente.</p> <p>Sem correspondência</p> <p>Sem correspondência</p>	<p>§ 5º (Vetado).</p> <p>§ 6º Na hipótese do inciso II do caput, decorridos 360 (trezentos e sessenta) dias do trânsito em julgado e do conhecimento da sentença pelo interessado, os bens apreendidos, os que tenham sido objeto de medidas assecuratórias ou os valores depositados que não forem reclamados serão revertidos ao Funad.</p>	<p>O § 3º permanece o mesmo devido ao veto relativo à nova redação, mas perdeu o efeito porque faz referência ao § 2º, que não dispõe mais sobre alienação de bens apreendidos.</p> <p>A alteração do § 4º também foi vetada. A matéria tratada na redação original é atualmente disciplinada no § 2º, com redação dada pela nova lei, que, portanto, revoga tacitamente o dispositivo anterior.</p> <p>O § 6º estabelece o prazo de aproximadamente um ano para que o titular de valores ou bens liberados os reivindique, pois, do contrário, serão revertidos ao FUNAD.</p>
--	--	--

Art. 63-A. Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores.	Sem correspondência	O disposto no art. 63-A era antes tratado no art. 60, § 3º.
Art. 63-B. O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e objeto de medidas assecuratórias quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.	Sem correspondência	O disposto no art. 63-B era antes tratado no art. 60, § 2º.

2 - Tema: BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE DECRETO 9.797, DE 21 DE MAIO DE 2019

Como já tivemos a oportunidade de observar em Boletim anterior, a publicação do Decreto 9.785, em 7 de maio de 2019, trouxe ao mundo jurídico discussões importantes em razão de seus evidentes reflexos na esfera penal, uma vez que passou a regulamentar o Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003).

Passados poucos dias de sua edição, porém, o Poder Executivo da União editou novo decreto, sob nº 9.797, a fim de trazer algumas modificações. Cabe-nos tecer brevíssimos comentários ao novo decreto, apenas para atualizarmos os colegas e o texto anteriormente publicado.

E fazemos uma advertência: o Congresso Nacional pretende revogar o Decreto 9.785/2019, o que poderá ocorrer ainda neste mês de junho. Guardemos.

Vejamos, então, o que efetivamente mudou desde a edição do Decreto 9.785/2019.

Vimos que a nova classificação de armas de fogo e munições de uso permitido e restrito apresentada pelo Decreto 9.785/2019 alterou de modo substancial o tratamento penal dos arts. 12, 14, 16 e 19 (indiretamente, também dos arts. 17 e 18), uma vez que a espécie das armas de fogo de uso permitido foi bastante ampliada. Vimos, também, no que tange às munições, que a definição de munição de uso restrito do citado decreto poderia trazer dúvidas quanto à sua aplicação, pois apresentava-se com redação deficiente. Vejamos se isso mudou.

Segundo o Decreto 9.785/2019, com as alterações trazidas pelo Decreto 9.797, são *armas de fogo de uso permitido* as semiautomáticas ou de repetição que sejam (as alterações estarão em itálico abaixo):

- a) de porte que, com a utilização de munição comum, não atinjam, na saída do cano *de prova*, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé *ou* mil seiscentos e vinte *joules*;
- b) *portáteis* de alma lisa; ou
- c) *portáteis* de alma raiada, *cujo calibre nominal*, com a utilização de munição comum, não *atinja*, na saída do cano *de prova*, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé *ou* mil seiscentos e vinte *joules*.

As alterações foram apenas na redação, trazendo maior precisão e apuro técnico, sem mudanças sobre os tipos penais, de modo que ficam mantidas as considerações expostas em nossos comentários ao Decreto 9.785.

Segundo o Decreto 9.785/2019, são consideradas *de uso proibido*, as armas de fogo: “classificadas de uso proibido em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária”; e “dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos”. Não houve alteração alguma aqui.

Passam a ser classificadas como de *uso restrito* as armas de fogo automáticas, semiautomáticas ou de repetição que sejam (as alterações do novo decreto estão em itálico):

- a) não *portáteis*;
- b) de porte, *cujo calibre nominal*, com a utilização de munição comum, *atinja*, na saída do cano, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé *ou* mil seiscentos e vinte *joules*; ou
- c) *portáteis* de alma raiada, *cujo calibre nominal*, com a utilização de munição comum, *atinja*, na saída do cano *de prova*, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé *ou* mil seiscentos e vinte *joules*.

As alterações trazidas pelo mais novo decreto também foram de ordem técnica e, como vimos em nossos comentários anteriores, o impacto penal já foi grande.

Quanto às munições, o Decreto 9.785 apresentava deficiências evidentes. Dizia seu art. 2º, IV: “munição de uso restrito - munições de uso exclusivo das armas portáteis raiadas, e das perfurantes,

das traçantes, das explosivas e das incendiárias”. Agora, com a redação dada pelo Decreto 9.797, são munições de uso restrito aquelas que:

- a) atinjam, na saída do cano de prova de armas de porte ou portáteis de alma raiada, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscientos e vinte joules;
- b) sejam traçantes, perfurantes ou fumígenas;
- c) sejam granadas de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal; ou
- d) sejam rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza.

Houve a inclusão da definição de munições de uso proibido: “as munições incendiárias, as químicas ou as que sejam assim definidas em acordo ou tratado internacional de que a República Federativa do Brasil seja signatária”.

Houve diversas outras alterações trazidas pelo Decreto 9.797, que dizem respeito, notadamente, ao transporte das armas em caso de colecionadores e na lista das atividades em que o risco é presumido e que, desse modo, considera-se preenchido tal requisito para a obtenção da autorização para o porte. De qualquer modo, para fins das atividades de execução do Ministério Público, é certo que o relevante é saber se o agente tinha ou não o porte, não sendo nossa tarefa, mas da Polícia Federal, autorizá-lo ou não.

CAO-Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 053

Mário Luiz Sarrubbo
Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Coordenador do CAO Criminal:
Arthur Pinto de Lemos Júnior

Assessores:
Fernanda Narezi Pimentel Rosa
Marcelo Sorrentino Neira
Paulo José de Palma
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras
Rogério Sanches Cunha

Analista Jurídica

ESTUDOS DO CAOCRIM

1 – STF e a criminalização da homofobia e da transfobia. Consequências práticas

O Supremo Tribunal Federal encerrou o julgamento das duas ações que versavam sobre atos de preconceito contra homossexuais, transexuais e travestis: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4733.

Buscava-se, em síntese, a criminalização específica de atos de ameaça, violência e incitação à discriminação por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero.

Dentre os pedidos na ADO 26, destacamos o seguinte:

a) fixação de “prazo razoável para o Congresso Nacional aprovar legislação criminalizadora de todas as formas de homofobia e transfobia (...)”;

b) uma vez transcorrido o prazo “sem que o Congresso Nacional efetive a criminalização/punição criminal específica citada ou caso esta Corte entenda desnecessária a fixação deste prazo, [requer-se] sejam efetivamente tipificadas a homofobia e a transfobia como crime(s) específico(s) por decisão desta Suprema Corte, por troca de sujeito e atividade legislativa atípica da Corte, ante a inércia inconstitucional do Parlamento em fazê-lo, de sorte a dar cumprimento da ordem constitucional de punir criminalmente a homofobia e a transfobia (inclusive em sua teleologia-sistêmica e sua lógica), superando-se a exigência de legalidade estrita parlamentar da mesma forma que esta Corte a superou ao exercer ação legislativa/normativa em sentido estrito ao regulamentar a greve dos servidores públicos civis (cf. a ratio decidendi da decisão do STF nos MI n.º 670, 708 e 712) e como iria fazer para regulamentar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço caso o Congresso não tivesse aprovado a lei respectiva antes que a Corte o fizesse (para, assim, garantir a imperatividade positiva das ordens constitucionais de legislar e da decisão desta Suprema Corte), mediante:

b1) a inclusão da criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente), das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima na Lei de Racismo (Lei n.º 7.716/89) ou em outra lei que venha a substituí-la, determinando-se a aplicação da referida lei (e outra que eventualmente a substitua) para punir tais atos até que o Congresso Nacional se digne a criminalizar tais condutas, pois isto inclusive prestigia o Parlamento por se usar uma lei por ele aprovada para suprir a omissão inconstitucional do mesmo acerca do tema, ou, subsidiariamente,

b2) efetivando a tipificação criminal/criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero (real ou suposta) da vítima, legislação criminal esta que puna, de forma específica, especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de “praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou à discriminação” por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa, da forma que esta Suprema Corte julgar mais pertinente/adequada em termos constitucionais, na medida em que essa atividade normativa pura é o que a Corte iria realizar quando estava prestes a normatizar o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (o que não fez porque o Congresso Nacional, após a Corte afirmar que iria regulamentar normativamente o tema, finalmente cumpriu seu encargo constitucional e elaborou a legislação respectiva) (...).”.

No MI 4733, de forma semelhante, pedia-se:

a) o reconhecimento de que “a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional de racismo” ou, subsidiariamente, que sejam entendidas como “discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais”;

b) a declaração, com fundamento nos incisos XLI e XLII do artigo 5º da Constituição Federal, de mora inconstitucional do Congresso Nacional no alegado dever de editar legislação criminal que puna, de forma específica, a homofobia e a transfobia, “especialmente (mas não exclusivamente) a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar, induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação’ por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa”.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão integra o arcabouço do controle concentrado de constitucionalidade e pode ser ajuizada diante de situações em que há omissão do legislador em editar atos legislativos que confirmam plena eficácia a normas constitucionais.

Em ações dessa natureza, como dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição Federal, “será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Como se pode notar, a decisão proferida não substitui o Poder Legislativo na edição da norma, mas apenas declara o estado de inconstitucionalidade e dá ciência ao órgão competente, normalmente estabelecendo um prazo razoável para a adoção das providências, como ocorreu na ADI por omissão 3.682, julgada em 09/05/2007 e que versava sobre a necessidade de edição de lei complementar para criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios:

“Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição (...)”.

A respeito da natureza da decisão na ADI por omissão, ensina Gilmar Mendes:

“O Supremo Tribunal Federal deixou assente, na decisão proferida no Mandado de Injunção n. 107, da relatoria do Ministro Moreira Alves, que a Corte deve limitar-se, nesses processos, a declarar a configuração da omissão inconstitucional, determinando, assim, que o legislador empreenda a colmatação da lacuna. Tal como a decisão proferida na ação direta por omissão, a decisão tem, para o legislador, caráter obrigatório. Ambos os instrumentos buscam a expedição de uma ordem judicial ao legislador, configurando o chamado *Anordnungsklagerecht* (“ação mandamental”) de que falava Goldschmidt. Assim, abstraídos os casos de construção jurisprudencial admissível de pronúncia de nulidade parcial que amplie o âmbito de aplicação da norma, deveria o Tribunal limitar-se, por razões de ordem jurídico-funcional, a constatar a declaração de inconstitucionalidade da omissão do legislador.

No mesmo sentido, afirmou a Corte Constitucional alemã, já no começo de sua judicatura, que não estava autorizada a proferir, fora do âmbito da regra geral, uma decisão para o caso concreto, ou de determinar qual norma geral haveria de ser editada pelo legislador. Também o Supremo Tribunal Federal deixou assente, na decisão proferida no Mandado de Injunção n. 107, que a Corte não está autorizada a expedir uma norma para o caso concreto ou a editar norma geral e abstrata, uma vez que tal conduta não se compatibiliza com os princípios constitucionais da democracia e da divisão de Poderes.”

O mandado de injunção, por outro lado, integra o elenco de direitos e garantias fundamentais e pode ser impetrado “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, inc. LXXI, da CF/88).

Para José Afonso da Silva, o mandado de injunção não é uma variante da ação direta por omissão, pois sua impetração não visa à edição de norma regulamentadora, mas sim a garantir a eficácia da norma constitucional no caso concreto:

“O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art.

103, § 29). É equivocada, portanto, *data venia*, a tese daqueles que acham que o julgamento do mandado de injunção visa a expedição da norma regulamentadora do dispositivo constitucional dependente de regulamentação, dando a esse remédio o mesmo objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão. Isso quer apenas dizer que o mandado de injunção não passaria de ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária, a dizer: como os titulares dessa ação (art. 103) se omitiram no seu exercício, então fica deferido a qualquer interessado o direito de utilizar o procedimento injuncional para obter aquilo que primeiramente ocorria àqueles titulares buscar. A tese é errônea e absurda, porque: **(1)** não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; **(2)** o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; **(3)** absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu a recorrer ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que poderia não vir, especialmente se ela dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constrangido a legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória de direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em seu favor, que, em sendo negada, o levaria outra vez ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia.”

Não obstante o STF tenha inicialmente discordado dessa orientação, em julgados posteriores de certa forma mitigou a limitação de que o mandado de injunção deveria apenas constatar a inconstitucionalidade da omissão e determinar que o legislador adotasse as providências necessárias. Como exemplo, temos o MI nº 670, que versava sobre a não regulamentação do direito de greve do servidor público.

Consignou-se no acórdão que “Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções ‘normativas’ para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva”. Nessa esteira, determinou-se a aplicação das Leis 7.701/1988 e 7.783/1989 nas situações que envolvessem o exercício do direito de greve por servidores públicos civis.

De qualquer modo, não se trata propriamente de um ato de substituição do Congresso Nacional pela elaboração de um marco normativo. A solução adotada consistiu apenas em garantir o direito com base em leis já existentes para disciplinar matéria semelhante.

Feita essa breve síntese, alertamos que dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema. Apenas Marco Aurélio Mello discordou.

Diante desta omissão, por 8 votos a 3, os ministros determinaram que a conduta que retrata homofobia e transfobia passe a ser punida pela Lei de Racismo (7.716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional".

Algumas observações importantes para o dia a dia dos órgãos atuantes no sistema de justiça criminal:

I – a criminalização, de acordo com a maioria, resulta de interpretação extensiva e conforme a CF/88, não havendo no caso analogia incriminadora;

II – a decisão, espécie de controle de constitucionalidade, de acordo com a doutrina constitucional, só vale a partir da publicação da ata do julgamento;

III – o STF modulou os seus efeitos, não alcançando fatos pretéritos;

IV – a discriminação por preconceito quanto à orientação sexual e identidade de gênero, como qualquer outro delito na Lei 7.716/89, é imprescritível e inafiançável (em que pese não ser hediondo ou equiparado);

V – discute-se se o crime em tela pressupõe ou não finalidade especial, sendo certo que o STF exclui do alcance do tipo a liberdade de crença. O Tribunal deixou claro que a repressão contra essas condutas não restringe o exercício de liberdade religiosa. Fiéis, pastores e líderes religiosos têm assegurado o direito de pregar suas convicções, desde que essas manifestações não se convertam em discursos de ódio, incitando hostilidade ou a violência contra a comunidade LGBT.

VI – a comunicação falsa de crime de preconceito quanto à orientação sexual e identidade de gênero configura denúncia caluniosa ou comunicação falsa de crime, a depender das circunstâncias do caso concreto.

VII – em que pese o STF ter discutido condutas que segreguem ou incentivam a segregação de homossexuais, transexuais ou travestis, acabou por criar campo fértil para que a injúria preconceito quanto à orientação sexual ou identidade de gênero se adeque não ao caput do art. 140, mas ao disposto no art. 140, §3º., do CP.

STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

DIREITO PROCESSUAL PENAL:

1- Tema: STJ - PROCEDIMENTO LEI DE DROGAS. Inobservância do rito procedimental que prevê a apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia. Nulidade relativa.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

De acordo com decisões reiteradas do STJ, a inobservância do rito procedimental que prevê a apresentação de defesa prévia antes do recebimento da denúncia gera nulidade relativa desde que demonstrados eventuais prejuízos suportados pela defesa.

No rito estabelecido pela Lei 11.343/06, o recebimento da denúncia é precedido da notificação para que o agente apresente sua defesa. É o que dispõe o art. 55:

“Art. 55. Oferecida a denúncia, o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.”

Na resposta, o denunciado deve suscitar todas as teses de interesse para sua defesa, inclusive matérias preliminares ao mérito, sob pena de, não o fazendo neste momento oportuno, operar-se a preclusão. As matérias podem ser as mais diversas, mas, em especial, deve-se atentar para o disposto no art. 397 do Código de Processo Penal, que dá ensejo à absolvição sumária, caso acolhida a respectiva alegação. Assim, nessa oportunidade devem ser agitadas causas de atipicidade, excludentes de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade. A juntada de documentos que interessem à defesa, bem como do rol das testemunhas (no máximo de cinco) também ocorre neste momento. Caso a defesa pretenda obter esclarecimentos do perito, acareações, reconhecimentos a serem produzidos em audiência, é este também o momento oportuno para que se requeiram essas provas.

Ocorre que nem sempre o rito estabelecido na Lei 11.343/06 é seguido. São inúmeras as situações em que se aplicam as disposições dos artigos 394 e seguintes do CPP, o que provoca primeiro o recebimento da denúncia para que somente em seguida se efetue a citação a fim de que a resposta à acusação seja apresentada (arts. 396 e 396-A). Com isso, inverte-se a ordem estabelecida na lei especial, que possibilita que a resposta obste a própria deflagração da ação penal.

Em razão dessa inversão, não são poucos os casos de inconformismo em que réus processados por tráfico e outros crimes relacionados na Lei 11.343/06 buscam a decretação de nulidade

por cerceamento de defesa. Tais pretensões, no entanto, não têm encontrado respaldo na jurisprudência.

Com efeito, o STJ firmou a tese de que não se atribui nulidade absoluta à inversão entre a notificação para a apresentação da defesa e o recebimento da denúncia:

“I – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a não observância do rito procedimental previsto na Lei de Drogas – ausência de notificação para apresentação de defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia, nos termos do art. 55 da Lei n. 11.343/2006 – gera nulidade relativa. Não demonstrado, com base em elementos concretos, eventuais prejuízos suportados pela não observância do mencionado rito, não se reconhece a nulidade.

II – Inviável o reconhecimento de nulidade pelo indeferimento do pedido de reabertura do prazo para o oferecimento de resposta à acusação, se foram dadas duas oportunidades para apresentação da referida peça preliminar de defesa, com a renovação de prazos, mas o advogado do recorrente os deixou transcorrer in albis.

III – Além disso, o defensor constituído continuou a se manifestar nos autos e compareceu aos demais atos processuais, tendo acompanhado o recorrente nas audiências e, inclusive, formulado indagações às testemunhas e aos corréus, manifestando-se por escrito em oportunidades distintas.

IV – Se foi oportunizado ao recorrente o direito de manifestar-se, na forma do art. 396-A do Código de Processo Penal, por mais de uma vez, no curso da instrução processual, e se as petições apresentadas pela Defesa foram interpretadas pelo Juízo de 1º grau como estratégia defensiva de postergar as teses de mérito para o final da instrução, não há qualquer nulidade a ser reconhecida.” (RHC 94.446/MS, j. 15/05/2018)

2- Tema: STF - É nulo interrogatório realizado durante busca e apreensão

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No julgamento das ADPF 395 e 444, o STF considerou, por maioria, procedentes as arguições para pronunciar a não recepção, pela ordem constitucional, da condução coercitiva para interrogatório, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal da autoridade e da invalidação das provas obtidas por meio do ato ilegal, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Em boletins anteriores, tivemos a oportunidade de comentar a decisão proferida e, posteriormente, quando da publicação do acórdão, algumas particularidades relativas ao alcance do que foi decidido.

Obviamente, os temas tratados não esgotam todas as possibilidades decorrentes da proibição da realização de interrogatórios através de medidas coercitivas. Recentemente, por meio da Reclamação 33.711, o STF foi provocado a decidir sobre a legalidade de um interrogatório realizado no mesmo momento em que se cumpria mandado de busca e apreensão.

Alegava-se na reclamação que a atuação da autoridade policial violou o direito à não autoincriminação – reconhecido pelo tribunal quando do julgamento das já mencionadas ações constitucionais –, pois interrogar o investigado em sua própria residência, no momento em que se executa mandado de busca e apreensão, equivale a promover o ato mediante condução coercitiva.

O ministro Gilmar Mendes – relator – afirmou que embora a autoridade tenha classificado o ato como “entrevista”, tratou-se de verdadeiro interrogatório, antes do qual não se assegurou ao agente o direito a prévia consulta a seu advogado e não houve ciência a respeito do direito ao silêncio nem ao direito de não produzir provas contra si mesmo:

“Observo, portanto, a violação às decisões proferidas nas ADPFs 395 e 444, na medida em que utilizada técnica de interrogatório forçado proibida a partir do julgamento das referidas ações. Há a evidente tentativa de contornar a proibição estabelecida pelo STF em favor dos direitos e garantias fundamentais das pessoas investigadas.”

Neste ponto, o voto foi seguido por unanimidade pelos demais membros da 2ª Turma, que divergiram apenas sobre outro pedido contido na reclamação, referente à declaração de invalidade da apreensão e de exame de um telefone celular, que, segundo se alegava, não estava inserido na ordem de apreensão. Para o relator, de fato não havia prévia decisão judicial que justificasse a necessidade e a proporcionalidade da medida, mas os demais ministros consideraram que a legalidade da medida decorria da ordem de busca e apreensão na residência do investigado, razão por que a diligência tinha amparo legal e constitucional.

DIREITO PENAL:

1-Tema: STJ – O tráfico de drogas é crime de ação múltipla, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O tráfico de drogas é crime de ação múltipla e a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, é suficiente para a consumação da infração, sendo prescindível a realização de atos de venda do entorpecente.

O tipo penal do tráfico de drogas é composto por dezoito ações nucleares: importar(trazer de fora), exportar (enviar para fora), remeter (expedir, mandar), preparar (por em condições adequadas para uso), produzir (dar origem, gerar), fabricar (produzir a partir de matérias primas, manufaturar), adquirir (negociar ou entrar na posse), vender(negociar em troca de valor), expor à venda (exibir para a venda), oferecer (tornar disponível), ter em depósito (posse protegida), transportar (levar, conduzir), trazer consigo (levar consigo, junto ao corpo), guardar (tomar conta, zelar para terceiro), prescrever (receitar), ministrar (aplicar), entregar (ceder) a consumo ou fornecer(abastecer) drogas, ainda que gratuitamente (amostra grátis).

Nota-se facilmente que estas ações podem se combinar num mesmo contexto fático sem que isso provoque concurso de crimes. O tráfico é crime de ação múltipla (ou de conteúdo variado), em que vários núcleos típicos praticados no mesmo cenário permitem a punição por crime único, cujo encadeamento de condutas influencia apenas na aplicação da pena-base (circunstâncias do crime).

É muito comum a prática de diversas condutas típicas em transações envolvendo determinada quantidade de drogas. Normalmente, o mesmo grupo importa, prepara, fabrica, transporta, vende, etc. As condutas são independentes e, obviamente, a punição pela prática de uma delas não pressupõe que outras também tenham sido praticadas. Caso comprovado, por exemplo, que um lote de cocaína estava sendo transportado para em seguida ser vendido, consuma-se o crime, independentemente de qualquer conduta relativa ao fim último do tráfico, que é o comércio. Da mesma forma, comprovada a transação para aquisição de droga que posteriormente seria revendida, consuma-se o tráfico ainda que não haja a entrega da substância por intervenção policial. São neste sentido os precedentes desta tese:

“A jurisprudência deste Tribunal Superior e do Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o delito de tráfico de drogas na modalidade adquirir consuma-se com a tratativa acerca da compra e venda do entorpecente, sendo desnecessária a efetiva entrega deste para restar percorrido todo iter criminis.” (REsp 1.561.485/MG, j. 14/11/2017)

“1. Tendo o réu conhecimento prévio e pleno domínio da conduta da corré, que tentou ingressar com droga em estabelecimento prisional, deve ser condenado pelo delito de tráfico de drogas. 2. É desnecessária, para a configuração do delito de tráfico, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final.” (AgRg no AREsp 483.235/BA, j. 25/9/2018)

“Do contexto dos fatos, não há falar em interferência ou indução dos policiais como agente infiltrado sem autorização judicial. Na verdade, quando os policiais tomaram conhecimento, através das mensagens do celular, que o paciente estava a caminho do flat para uma entrega, ele já estava na posse do entorpecente, tendo consumado o delito. Logo, é legítima a intervenção policial para fazer cessar a atividade criminosa quando constatada a prática do tráfico ilícito de entorpecentes.” (AgRg no HC 446.355/SP, j. 19/3/2019)

2-Tema: STJ – A condenação simultânea nos crimes de tráfico e associação para o tráfico afasta a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06.

COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

É tese consolidada no STJ que a condenação simultânea nos crimes de tráfico e associação para o tráfico afasta a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 por estar evidenciada dedicação a atividades criminosas ou participação em organização criminosa.

O crime de associação para o tráfico consiste na reunião de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, os crimes de tráfico de drogas (nas formas básica ou equiparada – art. 33, caput e § 1º) ou de tráfico de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas (art. 34).

Como ensina a doutrina – corroborada pela jurisprudência –, não se trata de um simples concurso de agentes para a prática do tráfico, mas de uma associação com ânimo estável e permanente para cometer o crime de tráfico, ainda que não reiteradamente. É pressuposta, portanto, certa dedicação daqueles que compõem o grupo criminoso, pois a colaboração eventual desfigura o tipo.

A consumação do crime de associação para o tráfico ocorre independentemente do efetivo cometimento do crime visado, que, caso venha a ocorrer, é imputado em concurso.

O tráfico de drogas, por sua vez, contém uma causa de diminuição de pena para as situações em que o agente é primário, com bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa.

No caso da imputação em concurso, não são poucos os que buscam ainda assim a incidência da diminuição de pena sob o argumento de que a associação para o tráfico não é por si uma prova de dedicação a atividades criminosas. Além disso, é comum o argumento de que embora tenha havido a prática da associação para o tráfico, o agente cumpre os demais requisitos estabelecidos no § 4º do art. 33 (primariedade, bons antecedentes e não caracterização de organização criminosa).

Estes argumentos não convencem porque, como já destacamos nos comentários à tese 17 da Edição I, os requisitos do tráfico privilegiado são cumulativos. Se, no caso da associação para o tráfico, concluirmos que há de fato dedicação a atividades criminosas, obsta-se o benefício. E não há mesmo possibilidade de desconsiderar essa dedicação para a formação da associação para o tráfico, que, como vimos, pressupõe estabilidade e permanência, cuja existência só se concebe se houver empenho e dedicação para a manutenção da *societas criminis*, que de resto é um crime permanente:

“3. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias para não aplicar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas ao caso concreto, em razão da dedicação dos pacientes à atividade criminosa, evidenciada sobretudo pela quantidade de drogas apreendida – 61kg de maconha –, alidada às circunstâncias do delito, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Ademais, acolher a tese de que os pacientes não se dedicam à atividade criminosa, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

4. “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa (AgRg no AREsp n. 1035945/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018). Assim, mantido o decreto condenatório pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas” AgRg no AREsp 1293358/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/5/2019) - HC 511.370/RJ, j. 4/6/2019.