

**MPSP** | Ministério Público  
DO ESTADO DE SÃO PAULO

# CAO-CRIM

BOLETIM CRIMINAL  
COMENTADO

Nºs 54 a 100

Volume II

## 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

### **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

No ano de 2018, o Centro de Apoio Operacional Criminal, na gestão do então Procurador-Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Poggio Smanio, e do então Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais Institucionais, Dr. Mário Luiz Sarrubbo, ganhou nova gestão. A equipe passou a ser formada por seu Coordenador, Arthur Pinto de Lemos Júnior, e de uma brilhante equipe de Assessores: Fernanda Narezi, Marcelo Sorrentino Neira, Ricardo Silveiras, Rogério Sanches Cunha e Paulo de Palma (este último, descentralizado).

A primeira missão estabelecida pelo CAOCRIM foi a reunião de temas e assuntos institucionais para serem publicados num Boletim Semanal. O desafio não foi pequeno pela necessidade de divulgar nossos entendimentos e teses, muitas vezes com grande polêmica e ainda sem pacificação no mundo jurídico. O objetivo sempre foi, ainda, de manter os colegas atualizados com as novas leis, decisões dos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores.

A missão vem sendo cumprida com bastante êxito. Já foram publicados mais de 100 (cem) Boletins Semanais.

O mérito deve ser atribuído a todos promotores de justiça e procuradores de justiça criminais do Estado que colaboram com o nosso Boletim Semanal, pois enviam material, sentenças, pareceres, acórdãos, etc. Essa integração dos colegas com o Centro de Apoio Criminal é evidência de que o MPSP trabalha unido em prol de suas teses e, sobretudo, em busca da plenitude do interesse público.

Cada Boletim Semanal do CAOCRIM está hoje dividido em quatro partes.

Na parte inaugural, o colega encontrará estudos do Centro de Apoio, normalmente fomentados por consultas dos promotores e procuradores de Justiça. Não faz sentido a consulta ficar restrita ao órgão que buscou a solução. As soluções, normalmente extraídas a quatro, seis ou oito mãos, são difundidas para toda a classe. Essa é a missão do primeiro capítulo do boletim. Ainda nesse capítulo temos as leis novas, estudadas e logo publicadas no Boletim, contendo as primeiras impressões dos assessores com o fim de orientar a atividade-fim.

Na segunda parte, o Centro de Apoio divulga jurisprudências que mais interessam ao dia a dia do promotor e procurador de Justiça criminais. Aliás, não apenas divulga, mas as comenta, não raras vezes de forma crítica, sugerindo ações e estratégias para se buscar a necessária reversão junto ao STF e STJ. Neste capítulo o leitor conhece, também, divergências entre as Câmaras do TJ/SP ou entre o TJ/SP e os Tribunais Superiores.

Na terceira, são divulgadas as notícias de interesse institucional.

Mais recentemente criamos uma quarta e última parte, na qual divulgamos as decisões do Setor do Artigo 28 e Conflito de Atribuições, bem como teses e recursos do Setor de Recursos Especiais e Extraordinários. Nesses Setores atuam colegas com grande experiência e que também veiculam em suas manifestações as nossas teses institucionais.

Coroamos esse trabalho com a unificação dos Boletins Semanais do CAOCRIM neste Segundo Volume do e-book da Associação Paulista do Ministério Público, que nos brinda com esta bonita edição.

A APMP participa de vários projetos importantes da instituição e, assim, não poderia deixar de se envolver em mais este.

Muito obrigado a todos pelo prestígio.

São Paulo, 23 de setembro de 2020.

**ARTHUR PINTO DE LEMOS JÚNIOR**  
Promotor de Justiça Criminal  
Secretário Especial de Políticas Criminais

**MÁRIO LUIZ SARRUBBO**  
Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

**PAULO PENTEADO TEIXEIRA JÚNIOR**  
Presidente da Associação Paulista do Ministério Público



## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 054 - JUNHO 2019

<b>AVISO:</b> estatística sobre acordo de não persecução penal .....	32
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	32
1 - Tema: Enunciados CAO CRIM - Execução Criminal .....	32
2 - Tema: Superior Tribunal de Justiça (STJ) publica nova súmula sobre a folha de registro de antecedentes criminais como prova da reincidência .....	32
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	33
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	33
1 - Tema: Governador. Mandatos sucessivos. Prerrogativa de foro. Interpretação restritiva. Art. 105, I, "a", da CF/1988. Contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública. Imprescindibilidade. Incompetência do STJ ....	33
2 - Tema: Art. 40 do CPP. Remessa de cópias e documentos. Desnecessidade. Ministério Público. Custos legis. Acesso aos autos .....	36
<b>DIREITO PENAL</b> .....	37
1 - Tema: Não é possível desclassificar crime de estupro de menor de 14 anos para importunação sexual .....	37
2 - Tema: Crime de uso de documento falso - Crime Formal .....	40
<b>STF/STJ: Notícias de interesse institucional</b> .....	42

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 055 - JULHO 2019

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	44
1 - Tema: O CAO CRIM disponibiliza Nota Técnica elaborada pelo MP-RS que analisou os Decretos Regulamentares da Lei 10.826/2003	3
2- Tema: Não aplicação do disposto no art. 600, par. 4º, do CPP, em prol da Defensoria Pública, nos casos em que a prescrição estiver próxima .....	44
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	45
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	45
1 - Tema: Quebra de sigilo de dados armazenados .....	45
2 - Tema: Teoria da Cegueira Deliberada .....	47

<b>DIREITO PENAL</b> .....	50
1 - Tema: Homicídio na direção de veículo Automotor- Dolo eventual .....	50
<b>STF/STJ: Notícias de interesse institucional</b> .....	52
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 056 - JULHO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	55
1 - Tema: STJ. Nomeação de defensor dativo e existência de Defensoria Pública na Comarca. Nulidade inexistente. Mudança de entendimento da Corte .....	55
2 - Tema: CAO CRIM publica Aviso sobre o rito da Lei de Drogas .....	56
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	56
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	56
1 - Tema: Art 273, § 1º-B, do Código Penal e aplicação analógica da minorante do tráfico privilegiado .....	56
<b>DIREITO PENAL</b> .....	59
1 - Tema: Art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013. Impedir ou embaraçar a investigação de organização criminosa. Inquérito policial e ação penal. Abrangência .....	59
2 - Tema: Furto qualificado e princípio da insignificância .....	61
<b>STF/STJ: Notícias de interesse institucional</b> .....	62
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 057 - JULHO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	65
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	70
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	70
1 - Tema: Presidente do STF determina suspensão nacional de processos sobre compartilhamento de dados fiscais sem autorização judicial .....	74
2 - Tema: Produção antecipada de provas .....	74
3 - Tema: Execução Penal - Nova Condenação e Unificação de penas .....	75

<b>DIREITO PENAL</b> .....	77
1 - Tema: Roubo com emprego de arma de fogo- Desnecessidade da apreensão da arma .....	77
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 058 - JULHO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	79
1 - Tema: Competência para o processo e julgamento do crime de falsificação de documento público emitido por órgão federal .....	79
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	83
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	83
1 - Tema: Atos infracionais como justificativa para manutenção de prisão preventiva .....	83
2 - Tema: Execução Penal - Falta grave pelo preso provisório .....	85
<b>DIREITO PENAL</b> .....	87
1 - Tema: Corrupção passiva e causa de aumento de pena - art. 317, § 1º, do CP .....	87
2 - Tema: Crime doloso contra a vida - Concurso material de crimes - inaplicabilidade do crime continuado .....	88
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 059 - AGOSTO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	92
1 - Tema: Cláusula “rebus sic stantibus” na execução penal .....	92
2 - Acordo de não-persecução penal e os crimes funcionais .....	93
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	95
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	95
1 - Tema: Suspensão condicional do processo na visão do STJ .....	95
<b>DIREITO PENAL</b> .....	100
1 - Tema: Crimes de trânsito na visão do STJ .....	100
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 060 - AGOSTO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	109

1 - Tema: O quesito genérico de absolvição no júri e o recurso do Ministério Público .....	109
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>113</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>113</b>
1 - Tema: Revista pessoal. Exclusividade das autoridades judiciais, policiais ou seus agentes .....	113
2 - Tema: Suspensão condicional do processo e descumprimento das condições impostas ..	116
3 - Tema: Ministro anula condenação baseada apenas em reconhecimento fotográfico do acusado na fase de inquérito .....	117
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>120</b>
1 - Tema: Jurisprudência em Teses trata sobre crimes contra a honra .....	120
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 061 - AGOSTO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>122</b>
1 - Tema: Mandado de Segurança interposto contra a decisão de primeiro grau, que indefere pedido cautelar de interceptação telefônica, tendo como um dos fundamentos a subsidiariedade do Ministério Público na condução direta de investigações, em detrimento à Polícia Civil .....	122
2 - Tema: Breve análise das teses fixadas no acórdão da ADI 3.150 e suas implicações .....	122
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>125</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>125</b>
1 - Tema: STJ: Investigação deflagrada com base em notitia criminis de cognição imediata. Notícia veiculada em imprensa. Reportagem jornalística. Possibilidade .....	125
2 - Tema: STJ: Não há interesse recursal do MP para inserção de expressões específicas sobre qualificadoras reconhecidas na pronúncia .....	126
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>130</b>
1 - Tema: Prescrição. Réu que completou 70 anos depois da sentença condenatória. Acórdão condenatório que interrompe o prazo prescricional. Art. 115 do Código Penal. Inaplicabilidade .....	130
2 - Tema: Roubo majorado em concurso formal - Lesão a patrimônios distintos - Vítimas diversas .....	131
3 - Tema: STF afasta aplicação de causa de aumento da pena revogada pela Lei de Crimes Sexuais .....	133

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 062 - AGOSTO 2019**

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	139
1 - Tema: Execução provisória da pena .....	139
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	142
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	142
1 - Tema: Execução Penal - Falta grave cometida em regime fechado e reinício da contagem do prazo para a progressão de regime .....	142
2 - Tema: Homicídio praticado por policial militar contra civil – competência para apreciação do pedido de arquivamento do IP .....	142
<b>DIREITO PENAL</b> .....	146
1 - Tema: STJ - LEI DE DROGAS - jurisprudência em teses .....	146
2 - Tema: Medida de segurança - Crime apenado com reclusão - Internação .....	146
3 - Tema: Indeferimento do indulto no tráfico de drogas .....	147

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 063 - AGOSTO 2019**

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	150
1 - Tema: Congresso Nacional derruba veto e restaura o crime de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral .....	150
2 - Tema: Portaria nº 1.222 de 12 de agosto de 2019 - Dispõe sobre parâmetros de aferição e listagem de calibres nominais de armas de fogo e das munições de uso permitido e restrito e dá outras providências .....	152
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	153
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	153
1 - Tema: Ordem das alegações finais no caso de colaboração premiada. 2ª Turma reconhece cerceamento de defesa e anula condenação de ex-presidente da Petrobras .....	153
2 - Tema: Arquivamento de inquérito policial de ofício pelo juiz. Inadmissibilidade .....	155
<b>DIREITO PENAL</b> .....	157
1 - Tema: Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Súmula 438 STJ .....	157
2 - Tema: Crime de violação de direitos autorais - Não aplicação do princípio da adequação social .....	158

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 064 - SETEMBRO 2019

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	162
1 - Tema: Conceito de documento para fins penais .....	162
2 - Tema: Detração e medidas cautelares diversas da prisão preventiva .....	163
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	165
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	165
1 - Tema: Fundamentação não pode se limitar à transcrição de outra peça, reafirma Terceira Seção do STJ .....	165
2 - Tema: Súmula Vinculante 14 e não comprovação de restrição de acesso aos elementos de prova .....	168
<b>DIREITO PENAL</b> .....	170
1 - Tema: Lavagem de dinheiro, infração penal antecedente e a Súmula 711 do STF .....	170
2 - Tema: Fraude ao certame licitatório - Art. 90 da Lei n. 8.666/1993 - Natureza jurídico do crime .....	171

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 065 - SETEMBRO 2019

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	175
1 - Tema: Incidência do art.40, III, da Lei de Drogas. Elevação de pena e aplicação de regime fechado .....	175
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	177
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	177
1 - Tema: Para Terceira Seção do STJ, estelionato por meio de aplicativo deve ser julgado onde o dinheiro foi recebido .....	177
2 - Tema: Magistrados e membros do Ministério Público - Impedimento e suspeição - Interpretação dos arts 252, 253 e 258, do Código de Processo Penal .....	180
<b>DIREITO PENAL</b> .....	181
1 - Tema: Sexta Turma decide que assédio sexual pode ser caracterizado entre professor e aluno .....	181
2 - Tema: Crime de latrocínio: consumação e tentativa .....	184

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 066 - SETEMBRO 2019**

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	187
1 - Tema: Lei 13.871/19: Impõe ao agressor a obrigação de ressarcir os custos de serviços de saúde e dispositivos de segurança nos casos de violência contra a mulher .....	187
2 - Tema: Duplicada simulada - Art 172 CP - Competência .....	190
3 - Tema: Execução Criminal – Enunciados do CAOCRIM .....	192

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 067 - SETEMBRO 2019**

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	200
1 - Tema: Lei 13.654/18 e a alteração da pena pelo Juízo de Execução .....	200
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	202
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	202
1 - Tema: Medida protetiva. Art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2016 (Lei Maria da Penha). Manutenção do vínculo trabalhista. Afastamento do local de trabalho. Vara especializada em violência doméstica e familiar. Competência .....	202
2 - Tema: Medida cautelar de suspensão de atividade econômica pode atingir pessoa jurídica .....	205
<b>DIREITO PENAL</b> .....	208
1 - Tema: Art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Crime formal. Crime Comum. Crime de subjetividade passiva própria. Tipo misto alternativo .....	208

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 068 - OUTUBRO 2019**

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	213
1 - Tema: Financiamento fraudulento junto à instituição financeira - Competência .....	213
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	217
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	217
1 - Tema: Prisão preventiva de mãe de criança. Possibilidade, de acordo com o caso concreto .....	217
2 - Tema: STJ - É nula a prova obtida a partir de ligação telefônica em que policial se faz passar por suspeito abordado .....	220

3 - Tema: Benefício da saída temporária é compatível com prisão domiciliar por falta de vagas em semiaberto .....	222
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>224</b>
1 - Tema: 1ª Turma do STF mantém condenação de adulto por beijo lascivo em criança .....	224
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 069 - OUTUBRO 2019</b>	
<b>NOTÍCIAS .....</b>	<b>230</b>
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>230</b>
1 - Tema: LEI 13.880, de 8 de outubro de 2019 .....	230
2 - Tema: LEI 13.882, de 8 de outubro de 2019 .....	231
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>234</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>234</b>
1 - Tema: Revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP. Ausência de indicação do dispositivo violado. Violação do sistema processual. Possibilidade .....	234
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>236</b>
1 - Tema: Jurisprudência em Teses do STJ trata de crimes da Lei de Licitações .....	236
2 - Tema: Restabelecida perda de cargo público a policial condenado por tortura .....	236
3 - Tema: STJ - Adulteração da placa de semirreboque é conduta atípica .....	238
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 070 - OUTUBRO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>242</b>
1 - Tema: ENUNCIADOS DO CAOCrim E SETOR DO ARTIGO 28 DO CPP (CONFLITOS CRIMINAIS) ...	242
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>245</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>245</b>
1 - Tema: Violência doméstica. Lesão corporal leve. Representação. Retratação no cartório da Vara. Irrelevância. Art. 16 da Lei n. 11.340/2006. Audiência específica. Necessidade .....	245
2 - Tema: Falta de perícia em área com vestígios de degradação leva à absolvição de acusado de crime ambiental .....	246



<b>DIREITO PENAL</b> .....	248
1 - Tema: Roubo e extorsão - Concurso Material - Exigência da entrega de cartões bancários com as senhas e apoderamento de demais bens .....	248
2 - Tema: Para Sexta Turma do STJ, prazo de prescrição não é suspenso durante o cumprimento de transação penal .....	248
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 071 - OUTUBRO 2019</b>	
<b>AVISOS</b> .....	254
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	254
1 - Tema: Art. 28 da Lei de Drogas e a “pena” de multa .....	254
2 - Tema: Inovação legislativa - Lei nº 13.886, de 17.10.2019 .....	256
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	256
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	256
1 - Tema: Lavagem de dinheiro. Denúncia. Condutas praticadas antes da Lei n. 12.683/2012. Crime antecedente. Descrição exaustiva e pormenorizada. Desnecessidade. Lastro probatório mínimo. Aptidão .....	256
2 - Tema: Habeas Corpus. Prejudicado. Superveniência de acordo de transação penal .....	260
3 - Tema: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Dano moral in re ipsa. Valor mínimo para a reparação civil. Art. 387, IV, do CPP. Posterior reconciliação. Irrelevância. Execução do título. Opção da vítima .....	260
<b>DIREITO PENAL</b> .....	263
1 - Tema: Associação para o tráfico - Livramento condicional .....	263
2 - Tema: Crime de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. Art. 359-C do Código Penal. Delito próprio. Sujeito ativo. Agente público titular de mandato ou legislatura .....	264
3 - Tema: Art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Delito considerado hediondo. Lei n. 8.072/1990 alterada pela Lei n. 13.497/2017. Alteração legislativa que abrange o caput e o parágrafo único .....	265
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 072 - OUTUBRO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	270
1 - Lei 13.894/19: Altera a Lei Maria da Penha para dispor sobre assistência judiciária para divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável .....	270

2 - Tema: Apresentação tardia do rol de testemunhas .....	271
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>274</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>274</b>
1 - Tema: TESES DO STJ sobre prisão preventiva .....	274
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>288</b>
1 - Tema: Art. 68 da Lei de Crimes Ambientais e inaplicabilidade do princípio da insignificância ..	288
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 073 - NOVEMBRO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>292</b>
1 - Tema: ADCs 43, 44 e 54. Impossibilidade de execução antecipada da pena. Resumo da decisão e orientação do CAOCRIM .....	292
2 - Tema: Atuação do mesmo representante do Ministério Público em instâncias distintas. Consequências .....	298
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>300</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>300</b>
1 - Tema: Sexta Turma considera ilegal busca e apreensão coletiva .....	300
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>305</b>
1 - Tema: Retratação no crime de falso testemunho. Condições .....	305
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 074 - NOVEMBRO 2019</b>	
<b>AVISO .....</b>	<b>307</b>
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>307</b>
1 - Tema: Enunciados CAO CRIM - Lei de Abuso de autoridade - (LEI 13.869/2019) .....	307
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>314</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>314</b>
1 - Tema: Crime do art 24 - A da Lei Maria da Penha - Competência .....	314

<b>DIREITO PENAL</b> .....	316
1 - Tema: STJ repudia tese de legítima defesa da honra em caso de feminicídio .....	316
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 075 - NOVEMBRO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	320
1 - Tema: Acórdão TJSP - Art 157, § 2º, inciso V, artigo 158, e artigo 213, caput, na forma do artigo 69, todos do Código Penal .....	320
2 - Tema: Acordo de não persecução penal e a bem-sucedida experiência na comarca de Dracena .....	322
3 - Tema: Associações habitacionais - aspectos criminais .....	323
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	326
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	326
1 - Tema: Revista íntima. Denúncia anônima. Fundamento exclusivo. Impossibilidade. Ilícitude das provas obtidas .....	326
2 - Tema: Compete à Justiça Federal julgar crime contra a vida em desfavor de policiais militares, consumado ou tentado, praticado no contexto de crime de roubo armado contra órgãos, autarquias ou empresas públicas da União .....	328
3 - Tema: Lei de Drogas. Interrogatório realizado no início da instrução penal. Nulidade .....	329
<b>DIREITO PENAL</b> .....	331
1 - Tema: Tráfico de drogas. Crime praticado em presídio por meio de telefone. Art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Majorante. Incidência .....	331
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 076 - NOVEMBRO 2019</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	333
1 - Tema: TJSP - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2103746-20.2018.8.26.0000 - Execução Penal - Natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena .....	333
2 - Tema: Tabela - Competência de foro por prerrogativa de função .....	334
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	337
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	337
1 - Tema: STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público (resumo dos votos dos ministros) .....	337

- 2 - Tema: Ação penal de competência do Júri. Estatuto do índio. Estudo antropológico. Relevância. Compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados. Momento oportuno. Sentença de pronúncia ..... 340

**DIREITO PENAL ..... 343**

- 1 - Tema: Terceira Seção do STJ aprova súmula sobre transferência e permanência de detentos em presídios federais ..... 343
- 2 - Tema: Cumprimento da penal privativa de liberdade e inadimplemento da pena de multa .... 344

**BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 077 - DEZEMBRO 2019**

**ESTUDOS DO CAOCRIM ..... 347**

- 1 - Tema: Estatuto do Desarmamento - A evolução dos decretos regulamentadores e o conflito de leis penais no tempo ..... 347
- 2 - Tema: Foro por prerrogativa de função em crimes comuns cometidos por membros do Ministério Público e da Magistratura ..... 359
- 3 - Tema: STF fixa tese de repercussão geral para autorizar compartilhamento de dados bancários e fiscais sem autorização judicial ..... 364

**BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 078 - DEZEMBRO 2019**

**PRESTAÇÃO DE CONTAS ..... 368**

**STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim ..... 370**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL ..... 370**

- 1 - Tema: Para a 1ª Turma do STF, compete à Justiça Estadual julgar crime de homicídio praticado por policial no deslocamento ao trabalho ..... 370
- 2 - Tema: 1ª Turma do STF decide que não cabe ao Judiciário rever decisão de arquivamento do procurador-geral ..... 372
- 3 - Tema: Execução Penal - Indulto e comutação de pena nas decisões do STJ ..... 373

**DIREITO PENAL ..... 374**

- 1 - Tema: 1ª Turma do STF reconhece que acórdão condenatório que confirma sentença interrompe prazo da prescrição ..... 374
- 2 - Tema: Perda do cargo como efeito da condenação só pode atingir aquele ocupado na época do crime ..... 376

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 079 - FEVEREIRO 2020

<b>AVISO</b> .....	380
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	380
Confirmação de sentença condenatória e a sua força interruptiva da prescrição .....	380
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	383
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	383
1 - Tema: Execução penal. Reincidência. Ausência de reconhecimento pelo juízo sentenciante. Proclamação pelo juízo da execução. Possibilidade. Reformatio in pejus. Inexistência ....	383
2 - Tema: Aplicação do novo entendimento do STF, caso a caso, pode afastar execução provisória da pena .....	387
<b>DIREITO PENAL</b> .....	390
1 - Tema: Posse de drogas para consumo pessoal. Art. 28, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Reincidência específica. Revisão do entendimento da Sexta Turma .....	390
2 - Tema: Reincidência habitual impede aplicação do princípio da insignificância em caso de furto .....	392
3 - Tema: Pesquisa Pronta - STJ .....	394

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 080 - FEVEREIRO 2020

<b>AVISO</b> .....	396
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	396
1 - Tema: Máquina caça níquel como objeto material de crime patrimonial .....	396
2 - Tema: Representação no crime de estelionato .....	397
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	399
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	399
1 - Tema: Súmula Vinculante 14 e direito à intimidade de corréu .....	399
<b>DIREITO PENAL</b> .....	401
1 - Tema: STJ - Reincidência habitual impede a incidência do princípio da insignificância .....	401
2 - Tema: Lei 8.137/1990, art. 2º, II e não recolhimento de ICMS declarado e tipicidade .....	403
3 - Tema: Suspensão de CNH de motorista profissional condenado por homicídio culposo por acidente de trânsito é constitucional .....	410

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 081 - MARÇO 2020

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	415
1 - Tema: Crimes tributários e princípio da insignificância a tributos que não sejam da competência da União .....	415
2 - Modelos do CAO CRIM .....	417
2.1 - Modelo atualizado da execução da pena de multa e fluxograma .....	417
2.2 - Modelo do recurso contra decisão que suspende o processo para colher a “representação da vítima” do crime de estelionato .....	417
2.3 - Modelo de cota de oferecimento da denúncia para o caso de ANPP não celebrado na fase policial por falta de advogado/defensor público, aplicando-se o art. 79 da Lei 9.099/95, por analogia .....	417
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	418
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	418
1 - Tema: Estelionato. Depósito em favor de conta bancária de terceiro. Competência. Divergência na Terceira Seção. Juízo do local da agência beneficiária do depósito. Competente .....	418
2 - Tema: Mandado de prisão preventiva. Cumprimento em unidade jurisdicional diversa. Audiência de custódia. Realização por meio de videoconferência pelo juízo ordenador da prisão. Não cabimento. Ausência de previsão legal .....	421
3 - Tema: É ilegal a punição por falta grave se não comprovada a responsabilidade individual do condenado .....	422
<b>DIREITO PENAL</b> .....	425
1 - Tema: Sexta Turma do STJ admite qualificadora de meio cruel em pronúncia por homicídio de trânsito com dolo eventual .....	425

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 082 - MARÇO 2020

<b>AVISO</b> .....	429
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	430
1 - Tema: Estupro virtual de vulnerável .....	430
2 - Tema: Denúncia caluniosa e autodefesa .....	437
3 - Tema: Recurso contra a suspensão dos processos pelo art. 28 da Lei de Drogas no Colégio Recursal do JECRIM .....	439
4 - Execução da multa, Lei 13.964/19 e o início/course do prazo prescricional .....	440

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 083 - MARÇO 2020

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	443
1 - Tema: Lei 13.964/19, o confisco alargado e a sua aplicação a fatos pretéritos .....	443
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	446
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	446
1 - Tema: Aprovado no ENEM não precisa comprovar a frequência escolar para obter remissão de pena .....	446
2 - Tema: 1ª Turma determina realização de novo Júri diante de absolvição de réu contra provas dos autos .....	448
3 - Tema: Prisão preventiva, revisão periódica e o Pacote Anticrime .....	452
<b>DIREITO PENAL</b> .....	456
1 - Temas variados de Direito penal – Pesquisa Pronta no STJ .....	456

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 084 - MARÇO 2020

1 - CORONAVÍRUS: informações gerais aos órgãos de execução .....	459
2 - Aumento abusivo de preços em situação de calamidade .....	462
3 - Estado de calamidade e agravante de pena (art. 61, II, “j”, CP) .....	464
4 - Crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do CP) .....	465
5 - Fabricação falsa de álcool gel: tipificação penal .....	466
6 - Subtração de máscaras e álcool gel de hospitais: tipificação penal .....	467
7 - Pedido de prisão domiciliar para preso como forma de prevenção do CORONAVÍRUS – modelo de manifestação contrária do MP .....	468

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 085 - MARÇO 2020

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM, AVISOS E NOTÍCIAS</b> .....	472
1. Tema: Criação e veiculação de fake news – implicações criminais .....	472
2. Tema: Análise sobre as revogações de prisões preventivas e progressões de regimes no cumprimento de penas no contexto da COVID 19 .....	474
3. Modelos de cautelares inominadas para dar efeito suspensivo ao RESE .....	477
4. Modelo de denúncia (art. 268 do CP) .....	478
5. Notícia: Ações do CYBER GAECO para combater fake news sobre coronavírus .....	478

6. RECOMENDAÇÃO DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS HUMANOS PARA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA (cuidados sanitários com a população carcerária) .....	479
7. Habeas corpus: indeferimento de liminar em pedido de liberdade com fundamento na pandemia .....	485
8. Medidas Assecuratórias de proibição de reunião e carreata .....	485

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 086 - ABRIL 2020**

<b>MENSAGEM DA EQUIPE DO CAO-Crim</b> .....	487
---	-----

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	491
---------------------------------	-----

1 - Modelo de inicial da pena de multa .....	491
2 - Passo a passo – Peticionamento eletrônico da Execução da multa e do ANPP .....	491
3 - Modelo de manifestação sobre o pedido de revogação da prisão preventiva em razão da pandemia .....	491
4 - Modelo de Portaria - PAA Coronavirus - unidades prisionais .....	491
5 - Recomendação ao Governo do Estado de São Paulo elaborada pela Promotoria de Justiça de Direitos Humanos – Saúde Pública .....	491

<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	492
---	-----

<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	492
---------------------------------------	-----

1 - Tema: Tráfico de drogas. Flagrante. Violação de domicílio. Tema 280/STF. Denúncia anônima. Fuga isolada do suspeito. Ausência de justa causa. Nulidade de provas .....	492
2 - Tema: Atraso na instrução em razão de férias da testemunha pode caracterizar excesso de prazo na prisão preventiva .....	495
3 - Tema: Possibilidade de o juízo da execução proclamar a reincidência .....	497

<b>DIREITO PENAL</b> .....	498
----------------------------	-----

1 - Tema: Art. 241-A da Lei n. 8.069/1990. Grande interesse por material pornográfico. Exasperação da pena-base. Conduta social ou personalidade. Inviabilidade .....	498
---	-----

### **BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 087 - ABRIL 2020**

<b>AVISO</b> .....	502
--------------------	-----

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	502
---------------------------------	-----

1 - Tema: Execução da Pena de Multa .....	502
---	-----



2 - Tema: ANPP após a sentença condenatória. Tese de não cabimento .....	504
3 - Tema: Lei 13.984/20. Novas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor .....	509
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>510</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>510</b>
1 - Tema: Condenado a regime semiaberto não pode ser mantido preso para recorrer .....	510
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>512</b>
1 - Tema: Arts. 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/1990. Consunção automática. Inocorrência. Necessidade de análise das peculiaridades de cada caso .....	512
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 088 - ABRIL 2020</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>516</b>
Tema: Natureza jurídica do crime de poluição qualificada .....	516
1 - Tema: Modelo de Agravo do colega Jerônimo Crepaldi Júnior, interposto em face de decisão que declarou extinta a punibilidade do sentenciado em razão do cumprimento integral da PPL, entendendo inexecutável a multa, em virtude do valor baixo .....	518
2 - Tema: Conflito negativo de atribuição. Divergência sobre a atribuição para promover a execução da multa criminal em face de sentenciada presa definitivamente .....	518
3 - Errata do CAO-CRIM sobre o Peticionamento de Execução de Multa no E-SAJ .....	519
4 - Considerações sobre a Certidão de Sentença para Execução da Pena de Multa .....	519
5 - Necessidade de pagamento da multa para progressão de regime - entendimento atual do Supremo Tribunal Federal no “Ag.Reg. na progressão de regime da execução nº 12-DF” .....	519
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>521</b>
1 - Tema: Homicídio envolvendo policiais militares de diferentes unidades da federação. Policiais fora de serviço ou da função. Discussão iniciada no trânsito. Contexto fático que não se amolda ao disposto no art. 9º, II, a, e III, d, do CPM. Competência da Justiça comum .....	521
2 - Tema: Criptomoeda. Oferta pública de contrato de investimento coletivo. Incidência dos crimes tipificados na Lei n. 7.492/1986. Competência da Justiça Federal .....	524
3 - Tema: Deferimento de desbloqueio de bens e valores. Decisão definitiva. Mandado de segurança. Inadmissibilidade. Decisão passível de recurso de apelação .....	527
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>529</b>
1 - Tema: Crime de responsabilidade dos prefeitos. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Funcionário fantasma. Pagamento de remuneração. Serviços não prestados. Atipicidade da conduta .....	529

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 089 - ABRIL 2020

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	532
1 - Tema: Parecer elaborado pelo Dr Lauro Luiz Gomes Ribeiro - Progressão ao regime semiaberto e falta de comprovação do pagamento da multa .....	532
2 - Tema: NOVOS ESCLARECIMENTOS DO CAOCRIM SOBRE A EXECUÇÃO DA MULTA .....	532
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	534
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	534
1 - Tema: Tribunal do Júri. Pedido de desaforamento. Art. 427 do CPP. Divulgação dos fatos e opinião da mídia. Mera presunção de parcialidade dos jurados. Insuficiência .....	534
2 - Tema: Suspensão condicional do processo. Prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Analogia com a prática de contravenção penal. Causa facultativa de revogação do benefício. Aplicação do artigo 89, § 4º, da Lei n 9.099/1995. Proporcionalidade .....	536
<b>DIREITO PENAL</b> .....	538
1 - Tema: Crime de dispensa ilegal de licitação exige prova de dolo e de dano ao erário .....	538
2 - Tema: Juiz pode escolher tratamento ambulatorial para inimputável acusado de fato punível com reclusão .....	541
3 - Tema: Crime contra ordem tributária. Tributos estaduais ou municipais. Causa de aumento. Art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990. Caracterização de grave dano à coletividade. Equivalência a créditos prioritários ou grandes devedores .....	544

## BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 090 - MAIO 2020

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	550
1 - Tema: Execução penal provisória no Tribunal do Júri (artigo escrito pelo Procurador-Geral de Justiça em coautoria com dois PGJs) .....	550
2 - Tema: Ações e estratégias adotadas no MPSP em razão do Covid19 .....	560
3 - Tema: Sentenciados em meio aberto - Recom n.º 62/20 CNJ e Ofício n.º 559 DMF-CNJ ...	562
4 - Tema: Execução da multa. Esclarecendo as dúvidas mais frequentes da semana .....	562
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	565
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	565
1 - Tema: Decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe prazo da prescrição .....	565

<b>DIREITO PENAL</b> .....	568
1 - Tema: Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Perda do controle do carro. Atropelamento na calçada. Causa especial de aumento de pena. Art. 302, § 1º, II, da Lei n. 9.503/1997 .....	568
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 091 - MAIO 2020</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	571
1 - Tema: RECURSO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE OU REVOGA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. MAIS RECENTE ENUNCIADO DO CAOCRIM .....	571
2 - Tema: TEMAS DE EXECUÇÃO DA MULTA .....	572
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	574
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	574
1 - Tema: COVID-19 – Indeferidos pedidos de habeas corpus para colocar presos idosos de SP em regime domiciliar .....	574
<b>DIREITO PENAL</b> .....	577
1 - Tema: Posse de drogas para consumo próprio não obriga revogação da suspensão condicional do processo .....	577
2 - Tema: Porte de arma branca. Contravenção penal. Art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Conduta típica .....	580
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP</b> .....	583
1 - Tema: CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. CRIME DE COMERCIALIZAÇÃO ILEGAL DE BOTIJÕES DE GÁS. LEI 8.176/91. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. TESE PACIFICADA NO STJ .....	583
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 092 - MAIO 2020</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	590
1 - Tema: Roubo com emprego de arma de fogo com numeracao raspada. Majorante pertinente ..	590
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	592
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	592
1 - Tema: STF julga se Tribunal pode determinar novo júri de réu absolvido contra as provas dos autos .....	592

<b>DIREITO PENAL</b> .....	593
1 - Tema: Teses do STJ sobre a Lei de Drogas .....	593
<b>MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários</b> .....	598
1 - Tema: O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional .....	598
2 - Tema: Progressão de regime. Réu condenado por crime hediondo. Reincidente não específico. Cumprimento mínimo de 60% para preenchimento do requisito objetivo. Inteligência ao disposto no artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal .....	598
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 093 - MAIO 2020</b>	
<b>AVISOS</b> .....	602
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	602
1 - Tema: A prova da menoridade dispensa a apresentação de certidão de nascimento, bastando que a condição do menor seja demonstrada por qualquer meio dotado de fé pública .....	602
2 - Tema: TJ/SP. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Prerrogativa do MP. Incabível ingerência do Poder Judiciário .....	603
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	603
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	603
1 - Tema: Crime de racismo contra judeus em rede social deve ser julgado pela Justiça Federal. Transnacionalidade demonstrada .....	603
<b>DIREITO PENAL</b> .....	609
1 - Tema: Para Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reincidência que aumenta pena por posse de drogas para uso próprio é específica .....	609
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP</b> .....	611
1 - Tema: Art. 24-A da Lei Maria da Penha. Descumprimento de medida protetiva. Crime de competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Não cabimento da Lei 9.099/95 .....	611
<b>MP/SP: Setor de Recursos Extraordinários e Especiais</b> .....	617
1 - Tema: Noções gerais sobre a atuação do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais .....	617

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 094 - JUNHO 2020

<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	623
1 - Tema: AGRAVO REGIMENTAL/INTERNO COM PEDIDO DE URGÊNCIA DE RECONSIDERAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA PELO STJ .....	623
2 - Tema: NOTA TÉCNICA Nº 3 OBSERVAÇÕES SOBRE A SITUAÇÃO PRISIONAL NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS .....	623
3 - Tema: Pena restritivas de direitos e hipóteses de conversão .....	623
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	626
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	626
1 - Tema: Caso Marielle. Investigação sobre mandantes do crime fica no âmbito da Justiça Estadual do Rio de Janeiro .....	626
<b>DIREITO PENAL</b> .....	629
1 - Tema: Prescrição da pretensão executória. Início da contagem do prazo. Impossibilidade. Cumprimento de pena decorrente de condenação imposta em outro processo. Inteligência do artigo 116 do Código Penal .....	629
2 - Tema: Livramento condicional. Descumprimento das condições. Requisito subjetivo. Concessão de indulto. Não impedimento .....	630
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP</b> .....	631
1 - Tema: natureza jurídica do crime do art. 308 do CTB: de concurso eventual ou necessário?... 631	

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 095 - JUNHO 2020

<b>ORIENTAÇÃO CONJUNTA N. 1 PGJ/CGMP COMENTADA PELO CAO-CRIM</b> .....	637
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	640
1 - Tema: Necessidade do laudo toxicológico para a configuração da falta grave consistente na posse de droga .....	640
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	641
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	641

1 - Tema: Terceira Seção fixa condições para exame de habeas corpus quando já interposto recurso pela defesa .....	641
2 - Tema: Violência doméstica e familiar contra mulher. Delito praticado por neto contra avó. Situação de vulnerabilidade. Lei n. 11.340/2006. Aplicabilidade .....	642
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>644</b>
1 - Tema: Tráfico de drogas. Dependências ou imediações de igrejas. Causa de aumento de pena. Art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Não incidência .....	644
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP .....</b>	<b>646</b>
1 - Tema: ANPP e Homicídio culposo na direção de veículo automotor .....	646
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 096 - JUNHO 2020</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>653</b>
1 - Tema: COVID 19 - LEVANTAMENTO DEMONSTRA REDUÇÃO DE MORTES DE MULHERES em ABRIL .....	653
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>655</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>655</b>
1 - Tema: Pesquisa pronta STJ sobre Execução Penal .....	655
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>661</b>
1 - Tema: Posse de arma de fogo de uso permitido. Registro vencido. Irregularidade administrativa. Porte ilegal de arma de fogo. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Inaplicabilidade do entendimento firmado no julgamento da Ação Penal n. 686/AP .....	661
2 - Tema: Valor não executado pelo fisco autoriza reconhecimento da insignificância em crime tributário estadual .....	662
3 - Tema: Falsidade ideológica. Crime instantâneo, cujos efeitos podem se prostrar no tempo. Prescrição da pretensão punitiva. Termo inicial. Consumação do delito .....	663
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP .....</b>	<b>665</b>
1 - Tema: Conflito Negativo de Atribuição (MPSP e MPF). Não cumprimento de ordem da	

Justiça Estadual por servidor público federal, no exercício da função. Competência da Justiça Federal .....	665
<b>MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários .....</b>	<b>674</b>
<b>Novas Teses Aprovadas pelo Setor .....</b>	<b>674</b>
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 097 - JUNHO 2020</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>677</b>
1 - Tema: COVID 19 - LEVANTAMENTO DEMONSTRA REDUÇÃO DE MORTES DE MULHERES em ABRIL .....	677
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim .....</b>	<b>679</b>
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL .....</b>	<b>679</b>
1 - Tema: Pesquisa pronta STJ sobre Execução Penal .....	679
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>685</b>
1 - Tema: Posse de arma de fogo de uso permitido. Registro vencido. Irregularidade administrativa. Porte ilegal de arma de fogo. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Inaplicabilidade do entendimento firmado no julgamento da Ação Penal n. 686/AP .....	685
2 - Tema: Valor não executado pelo fisco autoriza reconhecimento da insignificância em crime tributário estadual .....	686
3 - Tema: Falsidade ideológica. Crime instantâneo, cujos efeitos podem se prostrar no tempo. <b>Prescrição da pretensão punitiva. Termo inicial. Consumação do delito .....</b>	<b>687</b>
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP .....</b>	<b>689</b>
1 - Tema: Conflito Negativo de Atribuição (MPSP e MPF). Não cumprimento de ordem da Justiça Estadual por servidor público federal, no exercício da função. Competência da Justiça Federal .....	689
<b>MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários .....</b>	<b>698</b>
<b>Novas Teses Aprovadas pelo Setor .....</b>	<b>698</b>

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 098 - JULHO 2020

<b>AVISO</b> .....	701
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	701
1 - Tema: Competência para o julgamento do falso testemunho praticado em sede de TELEAUDIÊNCIA .....	701
2 - Tema: NOTA TÉCNICA Nº 6 - Fluxo do ANPP VIRTUAL .....	702
3 - Tema: VEC competente para execução da pena de multa .....	705
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	706
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	706
4 - Tema: Relatora restringe aplicação da nova lei que impõe revisão periódica da prisão preventiva .....	706
<b>DIREITO PENAL</b> .....	710
5 - Tema: Tipificação do crime de desacato não viola a garantia de liberdade de expressão ...	710
6 - Tema: Não se pode declarar extinção da punibilidade quando pendente pagamento da multa criminal .....	714
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP</b> .....	716
7 - Tema: Associação para o tráfico de Drogas. Recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção .....	716

### BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 099 - JULHO 2020

<b>AVISOS</b> .....	724
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM</b> .....	724
1 - Tema: ANPP. Crimes praticados antes e depois da Lei 13.964/19. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ .....	724
<b>STF/STJ: decisões de interesse institucional comentadas pelo CAOCrim</b> .....	734
<b>DIREITO PROCESSUAL PENAL</b> .....	734
1 - Tema: Investimento de grupo em criptomoeda. Pirâmide financeira. Crime contra economia	



popular. Evasão de divisas ou lavagem de dinheiro em detrimento de interesses da União. Inocorrência. Competência da Justiça Estadual .....	734
2 - Tema: Pandemia de covid-19. Suspensão temporária do trabalho externo do reeducando. Possibilidade. Substituição automática da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. Não cabimento. Resolução n. 62/2020 do CNJ .....	736
<b>DIREITO PENAL .....</b>	<b>738</b>
1 - Tema: Nova edição de Jurisprudência em Teses do STJ trata de crimes contra a dignidade sexual .....	738
I) É facultado aos Tribunais de Justiça atribuir às Varas da Infância e da Juventude competência para processar e julgar crimes de natureza sexual praticados contra crianças e adolescentes .....	738
II) Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos .....	739
III) O estado de sono, que diminua a capacidade da vítima de oferecer resistência, caracteriza a vulnerabilidade prevista no art. 217-A, § 1º, do Código Penal .....	740
IV) O beijo lascivo integra o rol de atos libidinosos e configura o crime de estupro se obtido mediante emprego de força física do agressor contra vítima maior de 14 anos .....	741
<b>MP/SP: decisões do setor art. 28 do CPP .....</b>	<b>744</b>
1 - Tema: Crimes contra dignidade sexual de menores. Pedofilia. Recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção .....	744
 <b>BOLETIM CRIMINAL COMENTADO - Nº 100 - JULHO 2020</b>	
<b>ESTUDOS DO CAOCRIM .....</b>	<b>752</b>
1 - Tema: Violência Doméstica e COVID 19 - Comentários à Lei nº 14.022/204 .....	752
<b>ARTIGOS DE INTERESSE INSTITUCIONAL .....</b>	<b>756</b>
1 - Tema: Boletim do CAOCRIM a serviço do Ministério Público de São Paulo na definição e divulgação da política criminal .....	756
2 - Tema: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	759
3 - Tema: O PROCESSO PENAL APÓS O “PACOTE ANTICRIME”: ALGUMAS VISÕES PARA O FUTURO ...	761

4 - Tema: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO CONTINUIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL JUDICIAL .....	774
<b>MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários .....</b>	<b>778</b>
<b>Novas Teses Aprovadas pelo Setor .....</b>	<b>778</b>

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 054

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 de Promotoria

Ana Karenina Saura Rodrigues

### AVISO

---

O Ministério Público de São Paulo atingiu **309 Acordos de Não Persecução Penal**. As Promotorias de Justiça Criminais que mais fizeram os Acordos foram: Capicuíba, Presidente Prudente, Orlandia e São Paulo (Capital). Confirmam a entrevista da Promotora de Justiça de Carapicuíba, Dra. Sandra Reimberg, no Estúdio MP ([https://www.youtube.com/watch?v=RrR33O8U\\_EY](https://www.youtube.com/watch?v=RrR33O8U_EY)).

### ESTUDOS DO CAOCRIM

---

#### **1-Tema: Enunciados CAO CRIM- Execução Criminal**

O CAOCrim elaborou novos enunciados sobre execução criminal, a fim de expor entendimentos institucionais neste âmbito de atuação da Promotoria de Justiça Criminal.

Clique [aqui](#) para ter acesso aos Enunciados do CAO Crim

#### **2 - Tema: Superior Tribunal de Justiça (STJ) publica nova súmula sobre a folha de registro de antecedentes criminais como prova da reincidência**

No sistema trifásico de aplicação da pena as condenações anteriores são invocadas na primeira fase, na qualidade de circunstâncias judiciais, e na segunda fase, na qualidade de agravantes.

A circunstância judicial é relativa aos maus antecedentes, consistentes nas condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência, seja pelo decurso do denominado “quinquênio depurador” (cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena), seja pela condenação anterior por crime militar próprio ou político, seja ainda pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito. Exemplo: Seis anos depois de cumprir a pena por crime de furto, João pratica novo crime, agora de roubo. Considerando que o novo crime foi praticado após cinco anos do cumprimento da pena pelo crime anterior, João não é considerado reincidente, mas portador de maus antecedentes.

Já a agravante se verifica 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. Assim, podemos dizer que são pressupostos da reincidência o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por infração penal anterior e o cometimento de nova infração penal.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 054 - junho 2019

Mas como se faz a prova da existência de tais condenações e de suas circunstâncias, isto é, quando ocorreram, o montante das penas, o estágio de cumprimento, o tempo decorrido desde o cumprimento ou a extinção das penas?

Tradicionalmente, a prova das condenações se fazia por meio de certidões emitidas individualmente pelos cartórios das respectivas varas judiciais de trâmite dos processos. O STJ, contudo, há algum tempo flexibiliza esta exigência, admitindo a comprovação através de folha de antecedentes criminais, documento de emissão muito mais simples e que geralmente reúne, com suficiência, as informações necessárias para a análise dos antecedentes do acusado:

“A jurisprudência dessa Corte tem posicionamento firme no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes criminais maculados e a reincidência, dispensando a apresentação de certidão cartorária. Precedentes.” (HC 354.750/SP, DJe 06/10/2017)

“A jurisprudência desta Corte tem posicionamento firme no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes e a reincidência do réu.” (HC 509.192/SP, j. 04/06/2019)

A súmula 636 consolida a orientação do tribunal e dirime qualquer controvérsia que pudesse restar: “A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência.”.

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Governador. Mandatos sucessivos. Prerrogativa de foro. Interpretação restritiva. Art. 105, I, "a", da CF/1988. Contemporaneidade e pertinência temática entre os fatos em apuração e o exercício da função pública. Imprescindibilidade. Incompetência do STJ.**

#### **INFORMATIVO 649 STJ - CORTE ESPECIAL**

O STJ é incompetente para examinar o recebimento de denúncia por crime supostamente praticado durante mandato anterior de governador, ainda que atualmente ocupe referido cargo por força de nova eleição.

INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

## Boletim Criminal **Comentado** nº 054 - junho 2019

A Corte Especial, no julgamento do AgRg na Apn 866/DF e da Questão de Ordem na Apn 857/DF, conferiu nova e restritiva interpretação ao art. 105, I, a, da CF/1988, delimitando a competência penal originária desta Corte exclusivamente ao julgamento dos crimes atribuídos aos governadores e aos conselheiros de tribunais de contas que tenham sido cometidos durante o exercício do cargo e relacionados ao desempenho de referidas funções públicas. Cinge-se a controvérsia a averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da denúncia, na qual são narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo. A recente reinterpretação conduzida por este Tribunal, acompanhando o que fora decidido pelo STF, revelou que o conteúdo normativo da competência penal originária teria de ser restringido a seu núcleo fundamental, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar que o instituto se relacione à impunidade. Deduziu-se, assim, que o propósito do foro por prerrogativa de função é a proteção ao legítimo exercício do cargo, no interesse da sociedade. Entender de forma diversa, com a perpetuação de referida garantia, poderia acarretar sua transmutação em um privilégio de natureza pessoal, haja vista passar a estar atrelado, individualmente, à pessoa que ocupa a função pública. Assim, a sucessão de mandatos decorrente da reeleição para um mesmo cargo, ainda que de forma consecutiva, não pode, de fato, ser suficiente para a manutenção do foro por prerrogativa de função. Além disso, o princípio da unidade de legislatura, previsto originariamente na Constituição Federal em relação ao Poder Legislativo e ao processo de elaboração legislativa, também é justificador do isolamento dos mandatos em relação às supervenientes reeleições. O término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo, tendo como consequência o encaminhamento do processo que o apura ao órgão jurisdicional do primeiro grau de jurisdição. Dessa forma, a interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo.

PROCESSO: QO na APn 874-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, por maioria, julgado em 15/05/2019, DJe 03/06/2019

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Dentre os diversos agentes públicos aos quais a Constituição Federal atribui foro especial em decorrência da prerrogativa de função se encontram os governadores. Segundo o art. 105, inc. I, a, compete ao Superior Tribunal de Justiça processá-los e julgá-los originariamente nos crimes comuns.

A regra se aplicava tradicionalmente a todas as situações em que governadores eram processados por crimes comuns, ainda que não relacionados ao exercício do cargo. Sabemos, no entanto, que no

## Boletim Criminal Comentado nº 054 - junho 2019

Julgamento de questão de ordem na Ação Penal 937 o Supremo Tribunal Federal restringiu a regra do foro por prerrogativa de deputados federais e senadores. Em suma, o tribunal concluiu que, a partir daquela decisão, a prerrogativa de foro se limitaria aos crimes cometidos no exercício do cargo e em razão dele.

É evidente que a decisão do STF repercutiu em prerrogativas semelhantes concedidas a outros agentes públicos, como prefeitos, governadores e deputados estaduais. Embora a questão de ordem na AP 937 não tenha tratado de outros agentes além dos deputados federais e dos senadores, o STJ e os tribunais de justiça têm se deparado com inúmeras situações em que, no geral, as premissas adotadas pelo STF são estendidas para limitar a incidência do foro especial.

Logo após aquela decisão, o Superior Tribunal de Justiça conferiu a mesma interpretação restritiva ao art. 105, inc. I, a, da Constituição Federal para afastar o foro por prerrogativa de um governador que estava sendo processado por crime cometido quando ocupava o cargo de prefeito.

À época, 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 constitucional faça interpretação restritiva dos dispositivos que contemplam a prerrogativa de foro. E, em razão da orientação adotada a respeito da extensão da prerrogativa, havia 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, de resto, enquadrava-se perfeitamente nas premissas adotadas pelo STF, pois a ação penal tramitava 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”.

Recentemente, o STJ decidiu restringir ainda mais a extensão do foro por prerrogativa de governadores ao decidir que nem mesmo crimes cometidos no exercício e em razão do cargo devem ser submetidos ao foro especial se o agente já estiver no desempenho de outro mandato, ainda que decorrente de reeleição:

“Cinge-se a controvérsia a averiguar se o STJ se mantém competente para examinar o recebimento da denúncia, na qual são narradas condutas que, apesar de relacionadas às funções institucionais de cargo público que garantiria foro por prerrogativa de função nesta Corte, teriam sido supostamente

praticadas durante mandato anterior e já findo do denunciado e apesar de atualmente ocupar, por força de nova eleição, o referido cargo. A recente reinterpretação conduzida por este Tribunal, acompanhando o que fora decidido pelo STF, revelou que o conteúdo normativo da competência penal originária teria de ser restringido a seu núcleo fundamental, a fim de garantir a efetividade do sistema penal e evitar que o instituto se relacione à impunidade. Deduziu-se, assim, que o propósito do foro por prerrogativa de função é a proteção ao legítimo exercício do cargo, no interesse da sociedade. Entender de forma diversa, com a perpetuação de referida garantia, poderia acarretar sua transmutação em um privilégio de natureza pessoal, haja vista passar a estar atrelado, individualmente, à pessoa que ocupa a função pública. Assim, a sucessão de mandatos decorrente da reeleição para um mesmo cargo, ainda que de forma consecutiva, não pode, de fato, ser suficiente para a manutenção do foro por prerrogativa de função. Além disso, o princípio da unidade de legislatura, previsto originariamente na Constituição Federal em relação ao Poder Legislativo e ao processo de elaboração legislativa, também é justificador do isolamento dos mandatos em relação às supervenientes reeleições. O término de um determinado mandato acarreta, por si só, a cessação do foro por prerrogativa de função em relação ao ato praticado nesse intervalo, tendo como consequência o encaminhamento do processo que o apura ao órgão jurisdicional do primeiro grau de jurisdição. Dessa forma, a interpretação que melhor contempla a preservação do princípio republicano e isonômico é a de que o foro por prerrogativa de função deve observar os critérios de concomitância temporal e da pertinência temática entre a prática do fato e o exercício do cargo.”

**2- Tema: Art. 40 do CPP. Remessa de cópias e documentos. Desnecessidade. Ministério Público. Custos legis. Acesso aos autos.**

### **INFORMATIVO 649 STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

É desnecessária a remessa de cópias dos autos ao Órgão Ministerial prevista no art. 40 do CPP, que, atuando como custos legis, já tenha acesso aos autos.

#### **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

O acórdão embargado, da Sexta Turma, ao interpretar o art. 40 do CPP, fixou o entendimento de que revela-se desnecessária a remessa de cópias dos autos ao Órgão Ministerial, que, atuando como custos legis, já teve conhecimento do crime. Já o acórdão paradigma, da Quinta Turma, fixou o entendimento de que a remessa de peças necessárias à aferição de eventual delito ao Ministério Público, ou à autoridade policial, é obrigação do magistrado, não sendo, portanto, ônus do Órgão Ministerial, por se tratar de ato de ofício, imposto pela lei. Deve prevalecer a jurisprudência da Sexta Turma. Na hipótese em que o Ministério Público tem vista dos autos, a remessa de cópias e



## Boletim Criminal **Comentado** nº 054 - junho 2019

documentos ao Órgão Ministerial não se mostra necessária. O Parquet, na oportunidade em que recebe os autos, pode tirar cópia dos documentos que bem entender, sendo completamente esvaziado o sentido de remeter-se cópias e documentos. Com o advento da Lei n. 11.419/2006, que introduziu ao ordenamento jurídico brasileiro a informatização do processo judicial, o Poder Judiciário efetua a prestação jurisdicional através de processos eletrônicos, cujo sistema exige, para sua utilização, a certificação digital de advogados, magistrados, membros do Ministério Público, servidores ou partes, permitindo acesso aos autos a partir de um computador interligado à internet. Logo, a melhor exegese do dispositivo, à luz dos princípios da adequação e da razoabilidade, deve ser no sentido da desnecessidade de remessa de cópias do processo ao Órgão Ministerial, uma vez verificada pelo magistrado a existência de crime de ação pública, desde que o Parquet tenha acesso direto aos autos.

PROCESSO: EREsp 1.338.699-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 22/05/2019, DJe 27/05/2019

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

É importante lembrar que, em que pese a decisão acima colacionada, nada impede o magistrado de agir nos termos do art. 40 do CPP. Eventual remessa dos autos ao Ministério Público ou mesmo à autoridade policial, não configura, mais adiante, o impedimento ou suspeição do juiz para o julgamento da causa, o que pode ocorrer, com frequência, em comarcas que contam com um único juiz. Trata-se de simples provocação formulada ao “parquet”, ao contrário da requisição de instauração do inquérito policial, mais incisiva e que pode ensejar suspeita quanto à imparcialidade do julgador. Parece mais prudente, assim, que ao invés de requisitar diretamente a instauração do inquérito, faça antes a remessa dos autos ao Ministério Público, em atitude que demonstra maior equidistância e enfraquece qualquer alegação futura de suspeição ou impedimento.

### **DIREITO PENAL:**

---

#### **1-Tema: Não é possível desclassificar crime de estupro de menor de 14 anos para importunação sexual**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 26/06/2019**

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou o recurso de um condenado por estupro de vulnerável que pretendia a desclassificação do crime para importunação sexual. Segundo o colegiado, a jurisprudência do tribunal não admite essa desclassificação quando a vítima é menor de 14 anos.

## Boletim Criminal Comentado nº 054 - junho 2019

No recurso, o condenado citou as mudanças promovidas no Código Penal com a Lei 13.718/2018, incluindo a tipificação do crime de importunação sexual, com pena mais branda que o de estupro. Ele defendeu a aplicação da regra do artigo 215-A no seu caso, já que a conduta criminosa descrita foi tocar parte íntima de seu neto sobre a roupa.

Para o recorrente, a rapidez no toque e o fato de ter sido um contato único não permitiriam o enquadramento da conduta como estupro de vulnerável, nos moldes do artigo 217-A do Código Penal. Na época dos fatos, a vítima tinha seis anos de idade.

O relator do caso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, disse que o assunto merece reflexão, já que, em princípio, não há impedimento à desclassificação do crime, e a gradação da punição parece razoável.

“Não é recomendável que as condutas de conjunção carnal, sexo oral e sexo anal possuam o mesmo tratamento jurídico-penal que se dá ao beijo lascivo, sob pena de verdadeira afronta à proporcionalidade”, comentou o relator.

Todavia, o ministro destacou que a jurisprudência de ambas as turmas de direito penal do STJ entende que a desclassificação não é possível nos casos de vítima menor de 14 anos, em razão da presunção de violência.

### Tipificação extrema

Reynaldo Soares da Fonseca disse que o Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou, em 2018, julgamento que definirá se é possível desclassificar a conduta do artigo 217-A para a do artigo 215-A.

O relator citou trechos do voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso pela possibilidade de desclassificação, tendo em vista que, antes das alterações promovidas pela Lei 13.718/2018, a tipificação do crime sexual se situava entre dois extremos: a pena exacerbada do crime de estupro ou a sanção muito branda da contravenção penal.

O ministro do STF destacou que a doutrina sempre criticou a ausência de uma diferenciação precisa na lei das diversas modalidades de ato libidinoso, o que reforça a necessidade de o julgador procurar distinguir condutas mais graves e invasivas das menos reprováveis, preservando a razoabilidade da punição.

“Nesse encadeamento de ideias, ressalvo meu ponto de vista quanto à possibilidade de desclassificação do tipo penal do artigo 217-A para o do artigo 215-A, ambos do Código Penal, porém mantenho o entendimento de ambas as turmas penais do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da impossibilidade de desclassificação, quando se tratar de vítima menor de 14 anos”, concluiu Reynaldo Soares da Fonseca ao negar provimento ao recurso.

## Boletim Criminal Comentado nº 054 - junho 2019

O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

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 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” (1).

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 justificção 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.

---

<sup>1</sup>. *Crimes contra a dignidade sexual*, p. 37-38.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 054 - junho 2019

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.

E atendendo ao propósito da lei, o STJ firmou o entendimento 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, através da Lei 13.718/18, 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-Tema: Crime de uso de documento falso- Crime Formal**

**STJ- REsp 1722241/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018**

RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CRIME FORMAL. CARACTERIZAÇÃO. UTILIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. "É pacífico o entendimento neste Superior Tribunal de Justiça de que, tratando-se de crime formal, o delito tipificado no artigo 304 do Código Penal consuma-se com a utilização ou apresentação do documento falso, não se exigindo a demonstração de efetivo prejuízo à fé pública nem a terceiros" (AgInt no AREsp 1.229.949/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

2. Recurso provido.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 054 - junho 2019

Clique [aqui](#) para ter acesso a decisão do STJ no mesmo sentido- **REsp 1810489- SP**- Data da Publicação

11/06/2019

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O crime do art. 304 do CP se consuma no momento em que o agente utiliza o documento, independentemente da obtenção do proveito ou provocação de prejuízo à outrem.

No caso de Carteira Nacional de Habilitação, há quem entenda caracterizado o delito com o simples porte.

Nesse sentido:

“O crime de uso de documento falso depende, para sua consumação, da forma corrente de utilização de cada documento. Exigindo o Código Nacional de Trânsito que o motorista ‘porte’ a carteira de habilitação e a exiba quando solicitado, portar a carteira para dirigir é uma das modalidades de uso desse documento” (2).

Note-se, no entanto, que o próprio STJ já decidiu o contrário:

“2. Se o investigado, em abordagem de rotina, afirma ao agente da Polícia Rodoviária Federal não possuir Carteira Nacional de Habilitação, identificando-se por meio de Carteira de Identidade, e, logo em seguida, o policial avista, em sua carteira aberta, documento similar à CNH que o investigado lhe entrega, admitindo tratar-se de documento falso, não há como se reconhecer na conduta, a priori, o elemento de vontade (de fazer uso de documento falso) necessário à caracterização do delito do art. 304 do CP, situação em que a apresentação do documento falso à autoridade policial federal não tem o condão de deslocar a competência para o julgamento da ação penal para a Justiça Federal.

3. Remanesce, assim, no caso concreto, apenas o interesse, em tese, no prosseguimento da investigação do delito previsto no art. 297 do Código Penal (falsificação de documento público) que não é de competência da Justiça Federal, por não ofender diretamente bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas, na medida em que a emissão da Carteira Nacional de Habilitação é incumbência de órgãos estaduais de trânsito.” (3)

---

<sup>2</sup>. STJ, REsp. 606/SP, rel. Min. Assis Toledo, j. 06.11.1989.

<sup>3</sup>. CC 148.592/RJ, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 08/02/2017.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 054 - junho 2019

### **STF/STJ: Notícias de interesse institucional**

---

#### **Notícias STF**

##### **26 de junho de 2019**

1- Ministro revoga uso de monitoração eletrônica e permite trabalho noturno a cidadão turco

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

2- 2ª Turma rejeita proposta de concessão de liberdade ao ex-presidente Lula

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

3- Negada transferência de membro do PCC para presídio estadual de SP

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

##### **27 de junho de 2019**

4- Ministro garante a presas transexuais direito a recolhimento em presídios femininos

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

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 055

**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: O CAO CRIM disponibiliza Nota Técnica elaborada pelo MP-RS que analisou os Decretos Regulamentares da Lei 10.826/2003**

Os estudos abaixo indicados estão completos e esgotam bem o assunto, razão pela qual disponibilizamos aos colegas:

Clique [aqui](#) para ter acesso a Nota Técnica nº 01/2019-CAOCRIM do MP-RS- Decreto nº 9.785/2019 e seus Reflexos Penais

Clique [aqui](#) para ter acesso a Nota técnica do MP-RS- ANÁLISE DOS DECRETOS REGULAMENTARES DA LEI Nº 10.826/2003

Clique [aqui](#) para ter acesso a Tabela elaborada pelo MP-RS com base no Decreto nº 9.785/2019

Clique [aqui](#) para ter acesso ao quadro comparativo

**2- Tema: Não aplicação do disposto no art. 600, par. 4º, do CPP, em prol da Defensoria Pública, nos casos em que a prescrição estiver próxima**

Clique [aqui](#) para ter acesso ao bom parecer elaborado pela Dra Valderez Deusdedit Abbud.



**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Quebra de sigilo de dados armazenados**

**STJ- RHC 101.929/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019**

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. ACESSO AOS DADOS CONTIDOS NO APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO. ALEGADA AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. ART. 5º, X E XII, DA CF. ART. 7º DA LEI N. 12.965/2014. OBSERVÂNCIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Constituição Federal de 1988 prevê como garantias ao cidadão a inviolabilidade da intimidade, do sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, salvo ordem judicial.
2. A Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, em seu art. 7º, assegura aos usuários os direitos para o uso da internet no Brasil, entre eles, o da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, bem como de suas comunicações privadas armazenadas.
3. Com o avanço tecnológico, o aparelho celular deixou de ser apenas um instrumento de comunicação interpessoal. Hoje, é possível ter acesso a diversas funções, entre elas, a verificação de mensagens escritas ou audível, de correspondência eletrônica, e de outros aplicativos que possibilitam a comunicação por meio de troca de dados de forma similar à telefonia convencional.
4. A quebra do sigilo do correio eletrônico somente pode ser decretada, elidindo a proteção ao direito, diante dos requisitos próprios de cautelaridade que a justifiquem idoneamente, desaguando em um quadro de imprescindibilidade da providência. (HC 315.220/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 09/10/2015).
5. Por se encontrar em situação similar às conversas mantidas por e-mail, cujo acesso exige prévia ordem judicial, a obtenção de conversas mantidas por redes sociais, tais como o whatsapp, sem a devida autorização judicial, revela-se ilegal.
6. Hipótese que foi deferido judicialmente na busca e apreensão o acesso aos dados contidos no aparelho celular, inexistindo, destarte, a alegada inobservância dos preceitos de estatura constitucional que conferem tutela à intimidade e à vida privada.

7. Não se olvida, outrossim, que a ponderação de valores constitucionalmente protegidos é o trajeto delineado na deflagração de procedimentos penais, porquanto, como instrumento de controle social, o Direito Penal e, por consequência, o Direito Processual Penal, reforçam garantias constitucionais de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

8. No caso, a autorização judicial prévia de acesso aos dados do aparelho celular apreendido não fere, porquanto observados os ditames do devido processo legal, preceitos relativos à vida privada e à intimidade, não restando configurado o alegado constrangimento ilegal.

9. Recurso não provido.

Clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudência sobre o tema

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Por expressa disposição constitucional, não são admitidas as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI, CF/88). O grande desafio, no campo da prova, consiste em encontrar um ponto de equilíbrio entre, de um lado, o dispositivo constitucional que inadmite a produção da prova ilícita e, de outro, a garantia a segurança do cidadão, sobretudo em face do aumento da criminalidade organizada, que exige, para seu combate, meios eficazes, aptos a fazer frente à sofisticação e opacidade de tais grupos criminosos organizados.

Anota Thiago Pierobom de Ávila, que “o direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição”.

Nessa esteira, vem decidindo o STJ que, não havendo consentimento do investigado ou autorização judicial, são consideradas ilícitas as provas obtidas pela polícia por meio de conversas realizadas entre ele e outras pessoas pelo sistema de viva-voz de telefones:

“O relato dos autos demonstra que a abordagem feita pelos milicianos foi obtida de forma involuntária e coercitiva, por má conduta policial, gerando uma verdadeira autoincriminação. Não se pode perder de vista que qualquer tipo de prova contra o réu que dependa dele mesmo só vale se o ato for feito de forma voluntária e consciente” (REsp 1.630.097, DJe 28/4/2017).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 055 - julho 2019

O tribunal reiterou orientação semelhante ao considerar nula a prova obtida por meio de acesso ao WhatsApp em telefone celular apreendido após prisão em flagrante por tráfico de drogas.

O tribunal não admite anular, contudo, todas as provas produzidas, mas somente o que foi obtido pelo acesso às mensagens. A análise de elementos probatórios não derivados da prova ilícita deve ficar a cargo do juízo da causa.

Destaque-se, por fim, que esta situação não se confunde com aquela na qual, sem autorização judicial, a polícia analisa dados em aparelho telefônico pertencente à vítima, como já decidiu o próprio STJ num caso de homicídio, em que o aparelho continha informações que poderiam constituir provas da prática do crime, e, como o titular do sigilo 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).

### **2- Tema: Teoria da Cegueira Deliberada**

**TJ-SP** - APL: 00089790820118260408 SP Relator: Camilo Léllis- 4ª Câmara de Direito Criminal

#### **Ementa**

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO SIMPLES (Réu Felipe)– Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa – Rejeitada – Teses defensivas analisadas e afastadas na decisão – Mérito - Aplicação do princípio da insignificância – Inviabilidade - Conduta do agente não minimamente ofensiva – Reconhecimento da figura privilegiada – Não acolhimento – Valor expressivo do bem aliado as demais circunstâncias – Condenação mantida – Pena e regime mantidos – RECEPÇÃO QUALIFICADA - Pleito de absolvição – Inadmissibilidade - Apelante preso em flagrante na posse da res furtiva – Inversão do ônus probatório do qual o acusado não se desincumbiu satisfatoriamente – Desclassificação para modalidade culposa – Impossibilidade - Dolo evidenciado – Teoria da cegueira deliberada – Pena e regime corretamente fixados – Substituição da pena inviável pela reincidência em crime patrimonial - Recursos não providos.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A teoria da cegueira deliberada (conscious avoidance, willful blindness ou deliberate ignorance) tem origem inglesa e aponta não ser necessário que se demonstre o dolo direto nas situações das quais se extrai que o agente poderia ter tomado plena consciência da ilicitude de seu ato, mas deliberadamente evita qualquer diligência, mantendo-se, portanto, “cego”. No caso, considera-se desnecessário demonstrar consciência e vontade diretas justamente em razão da adoção de medidas afirmativas que evitam a tomada de consciência de que se pratica um ato ilegal. O agente não tem conhecimento pleno da ilicitude de sua conduta somente porque delibera por evitá-lo. Noutras palavras, as circunstâncias indicam a ilegalidade, o agente as percebe, mas escolhe não adotar nenhuma medida para tomar conhecimento do ato ilícito.

Esta teoria é aplicada sobretudo em crimes financeiros como a lavagem de dinheiro. É o caso do agente que, ao vender um imóvel de alto valor, por exemplo, recebe tudo em dinheiro – sem utilizar o sistema bancário – desconfia que o numerário possa ter origem ilícita, mas ainda assim conclui a transação, colocando-se deliberadamente em posição de “cegueira” a respeito das indicações de ilegalidade.

Não há, no entanto, restrição à aplicação da teoria em outras circunstâncias, sobre delitos que sejam compatíveis com esta disposição de evitar a consciência de que se pratica um ato ilegal. O TRF da 4ª Região, por exemplo, aplicou-a para sustentar a condenação pelo cometimento do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06:

“Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Doutrina da "cegueira deliberada" equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro” (AC 5004030-81.2014.404.7007, j. 27/07/2016).

O mesmo tribunal aplicou a teoria ao crime de descaminho:

PENAL. DESCAMINHO. ARTIGO 334, §1º, "D", DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MOTORISTA DO CAMINHÃO. DOLO EVENTUAL. CEGUEIRA DELIBERADA. (...) 1. Nos crimes de contrabando e/ou descaminho, a materialidade e a autoria são comprovadas, em regra, com os documentos elaborados e lavrados pela autoridade fiscal competente e responsável pela diligência por ocasião da apreensão das mercadorias. 2. Comprovados a autoria, a materialidade e o dolo, e sendo o fato típico, antijurídico e culpável, considerando a inexistência de causas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, resta evidenciada a prática do delito do art. 334, §1º, alínea 'd', do Código Penal combinado com o art. 29 do Código Penal. 3. Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também aquele que assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Ao indivíduo que, como motorista de caminhão, tem como modo de vida o transporte de mercadorias, não é dado excluir a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante

## Boletim Criminal **Comentado** nº 055 - julho 2019

quanto ao objeto ou objetos da carga, quando teria condições de aprofundar o seu conhecimento. (...) (AC 5012479-43.2014.404.7002, j. 28/04/2016).

O TRF da 5ª Região, por sua vez, fez incidir a teoria no crime de receptação:

“Ao ignorar a origem de um produto, o sujeito ativo da receptação qualificada põe-se numa espécie de estado de cegueira deliberada, assumindo, por consequência, a luz da previsão legal, o risco de incorrer na prática da conduta censurada pelo referido dispositivo. E tal cautela deve ser exigida, especialmente, das pessoas que atuam no exercício da atividade comercial de compra e venda de sucata, mormente quando se tratar de trilhos, em razão do conhecido comércio ilegal desse material retirado ilicitamente das ferrovias federais. Tais comerciantes não devem ser míopes na certificação da licitude dos referidos bens porque, caso contrário, assumem o risco de estar praticando o crime previsto no art. 180, parágrafo 1º, do CP, ao adquirir ferro produto de crime desobedecendo o comando normativo consubstanciado no dever de buscar informação” (AC 11636, j. 21/07/2015).

Não bastasse, o Tribunal de Justiça de São Paulo invocou a teoria para fundamentar a imposição das penas relativas à improbidade administrativa, que, sabe-se, pressupõem o elemento subjetivo:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Prejuízo ao erário devidamente confirmado pelas provas produzidas - Contratação de serviços de plantões médicos junto ao Pronto Socorro de Avaré por intermédio de Termo de Parceria, em valor muito superior ao contrato anterior, e sem a realização de licitação - Superfaturamento constatado - Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada - Ato de improbidade administrativa devidamente comprovado, ante a constatada cavilidade dos corrêus - Procedência da ação mantida - Diferimento do recolhimento das custas deferido - Apelação do réu Joselyr não provida e provida em parte a da ré IBDPH” (AP 0009252-56.2010.8.26.0073, j. 09/04/2014).

Em suma, é possível aplicar a teoria da cegueira deliberada quando a realização do tipo penal não contempla a consciência direta do tipo subjetivo, mas esta circunstância é decorrente da decisão do próprio agente, que evita tomar conhecimento de uma ilegalidade aparente. O agente ignora determinados elementos penalmente relevantes, mas por opção sua, em uma situação na qual lhe seria plenamente possível, caso quisesse, se inteirar do que ocorria.

Clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudência aplicando a referida Teoria em diversos crimes

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Homicídio na direção de veículo Automotor- Dolo eventual**

**STJ- AgRg no AREsp 629.630/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 13/12/2018**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO APÓS SUPOSTA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA. PRONÚNCIA. DOLO EVENTUAL. EMBRIAGUEZ. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS EXCEDENTES AO TIPO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É possível, em crimes de homicídio na direção de veículo automotor, o reconhecimento do dolo eventual na conduta do autor, desde que se justifique tal conclusão excepcional com base em circunstâncias fáticas que, subjacentes ao comportamento delitivo, indiquem haver o agente previsto o resultado morte e a ele anuído.

2. O Tribunal estadual, ao pronunciar a acusada, apontou, além da embriaguez, a existência de outros elementos dos autos a indicar a possibilidade de a agravante haver agido com dolo, mesmo que eventual. Com efeito, a referida Corte registrou que a ré, apesar de fazer uso de medicamento controlado incompatível com o consumo de bebida alcoólica, conduzia seu veículo com concentração de álcool no sangue muito superior ao limite máximo tolerado pela legislação vigente. Também destacou que as obras na rodovia já tinham terminado havia mais de dois meses e que a recorrente, usuária habitual da rodovia, já estava familiarizada com as alterações do tráfego.

3. "Havendo elementos indiciários que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, ainda que eventual, a divergência deve ser solvida pelo Conselho de Sentença, evitando-se a indevida invasão da sua competência constitucional" (AgRg no REsp n. 1.588.984/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 18/11/2016).

4. Agravo regimental não provido.

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De fato, quanto ao elemento subjetivo, destacam-se as situações relativas aos crimes de trânsito com resultado morte nos quais, em razão de embriaguez ou de competição ilegal em via pública, aventa-se a possibilidade de imputação do dolo eventual.

## Boletim Criminal Comentado nº 055 - julho 2019

No que concerne à morte conjugada com a embriaguez, os tribunais superiores, majoritariamente, vinham entendendo que o crime devia ser tratado como culposo (culpa consciente), não doloso (dolo eventual), a não ser que as circunstâncias demonstrassem a assunção do risco de provocar o resultado.

Num dos julgamentos de recurso especial pelo STJ, considerou-se que classificar como dolo eventual o fato de o motorista dirigir embriagado significa presumir o dolo e afastar a possibilidade de punição pela conduta culposa, que é factível. Mas ainda que a embriaguez possa se caracterizar como uma circunstância negativa na análise do elemento anímico, isso não pode fazer com que todo e qualquer caso de acidente de trânsito com motoristas embriagados se submetam ao procedimento do júri. A análise deve ser baseada sempre no caso concreto:

“O estabelecimento de modelos extraídos da praxis que se mostrem rígidos e impliquem maior certeza da adequação típica por simples subsunção, a despeito da facilidade que ocasionam no exame dos casos cotidianos, podem suscitar desapego do magistrado aos fatos sobre os quais recairá a imputação delituosa, afastando, nessa medida, a incidência do impositivo direito penal do fato. Diferente seria a conclusão se, por exemplo, estivesse o condutor do automóvel dirigindo em velocidade muito acima do permitido, ou fazendo, propositalmente, zigue-zague na pista, ou fazendo sucessivas ultrapassagens perigosas, ou desrespeitando semáforos com sinal vermelho, postando seu veículo em rota de colisão com os demais apenas para assustá-los, ou passando por outros automóveis "tirando fino" e freando logo em seguida etc. Enfim, situações que permitissem ao menos suscitar a possível presença de um estado anímico compatível com o de quem anui com o resultado morte. Assim, não se afigura razoável atribuir a mesma reprovação a quem ingere uma dose de bebida alcoólica e em seguida dirige em veículo automotor, comparativamente àquele que, após embriagar-se completamente, conduz automóvel na via”.<sup>1</sup>

A entrada em vigor da Lei 13.546/17 encerrou o debate a respeito do homicídio de trânsito conjugado com a embriaguez. Inseriu-se no art. 302 do CTB um terceiro parágrafo que pune com reclusão de cinco a oito anos o agente que comete homicídio involuntário conduzindo o veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

O atual regramento, portanto, afasta definitivamente a possibilidade de atribuição automática do dolo eventual ao motorista embriagado, o que, no entanto, não significa que não se possa cogitar do homicídio doloso. As circunstâncias do caso concreto é que devem determinar a qualidade da imputação.

---

<sup>1</sup> REsp 1.689.173/SC – Sexta Turma – Rel. Min. Rogério Schietti Cruz – DJe 26/03/2018

## Boletim Criminal **Comentado** nº 055 - julho 2019

É possível identificar hipóteses em que as circunstâncias do caso analisado permitem concluir pela ocorrência de dolo eventual em delitos viários.

É preciso analisar as circunstâncias do caso concreto para estabelecer se o agente agiu com inobservância do dever de cuidado ou se assumiu o risco de provocar o resultado. A embriaguez é apenas um dos fatores que se inserem na esfera de apuração; não é o único.

Clique [aqui](#) para ter acesso a decisão no mesmo sentido no RECURSO ESPECIAL Nº 1.780.347 – SP

### **STF/STJ: Notícias de interesse institucional**

---

#### **Notícias STF**

##### **01 de julho de 2019**

1- Mantida prisão de prefeito acusado de associação para o tráfico de drogas

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

2- AP 470: Extinta punibilidade do empresário Cristiano Paz

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

3- Mantida prisão de empresário acusado de integrar esquema de corrupção na Secretaria de Saúde do RJ

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

##### **04 de julho de 2019**

4- Decano do STF assegura a detentos de penitenciária em município de SP direito a banho de sol diário

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

#### **Notícias STJ**

##### **04 de julho de 2019**



## Boletim Criminal **Comentado** nº 055 - julho 2019

5- Google não consegue suspender quebra de sigilo de dados de grupo de usuários não identificados

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

**05 de julho de 2019**

6- Negado pedido de liberdade a ex-diretor de presídio acusado de facilitar transferência para o semiaberto

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

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 056

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: STJ. Nomeação de defensor dativo e existência de Defensoria Pública na Comarca. Nulidade inexistente. Mudança de entendimento da Corte.**

**STJ-RHC 61.848/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016**

O STJ, no RHC 61.848/PA, figurando como relator o Min. Felix Fischer, havia reconhecido a preferência de nomeação da Defensoria Pública para representação do réu incapaz de custear seu próprio patrono. Decidiu ser nulo o processo quando há nomeação de defensor dativo em comarcas em que existe Defensoria Pública estruturada, só se admitindo a designação de advogado ad hoc para atuar no feito quando não há órgão de assistência judiciária na comarca, ou se este não está devidamente organizado na localidade, havendo desproporção entre os assistidos e os respectivos defensores.

Esse entendimento, contudo, foi recentemente revisto. O próprio STJ, por meio da mesma turma (e relator), no RHC 105.943/GO, deliberou inexistir violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do defensor público natural na nomeação de defensor dativo em prejuízo da defensoria pública.

No caso julgado, a nomeação do defensor dativo foi precedida de intimação pessoal para que o réu constituísse novo advogado, após a renúncia, por duas vezes, dos causídicos que patrocinavam sua defesa. Ao ser intimado da renúncia de seu advogado, o recorrente afirmou que iria constituir nova defesa particular, mas permaneceu inerte, fato que ensejou a nomeação de advogado dativo, em razão de não se tratar de réu hipossuficiente.

A providência judicial impugnada foi valorizada plausível, notadamente quando se considera que, ainda que se tratasse de réu desprovido de recursos financeiros para contratar advogado, **a Defensoria Pública não deteria a exclusividade do exercício de defesa de tais pessoas, assim como não existe direito subjetivo do acusado de ser defendido pela Defensoria Pública.**

Ainda que seja reconhecida a preferência de nomeação da Defensoria Pública para representação do réu incapaz de custear sua própria defesa, tal interpretação é passível de uma série de exceções e mitigações e não impede a substituição pontual do Defensor Público por defensor dativo.

Dentro desse espírito, o STJ espancou a tese de nulidade. A declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio “pas de nullité sans grief”, consagrado no art. 563 do Código de Processo Penal e no enunciado n. 523 da Súmula desta Corte: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

## Boletim Criminal **Comentado** nº 056 - julho 2019

No caso, não foi comprovado prejuízo em razão da alegada nulidade, pois não foi mencionada eventual deficiência de defesa na atuação do defensor dativo, que ingressou no feito após a prolação da sentença de pronúncia. A Defensoria Pública sequer indicou eventual linha de defesa diversa que poderia ter sido adotada, caso tivesse atuado nos autos em substituição ao advogado dativo, ou de que forma a renovação dos atos processuais poderia beneficiar o recorrente, o que impede o reconhecimento da nulidade arguida.

### **2- Tema: CAO CRIM publica Aviso sobre o rito da Lei de Drogas**

#### **AVISO nº 0258/2019 –PGJ**

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, a pedido do Centro de Apoio Operacional Criminal, AVISA aos Promotores de Justiça Criminais que, considerando o entendimento preponderante do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que no rito processual de crime previsto na Lei nº 11.343/2006, o interrogatório deve ser o último ato da instrução, à luz, especialmente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, solicita-se que tal entendimento seja observado para se evitar anulação da prova produzida. Outras considerações poderão ser obtidas no Boletim do CAOCrim de Setembro de 2018 – semana 4

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20\\_4.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_4.pdf)

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

### **1- Tema: Art 273, § 1º-B, do Código Penal e aplicação analógica da minorante do tráfico privilegiado**

**STJ- AgRg no AREsp 1192979/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 273, §§ 1º E 1º-B, DO CÓDIGO PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. NULIDADE DO FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. INOCORRÊNCIA.

1. Para a comprovação da divergência, não basta a simples transcrição da ementa ou voto do acórdão paradigma; faz-se necessário o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o divergente, com a demonstração da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, o que não ocorreu na espécie.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 056 - julho 2019

2. Não tendo sido demonstrada a divergência nos termos em que exigido pela legislação processual de regência (art. 1.029, § 1º, do NCPC, c/c art. 255 do RISTJ), não pode ser conhecido o recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional.

3. O crime previsto no art. 273, §§ 1º e 1º-B, do Código Penal é de natureza permanente, de modo que não há ilegalidade na busca e apreensão por violação de domicílio, uma vez que a própria Constituição Federal autoriza a entrada da autoridade policial, durante o dia ou à noite, independente da expedição de mandado judicial.

DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS EM LEI. MAUS ANTECEDENTES. MATÉRIA NÃO DEBATIDA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A Corte Especial deste Tribunal, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas, sem vedar expressamente a incidência da minorante do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

Precedentes.

2. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa.

3. O fato de o sentenciado ostentar maus antecedentes é fator suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição prevista na Lei de Drogas, ante a ausência de preenchimento de requisito objetivo.

4. A questão relativa ao atendimento dos requisitos objetivos para a aplicação da minorante não foi objeto de debates pela Corte de origem ao julgar o recurso de apelação, motivo que obsta o conhecimento da matéria em sede de recurso especial, porque ausente o necessário prequestionamento.

5. Agravo regimental improvido.

Clique [aqui](#) para ter acesso a jurisprudência sobre o tema

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 273 do CP pune com 10 a 15 anos de reclusão (e multa) quem falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

São quatro as ações nucleares típicas: falsificar (conferir aparência enganadora), corromper

## Boletim Criminal Comentado nº 056 - julho 2019

(deteriorar, adulterar), adulterar (modificar para pior, defraudar) ou alterar (modificar de qualquer forma).

Como objeto material temos o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Produto é o resultado de atividade, de uma elaboração humana, neste caso, destinado ao tratamento ou à cura de doentes, interna ou externamente. Pratica o crime quem, fundamentalmente, modifica o produto que fabrica, empregando substância inadequada ou mesmo inócua, ou apenas lhe reduzindo o valor terapêutico (RT 239/82).

O § 1º do art. 273 traz diversas ações em que o agente incorre nas mesmas penas do caput (falsificação de medicamentos). São elas: importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Figura como sujeito ativo pessoa diversa do falsificador (se praticadas pelo próprio falsificador, estas condutas serão mero post factum impunível).

O § 1º-B determina que se sujeita às mesmas penas do caput quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produtos que, apesar de não falsificados, corrompidos, alterados ou adulterados, encontram-se numa das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente: é o produto que, embora não corrompido, não foi devidamente registrado no órgão sanitário. Trata-se, pois, de norma penal em branco, já que a exigência de registro é determinada pelo poder público, por meio de normas próprias;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior: aqui também não ocorre falsificação, porém o agente importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo produto cuja composição é diversa daquela que consta do registro no órgão sanitário;

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização: é o produto que não conta com as características admitidas pelo poder público para ser comercializado;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade: é o produto que deixa de apresentar a eficácia necessária ao combate de determinada doença;

V – de procedência ignorada: é o que dificulta a fiscalização pelo órgão sanitário em razão da inexistência de dados acerca de sua origem;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente: é o produto originário do comércio clandestino, não necessariamente corrompido, que também dificulta a fiscalização pela autoridade sanitária.

Nesse ponto, não se tratando de produto falsificado (logo, materialmente apto ao consumo), logo se questionou a necessidade da intervenção do Direito Penal. A infração, para parcela da doutrina, seria

## Boletim Criminal Comentado nº 056 - julho 2019

melhor resolvida no âmbito administrativo, respeitando-se, desse modo, o princípio da ofensividade ou lesividade (que exige, na incriminação, a presença de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado). Questionou-se, ainda, a proporcionalidade da pena, pois o legislador pune com a mesma intensidade duas situações diametralmente opostas (no caput e § 1º, produto falsificado; no § 1º-B, produto não corrompido).

Julgando habeas corpus que versava sobre a conduta tipificada no § 1º-B, inciso V, o STJ considerou inconstitucional a pena cominada em razão da desproporcionalidade em relação a condutas muito mais graves, como a extorsão mediante sequestro e o estupro de vulnerável. Concluiu o tribunal que, no lugar da reprimenda estabelecida no Código Penal, deve-se aplicar a do art. 33, caput, da Lei 11.343/06 ([AI no HC 239.363/PR](#), Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 10/4/2015).

Diante desse quadro, surgiu outra dúvida: ao crime do art. 273, §1º.-B, quando primário o seu agente, preenchidos os demais requisitos do art. 33, §4º., da Lei de Drogas, caberia a minorante do tráfico privilegiado?

O STJ, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas, **sem vedar expressamente a incidência da minorante do § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.**

### DIREITO PENAL:

---

**1-Tema: Art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013. Impedir ou embaraçar a investigação de organização criminosa. Inquérito policial e ação penal. Abrangência.**

#### INFORMATIVO 650 STJ- QUINTA TURMA

O tipo penal previsto pelo art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 define conduta delituosa que abrange o inquérito policial e a ação penal.

#### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

Não é razoável dar ao art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 uma interpretação restritiva para reconhecer como típica a conduta do agente de impedir ou embaraçar a investigação somente na fase extrajudicial. Com efeito, as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita "inquérito policial", compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal como um todo, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Frise-se que também no curso da ação penal são feitas investigações e diligências objetivando a busca da verdade real, sendo certo que as investigações feitas no curso do

## Boletim Criminal Comentado nº 056 - julho 2019

inquérito, como no da ação penal, se diferenciam, primordialmente, no que diz respeito à amplitude do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Ressalta-se que a persecução penal é contínua não havendo de se falar em estancamento das investigações com o recebimento da denúncia. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal.

PROCESSO: HC 487.962-SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 28/05/2019, DJe 07/06/2019

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Dentre os crimes tipificados na Lei 12.850/13 há o de impedir ou, de qualquer forma, embaraçar a investigação de infração penal que envolva organização criminosa (art. 2º, § 1º).

A redação do tipo penal, que faz menção apenas à investigação, provoca certa controvérsia a respeito de sua abrangência, ou seja, discute-se se o ato criminoso de impedir ou embaraçar a apuração de crimes envolvendo organizações criminosas pode ocorrer apenas no decorrer do inquérito policial (ou de procedimento análogo) ou se também se estende à ação penal. O legislador omitiu a obstrução do processo judicial correspondente, lacuna que, para alguns, não pode ser suprida pelo intérprete, sob pena de violação do princípio da legalidade.

Desde a edição da Lei 12.850/13 parcela da doutrina sustenta que a interpretação literal deve ser acompanhada da interpretação racional possível (teleológica), até o limite permitido pelo Estado de Direito. Não se pode admitir, por absoluta ausência de fundamento lógico, que a obstrução da investigação na fase preliminar da persecução penal seja crime e, ao mesmo tempo, se considere atípico o embaraço do processo penal derivado da investigação, que é a fase principal da persecução penal, durante a qual devem ser adotados todos os meios legais possíveis para que se garanta o pleno exercício do devido processo legal.

Foi o que decidiu o STJ no julgamento do HC 487.962/SC (j. 28/05/2019):

“Não é razoável dar ao art. 2º, §1º, da Lei n. 12.850/2013 uma interpretação restritiva para reconhecer como típica a conduta do agente de impedir ou embaraçar a investigação somente na fase extrajudicial. Com efeito, as investigações se prolongam durante toda a persecução criminal, que abarca tanto o inquérito policial quanto a ação penal deflagrada pelo recebimento da denúncia. Não havendo o legislador inserido no tipo a expressão estrita “inquérito policial”, compreende-se ter conferido à investigação de infração penal o sentido de persecução penal como um todo, até porque carece de razoabilidade punir mais severamente a obstrução das investigações do inquérito do que a obstrução da ação penal. Frise-se que também no curso da ação penal são feitas investigações e diligências objetivando a busca da verdade real, sendo certo que as investigações feitas no curso do inquérito, como no da ação penal, se diferenciam, primordialmente, no que diz respeito à amplitude do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Ressalta-se que a persecução penal é



## Boletim Criminal **Comentado** nº 056 - julho 2019

continua não havendo de se falar em estancamento das investigações com o recebimento da denúncia. Ademais, sabe-se que muitas diligências realizadas no âmbito policial possuem o contraditório diferido, de tal sorte que não é possível tratar inquérito e ação penal como dois momentos absolutamente independentes da persecução penal.”

### **2- Tema: Furto qualificado e princípio da insignificância**

#### **STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.007 - SP**

##### **EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO OBJETO SUBTRAÍDO. SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. CONCURSO DE AGENTES. HABITUALIDADE CRIMINOSA. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. TIPICIDADE MATERIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

Clique [aqui](#) para ter acesso a decisão

#### **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.

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.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 056 - julho 2019

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.

No caso concreto, o réu foi condenado como incurso no art. 155, § 4.º, inciso IV, do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 11 (onze) dias-multa, sendo que a *res furtiva* foi avaliada em R\$ 210,00 (duzentos e dez reais). O TJSP acolheu recurso defensivo para absolver o réu com base no princípio da insignificância. O MPSP manejou Recurso Especial, que foi provido pelo STJ para o fim de restabelecer a condenação do réu.

### **STF/STJ: Notícias de interesse institucional**

---

#### **Notícias STF**

**09 de julho de 2019**

1- Ministro garante restituição de prazo para apelação da vítima em razão de inércia do Ministério Público

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

#### **Notícias STJ**

**10 de julho de 2019**

2- Publicitário investigado nas Operações Manus e Lavat tem negado pedido de suspensão de ações penais

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

3- Rejeitado habeas corpus do ex-governador Beto Richa contra mudança de lotação de juízes em Curitiba

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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 056 - julho 2019

4- Mantida prisão da cantora Preta Ferreira e de seu irmão

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

**11 de julho de 2019**

5-Negado pedido de liberdade a ex-gerente da Transpetro preso na Operação Lava Jato

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

# CAO – Crim

## Boletim Criminal Comentado nº 057

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: Crimes contra a Ordem Tributária e Relações de Consumo de acordo com o STJ**

Comentaremos, em seguida, na seção de estudos do boletim, as principais teses do STJ envolvendo crimes da Lei 8.137/90.

#### **I) Compete à justiça estadual processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos na Lei n. 8.137/1990, salvo se praticados em detrimento do art. 109, IV e VI, da Constituição Federal de 1988.**

A competência da Justiça Federal para o julgamento de crimes decorre das situações específicas dispostas na Constituição Federal. Dentre tais situações encontramos, nos incisos IV e VI do art. 109, as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas e os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.

Em razão especialmente do disposto no inciso VI acima mencionado, que trata expressamente dos crimes contra a ordem econômico-financeira, são diversos os casos de conflito de competência envolvendo tanto os crimes contra a ordem econômica tipificados na Lei 8.137/90 quanto aqueles que compõem a Lei 8.176/91, que envolvem principalmente a adulteração de combustíveis, cuja recorrência é muito grande. A forma como geralmente ocorrem esses delitos (que costumam se estender para mais de um local) e a fiscalização exercida por órgãos da União provocam certo desacordo a respeito do órgão adequado para julgar a ação penal.

O STJ firmou a orientação de que a Constituição impõe à Justiça Federal a competência de julgamento apenas quando atingidos diretamente bens, serviços ou interesse da União (e a fiscalização por órgão federal não é suficiente para atrair o interesse de julgamento) ou quando a lei assim dispuser, como ocorre, por exemplo, nos crimes contra o sistema financeiro (art. 26 da Lei 7.492/86):

“Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que, como as Leis 8.137/90 e 8.176/91, que tratam de crimes contra a ordem econômica, não definiram a competência para o processo e julgamento dos crimes nelas previstos, compete, em regra, à Justiça Estadual o exame de tais feitos.

O eventual deslocamento da competência para o julgamento de tais delitos para a Justiça Federal depende, assim, da demonstração de ofensa direta a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos exatos termos do inciso IV do art. 109 da Carta Magna, o que se daria, por exemplo, diante de eventual dano ou ameaça de dano que tivesse o condão de atingir vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais.

(...)

Ora, no caso concreto, pelo que se depreende do Auto de Prisão em Flagrante (e-STJ fl. 8), a investigada foi denunciada anonimamente por vender ilegalmente gás GLP em sua residência, local em que os policiais que a flagraram encontraram 25 (vinte e cinco) botijões de GLP P13, dos quais 20 (vinte) estavam vazios e 5 (cinco) cheios.

Mesmo que se saiba que a ilegalidade da conduta se revela na ausência de autorização necessária da Agência Nacional de Petróleo, para realizar distribuição ou revenda de gás natural, como bem pontuou o parecer ministerial, o contexto somente revela a necessidade de atuação fiscalizatória da autarquia federal reguladora, mas não deixa entrever prejuízo a ela causado ou dano que extrapole a localidade.” (CC 152.511/MT, j. 14/06/2017).

\*\*\*\*\*

“Assim, de acordo com o que se depreende do inciso VI do referido art. 109 da Constituição, os crimes contra a ordem econômica ou contra o sistema financeiro nacional somente serão julgados pela Justiça Federal na hipótese de previsão expressa em lei ordinária. Para os crimes contra o sistema financeiro, esta previsão encontra-se no art. 26 da Lei 7.492/86.

De efeito, esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que os crimes contra a ordem econômica, previstos na Lei n.º 8.137/90, são, em regra, de competência da Justiça Estadual, salvo se comprovada a efetiva lesão a bens, interesses ou serviços da União, a teor do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.” (AgRg no HC 269.029/DF, j. 26/11/2013)

**II) Aplica-se o princípio da consunção ou da absorção quando o delito de falso ou de estelionato (crime-meio) é praticado única e exclusivamente com a finalidade de sonegar tributo (crime-fim).**

É muito comum que os crimes relativos a sonegação tributária sejam cometidos por meio de condutas que, por si, são criminosas por envolverem falsificação material de documentos, falsidade ideológica e diversos tipos de fraude.

Nesses casos, ingressamos no mesmo debate existente sobre a relação entre o falso e o estelionato, isto é, se deve haver imputação em concurso ou se, a depender do caso concreto, podem ser aplicadas as regras do conflito aparente de normas para que a punição se restrinja ao crime-fim. No caso do conflito entre o estelionato e a falsificação, a orientação dominante é de que o crime patrimonial absorve o crime contra a fé pública se a potencialidade lesiva se esgota em um específico ato fraudulento; caso contrário, há concurso de delitos. Não destoia disso a orientação adotada pelo STJ a respeito dos crimes tributários cometidos por meio de falsificações e fraudes. Caso estas últimas sejam cometidas com a única finalidade de sonegação tributária, o crime-fim as deve absorver:

“Este Superior Tribunal entende que, nas hipóteses em que a finalidade do falso é a sonegação fiscal, é aquele considerado como meio de exclusiva supressão do pagamento de tributo, configurando hipótese de absorção do crime meio pelo crime final de sonegação tributária.” (RHC 82.025/SC, j. 11/12/2018)

Esta solução tem especial importância em virtude do disposto na súmula vinculante 24, segundo a qual o crime material contra a ordem tributária não se tipifica até a constituição definitiva do tributo. Se se consideram absorvidos os crimes anteriores à sonegação, nenhum procedimento criminal pode ser iniciado até que o órgão fazendário decida definitivamente sobre o tributo devido, o que não ocorre se a imputação for dos delitos em curso, pois falsificações e fraudes não passam pelo mesmo procedimento prévio.

**III) No contexto da chamada “guerra fiscal” entre os estados federados, não se pode imputar a prática de crime contra a ordem tributária ao contribuinte que não se vale de artifícios fraudulentos com o fim de reduzir ou suprimir o pagamento dos tributos e que recolhe o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS segundo o princípio da não-cumulatividade.**

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é de competência estadual e do Distrito Federal, conforme determina o art. 155, inc. II, da Constituição Federal. Em razão disso, as alíquotas relativas a este tributo são estabelecidas por normas estaduais e distritais, o que pode acarretar a denominada “guerra fiscal”, em que diversas unidades federativas disputam entre si a imposição de alíquotas mais baixas, que servem de incentivo para a instalação de empresas.

O ICMS tem por natureza a não cumulatividade, ou seja, o imposto devido em cada operação é compensado pelo que já foi pago nas operações anteriores. É o que dispõe o art. 155, § 2º, inc. I, da Constituição Federal:

“§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal”

Para que a compensação constitucional possa ter efeito, é permitido que o contribuinte credite a si mesmo o imposto anteriormente cobrado em operações que tenham resultado na entrada de mercadoria no estabelecimento. Assim, se, por exemplo, na operação de responsabilidade do contribuinte “A” o ICMS for de R\$ 40.000,00, e na operação anterior envolvendo a mesma mercadoria já tiverem sido pagos R\$ 10.000,00, “A” poderá se creditar deste valor e pagar R\$ 30.000,00.

## Boletim Criminal Comentado nº 057 – julho 2019

Ocorre que a divergência de alíquotas impostas em cada Estado aliada às regras relativas às operações interestaduais de ICMS pode fazer com que determinado contribuinte se credite por operação anterior baseada em alíquota posteriormente contestada pelo Fisco. Isto causa problemas que, não raro, culminam em *notitia criminis* do órgão fiscal estadual por crédito indevido de ICMS.

O STJ tem adotado a orientação de que a imputação de crime contra a ordem tributária só é possível se demonstrada a utilização de artifícios fraudulentos para “fabricar” créditos indevidos. Tratando-se simplesmente de crédito derivado do princípio da não cumulatividade, ainda que haja alguma irregularidade sob a ótica estritamente fiscal, não há justa causa para a ação penal:

“Assim, constata-se que a recorrente foi acusada de sonegar tributo estadual devido ao Estado de São Paulo, na medida em que teria inserido, em suas escriturações, entre janeiro de 2002 e 6 de dezembro de 2002, créditos de ICMS não reconhecidos por esse ente federativo, no valor de R\$ 378.415,52, decorrentes de incentivos fiscais concedidos pelo Distrito Federal, com base no artigo 3º da Portaria nº 384/2001 do referido ente estatal, Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 001/2002 – SUREC/SEPF – Processo n. 00040.004880/2001.

Entretanto, como é cediço, o crime previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990 exige o elemento subjetivo doloso para a sua configuração, consistente na efetiva vontade de fraudar o fisco, mediante omissão ou declaração falsa às autoridades fazendárias, com o fim de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social.

E, na espécie, ressei dos autos que a paciente efetuou lançamentos exatos de crédito de ICMS, amparado Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 001/2002 – SUREC/SEPF – Processo n. 00040.004880/2001 e 029/2004 – Processo 040.002.293.2004, do Distrito Federal, vigente ao tempo dos fatos, no contexto da chamada “guerra fiscal” entre o distrito federal e os estados federados, razão pela qual não há falar em dolo de fraudar o fisco.

Com efeito, o lançamento exato de crédito tributário, com fulcro em lei vigente, ainda que questionável a respectiva constitucionalidade, retira o elemento subjetivo doloso, imprescindível para a configuração do ilícito penal em exame. A hipótese dos autos apenas retrata a situação de “guerra fiscal” entre os entes federados, mediante a concessão de benefício fiscal por um ente federativo sem amparo em convênio entre os Estados e o Distrito Federal no âmbito do CONFAZ.

Em conclusão, no contexto da chamada “guerra fiscal”, o creditamento de ICMS realizado pela contribuinte, com base em benefício fiscal previsto em lei vigente, utilizando-se de lançamentos exatos, afasta o dolo necessário para a configuração do ilícito previsto no art. 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990, pois, nessa hipótese, não há falar em meio fraudulento para reduzir ou suprimir tributos.” (RHC 65.851/SP, j. 27/06/2017 – grifamos)



**IV) O processo criminal não é a via adequada para a impugnação de eventuais nulidades ocorridas no procedimento administrativo-fiscal.**

Sabe-se que, por força do disposto na súmula vinculante 24, só é possível a instauração de ação penal por crime material contra a ordem tributária após a constituição definitiva do crédito tributário, que decorre de um procedimento administrativo de competência do órgão fazendário. Esse procedimento é normalmente utilizado pelo contribuinte para se defender da autuação tributária e pode resultar no completo afastamento da responsabilidade quando se conclui, por exemplo, que o tributo não é devido ou que não ocorreu a irregularidade apontada pelo Fisco.

Como se trata de um processo administrativo, há um trâmite a ser seguido, e o descumprimento de alguma formalidade sensível pode acarretar nulidade. É o caso, por exemplo, de uma intimação viciada ou não realizada. Caso esta nulidade não seja combatida no próprio procedimento ou em ação própria, não é possível fazê-lo posteriormente, quando já tramita o processo criminal decorrente da infração penal tributária:

“Por outro lado, a possível existência de vícios referentes à ausência de contraditório e ampla defesa, no inquérito administrativo que precedeu e colheu elementos para a propositura da ação penal, deve ser examinada em ação própria. Em caso semelhante, decidiu-se que “o juízo criminal não é sede própria para se proclamarem nulidades em procedimento administrativo-fiscal que, uma vez verificadas, são capazes de fulminar o lançamento tributário em prejuízo da Fazenda Nacional” (AgRg no REsp n. 1.169.532/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 13/6/2013).

Por fim, saliento que o devido processo legal e os postulados da ampla defesa e do contraditório foram cumpridos durante a fase judicial para a apuração do ilícito penal.” (HC 353.601/SP, j. 13/11/2018)

**V) Eventuais vícios no procedimento administrativo-fiscal, enquanto não reconhecidos na esfera cível, são irrelevantes para o processo penal em que se apura a ocorrência de crime contra a ordem tributária.**

Na esteira da tese anterior, esta conclui que vícios ocorridos no procedimento administrativo mas ainda não reconhecidos em ação judicial própria não impactam a ação penal em trâmite sobre o crime contra a ordem tributária. Mas caso o reconhecimento do vício acarrete a decretação de nulidade que torne ineficaz a constituição definitiva do crédito, haverá efeito direto na ação penal.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Presidente do STF determina suspensão nacional de processos sobre compartilhamento de dados fiscais sem autorização judicial**

**DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 16/7/2019**

O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, determinou a suspensão nacional de todos os processos judiciais em andamento no país que versem sobre o compartilhamento, sem autorização judicial e para fins penais, de dados fiscais e bancários de contribuintes. A questão está em discussão no Recurso Extraordinário (RE) 1055941, com repercussão geral reconhecida (Tema 990), que foi incluído na pauta de julgamentos do Plenário do dia 21 de novembro. O processo tramita em segredo de justiça.

Pela decisão do ministro Dias Toffoli, ficam ainda suspensos, em todo o território nacional, inquéritos e procedimentos de investigação criminal atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais que foram instaurados sem a supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e Bacen).

Em sua decisão, o ministro Toffoli lembrou que a contagem do prazo da prescrição nesses processos judiciais e procedimentos ficará suspensa, conforme decidiu o STF no julgamento da questão de ordem no RE 966177, quando assentou entendimento pela suspensão do prazo prescricional em processos penais sobrestados em decorrência do reconhecimento de repercussão geral.

O presidente do STF, entretanto, ressalva que a suspensão nacional determinada não atinge as ações penais e/ou inquéritos ou Procedimentos de Investigação Criminal (PICs) nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização.

Comunicação

O ministro Dias Toffoli, ao final da decisão, determina que a Secretaria Judiciária do STF adote as providências cabíveis, “quanto à cientificação dos órgãos do sistema judicial pátrio e dos Ministérios Públicos Federal e estaduais”.

Ele solicita ainda informações pormenorizadas a respeito do procedimento adotado em relação ao compartilhamento de dados e o nível de detalhamento das informações aos seguintes órgãos: Procuradoria-Geral da República (PGR), Tribunal de Contas da União (TCU), Receita Federal, Conselho

## Boletim Criminal **Comentado** nº 057 – julho 2019

de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Procuradorias-Gerais de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Em decisão monocrática proferida no último dia 16 de julho, o ministro Dias Toffoli determinou a suspensão de investigações criminais e processos judiciais instruídos com dados fiscais e bancários compartilhados sem autorização judicial entre órgãos de fiscalização tributária e de persecução criminal.

A decisão foi proferida no Recurso Extraordinário 1.055.941, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que anulou ação penal na qual dados bancários obtidos pela Receita Federal foram compartilhados com o Ministério Público para fins penais. Segundo o acórdão recorrido, compartilhamentos de informações bancárias para instruir investigações criminais só podem ser promovidos mediante autorização judicial, inexistente naquele caso.

No recurso, o Ministério Público Federal argumenta que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial já foi considerada válida pelo STF, que, no recurso extraordinário 601.314, julgou constitucional a Lei Complementar 105/01, especialmente o disposto em seu art. 6º:

“As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

Argumenta, também, que, ao julgar conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, o STF confirmou a constitucionalidade do compartilhamento de dados bancários.

O referido recurso (RE 1.055.941) teve repercussão geral reconhecida e deve ser julgado no próximo mês de novembro. O ministro Dias Toffoli – relator do recurso – afirmou que, embora o STF tenha proferido decisões admitindo o compartilhamento de dados para fins penais, os julgamentos fundamentais sobre o art. 6º da Lei Complementar 105/01 apenas tangenciaram a questão da possibilidade de que informações obtidas pelo Fisco sejam compartilhadas com órgãos de investigação criminal. Por isso se justificava o reconhecimento da repercussão geral, para que o tribunal pudesse decidir sobre o tema de forma específica e com efeitos abrangentes.

No dia 16 de julho, em nova decisão o ministro determinou: **1)** “a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o

## Boletim Criminal Comentado nº 057 – julho 2019

Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral”; **2)** “com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADIs nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16)”.

A decisão se fundamenta no fato de que no julgamento daquelas ações constitucionais o STF foi expresso ao admitir, para a finalidade de fiscalização e controle tributário, apenas e tão somente o compartilhamento de dados relativos à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais movimentados, ou seja, não se contemplou a troca de informações com detalhamento da origem e da natureza das movimentações. E, atualmente, há dúvidas a respeito do alcance de detalhamento do que está sendo compartilhado entre os órgãos de fiscalização tributária e o Ministério Público e as polícias.

Esta última decisão tem provocado intensa reação devido à extensão de seus efeitos, que, na prática, paralisam investigações sobre infrações penais relativas a organizações criminosas, tráfico de drogas, tráfico de armas, corrupção, lavagem de dinheiro etc.

A possibilidade de compartilhar, para fins penais, informações bancárias detalhadas sem controle judicial não é incontroversa. No próprio STF há divergência a respeito da extensão das decisões já proferidas, tanto que, na apreciação da repercussão geral da matéria veiculada no RE 1.055.941, o ministro Edson Fachin divergiu do relator para afirmar que a decisão proferida no RE 601.314 – no qual se estabeleceu a constitucionalidade do art. 6º da LC 105/01 – já contempla o compartilhamento de dados bancários para fins penais:

“(…) Com efeito, uma vez declarada lícita a obtenção dos dados na esfera administrativa, há que se reconhecer também a sua licitude para fins de persecução penal.

Em igual sentido, saliento relevante trecho da decisão proferida pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no ARE 953.058, DJe 27.5.2016:

“(…) Ademais, a teor do art. 198, § 3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela Lei Complementar 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

## Boletim Criminal Comentado nº 057 – julho 2019

Dessa maneira, sendo legítimo 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. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao Parquet”.

Mas o que parece ser o cerne da questão nesta decisão do ministro Toffoli não é exatamente o compartilhamento de relatórios com dados bancários e de movimentações atípicas entre o COAF e os órgãos de investigação criminal, algo há muito admitido em incontáveis decisões judiciais, inclusive no próprio STF. O fundamento da decisão indica a pretensão de estabelecer a exata extensão das informações objeto de compartilhamento, tanto que não se impõe a suspensão a todos os procedimentos investigativos e ações penais baseados na obtenção de dados fiscais, mas somente àqueles procedimentos em que as informações obtidas “vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais”. E no próprio RE 1.055.941 – no qual a decisão foi proferida – o que se busca principalmente é estabelecer limites objetivos que órgãos detentores de informações sigilosas devem observar ao transferir dados para o Ministério Público para fins criminais.

Há normas de caráter administrativo que disciplinam a atuação de órgãos fiscalizatórios sobre movimentações financeiras. O Banco Central tem circulares em que estabelece diretrizes para que instituições financeiras colaborem para a prevenção de lavagem de dinheiro. Os arts. 12 e 13 da Circular 3.641/09, por exemplo, dispõem sobre a informação de movimentações atípicas ao COAF; a Carta Circular 3.542/12 elenca algumas dezenas de operações que, devido às partes envolvidas, aos valores, à frequência, às formas de realização, aos instrumentos utilizados ou à falta de fundamento econômico ou legal podem configurar indícios de lavagem de dinheiro. Da mesma forma, a atuação do COAF é controlada por normas internas vinculadas ao atual Ministério da Economia.

De se destacar, por fim, que o STF vem decidindo que o Ministério Público pode ter acesso, em determinadas hipóteses, as informações bancárias sem que haja autorização judicial. O Plenário da Corte, no MS 21.729, decidiu que o MP está apto a requisitar a quebra desse sigilo quando as informações bancárias forem referentes a empréstimos e financiamentos concedidos com dinheiro público, pois neste caso os dados não estão protegidos pelo direito à privacidade – afinal, não se pode alegar sigilo diante do princípio da publicidade que rege a Administração Pública. Tal entendimento foi reforçado em decisão de setembro de 2017, quando a 2ª Turma confirmou, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 133.118, que o Ministério Público tem legitimidade para requisitar, diretamente às instituições financeiras, informações bancárias de Município.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 057 – julho 2019

Em razão da relevância da decisão do Min. Dias Toffoli e suas consequências para inúmeras investigações em curso e ações penais que apuram delitos graves, a Procuradoria-Geral de Justiça constituiu Grupo de Trabalho com colegas da 1ª e 2ª Instância, visando reunir subsídios a serem levados aos demais Ministros da Suprema Corte, buscando a alteração da citada decisão monocrática.

### **2- Tema: Produção antecipada de provas**

**STJ- AgRg no AREsp 1425031/GO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019**

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 455/STJ. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A produção antecipada de provas, no Juízo criminal, pressupõe a existência de risco concreto de perecimento das informações necessárias ao êxito da persecução penal, sendo certo que o mero decurso do tempo não é, por si só, fundamento idôneo a ensejá-la.

2. Nessa linha, a Súmula 455/STJ dispõe: "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.". Todavia, no presente caso, há situação excepcional a lastrear a necessidade de oitiva das testemunhas presenciais, em razão do fato de algumas serem policiais, aliado ao longo tempo decorrido desde a prática do fato delituoso (9 anos), o que configura motivação concreta para a produção antecipada de provas.

3. Agravo regimental não provido.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Assim que editada a Lei 9.271/96, parte da doutrina que timidamente se formou era 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, toda e qualquer testemunha (e também a vítima), fatalmente não mais se lembraria de detalhes do ocorrido, razão pela qual sua oitiva antecipada deveria ser sempre determinada. Isso sem dizer da certeza quanto à morte da testemunha, outra consequência natural da existência humana. Conjecturava-se, ainda, com a possibilidade de a testemunha desaparecer, mudando de endereço, o que impediria sua posterior oitiva em juízo. Foi esse o entendimento inicial do STJ, como abaixo transcrito e pelo STF (RT 743/632).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 057 – julho 2019

Jurisprudência e doutrina, mais adiante, evoluíram em sentido diverso, abandonando esse posicionamento, culminando com a cristalização do entendimento resumido na Súmula nº 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”.

E, de fato, conquanto corretas as assertivas inicialmente invocadas (lapso de memória e certeza da morte, por ação do tempo), uma vez acolhidas, importariam na obrigatoriedade da antecipação da prova em todo e qualquer caso, havendo ou não urgência, esvaziando, ademais, a faculdade concedida ao juiz pelo legislador, que empregou o vocábulo poderá, ao invés de deverá. Daí prevalecer o entendimento de que a mera alusão genérica a tais fatores, formulada de maneira especulativa e sem a demonstração concreta da urgência na antecipação da prova (*periculum in mora*), autoriza que o juiz, dentro da discricionariedade que lhe foi concedida pelo legislador, indefira tal diligência, sob pena, assim não sendo, da exceção tornar-se a regra.

Mas é preciso, sob nossa compreensão, que se estabeleça algum critério, por mínimo que seja, sob pena de se autorizar que o juiz, por capricho, rejeite o pedido de antecipação de prova. Em outras palavras: embora se identifique a discricionariedade concedida pela lei ao juiz, de bom alvitre que alguma baliza seja indicada a fim de orientar a decisão judicial. Nessa linha de raciocínio, cremos que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal seja o mais adequado. Assim, para a mais alta Corte do país, prova testemunhal urgente, a justificar sua antecipação, segundo o prudente arbítrio do juiz, é aquela indicada no art. 255 do código, verificável “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice”, de forma a “inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista”. Na análise acima a esse dispositivo, indicamos alguns exemplos e aludidos ao Código de Processo Civil, que trata da do depoimento colhido *ad perpetuam rei memoriam*.

Destaque-se, ainda, que a Lei n. 9.807/1999, que trata da proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, prevê a obrigatoriedade da antecipação do depoimento dessas pessoas, uma vez incluídas no programa de proteção (art. 19-A).

### **3- Tema: Execução Penal- Nova Condenação e Unificação de penas**

#### **STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.780.902 - SP**

#### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. NOVA CONDENAÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RECONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE



CUMPRIMENTO SIMULTÂNEO DAS REPRIMENDAS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O CP, no art. 44, sem prejuízo do disposto no art. 181 da LEP, anuncia hipóteses de reconversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade.

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).

Percebam que, nesse caso, o juiz da execução deve aquilatar (sem ignorar os fins da pena) se o reeducando tem condições de cumprir a pena substitutiva anterior e a nova sanção privativa de liberdade. Os tribunais, de forma copiosa, decidem que a reconversão parece inevitável quando a nova condenação vier acompanhada de pena privativa a ser cumprida em regimes semiaberto ou fechado.

É importante notar, por fim, que nesta hipótese de conversão o legislador, diferentemente do §4º., não previu a detração. Na reconversão em tela, no cálculo da pena privativa de liberdade a executar, não será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos.

Clique [aqui](#) para ter acesso a decisão



**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Roubo com emprego de arma de fogo- Desnecessidade da apreensão da arma**

**STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.806.190 - SP**

**EMENTA**

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO. OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. SÚMULA 568/STJ. INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Todos os objetos que, segundo a autoridade policial, guardarem relação com o crime, sendo de interesse para a futura elucidação dos fatos, devem ser apreendidos, assim que os peritos liberarem o local (art. 6º. CPP).

A arma utilizada pelo agressor, a res furtiva apreendida em uma tentativa de furto, uma carta subscrita pelo agente na qual ameaça a vítima, são exemplos de objetos que devem ser alvo da apreensão, sobretudo a fim de propiciar sua posterior perícia. Lembre-se que o art. 175 do código impõe a perícia na arma utilizada pelo agressor, a fim de se verificar sua natureza e eficiência. Já o art. 172 determina a avaliação do produto do crime, enquanto que o art. 174 prevê a realização de perícia para reconhecimento de escritos. É ainda relevante a apreensão dos objetos, mesmo que já realizada a perícia, porque o código contempla a possibilidade de, a mando do juiz, novo exame seja realizado, nos termos do parágrafo único do art. 181.

Contudo, é importante alertar que a maioria da jurisprudência dos Tribunais Superiores orienta que, para a configuração da majorante nos crimes de roubo e extorsão, mostra-se dispensável a apreensão da arma utilizada no crime, **desde que sua utilização fique demonstrada por outros meios de prova**. Não obstante, a majorante não é aplicável aos casos nos quais a arma utilizada na prática do delito é apreendida e periciada, e sua inaptidão para a produção de disparos é constatada. Nesse sentido: STJ – HC 247.669/SP, Sexta Turma, rel. Min. Sebastião Reis Junior.

Clique [aqui](#) para ter acesso a decisão

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 058

**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: Competência para o processo e julgamento do crime de falsificação de documento público emitido por órgão federal**

A consumação do crime de falsificação de documentos ocorre no momento em que é 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. Se o fizer, tal conduta (art. 304 CP) será considerada “post factum” impunível.

A competência para o processo e julgamento dos delitos de falso documental gera discussões.

Quanto ao local, prevalece que a competência territorial é a daquele em que se deu a falsificação (art. 70 do CPP).

A maior contenda se concentra em torno da determinação da jurisdição competente, isto é, se da justiça estadual ou da federal, e, excepcionalmente, se da justiça eleitoral ou militar.

A matéria vem regulada no inciso IV, do art. 109 da CF/88, que dispõe competir aos juízes federais processar e julgar, em primeira instância, os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, ressalvada a competência da justiça militar e da justiça eleitoral.

A questão foi analisada de forma ímpar por Frederico Marques que, apesar de referir-se ao extinto Tribunal Federal de Recursos, mostra-se bastante atual:

“A regra constitucional qualifica os crimes da competência do Tribunal Federal de Recursos, não em função do interesse penalmente tutelado, e sim do titular desse interesse. Isso significa que o sujeito passivo do delito é que dá aos crimes em apreço o traço específico da qualificação constitucional, de forma que se fixe a competência funcional do órgão judiciário, sempre que a infração penal atinja ‘bens, serviços ou interesses da União’. Não é objeto material do crime, mas o sujeito passivo da infração que dá ao fato delituoso os traços característicos que o enquadram nas atribuições jurisdicionais do Tribunal Federal de Recursos.”<sup>1</sup>

Como se vê, a só circunstância de ser o documento falsificado emanado de órgão federal não é bastante para determinar que a competência seja da justiça federal. A jurisprudência tem-nos dado várias hipóteses em que, muito embora haja ocorrido falsificação de documento emitido por

---

<sup>1</sup>. *Elementos de direito processual penal*, v. 1, p. 250.

## Boletim Criminal Comentado nº 058 – julho 2019

autoridade federal, ou em que ela tenha interesse, não sendo atingidos seus bens, serviços ou interesses, a competência é da justiça estadual. Nesse sentido, sumulou o STJ:

“A competência para processar e julgar o crime de uso de documento falso é firmada em razão da entidade ou órgão ao qual foi apresentado o documento público, não importando a qualificação do órgão expedidor” (Súmula 545).

Em que pese fazer referência somente ao crime de uso de documento falso (art. 304 do CP), a novel súmula confirma outras editadas pelo mesmo tribunal, tendo igual espírito:

a) compete à justiça estadual processar e julgar o crime de falsa anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, atribuído à empresa privada (Súmula 62 do STJ)<sup>2</sup>;

b) compete à justiça estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino (Súmula 104 do STJ);

c) compete à justiça comum estadual processar e julgar crime de estelionato praticado mediante falsificação de guias de recolhimento das contribuições previdenciárias, quando não ocorrente lesão à autarquia federal (Súmula 107 do STJ);

d) a falsificação de título de eleitor sem fins eleitorais não caracteriza crime eleitoral. Desse modo, tratando-se de infração comum (e não especial), é competente a Justiça comum, mas federal (RJTJSP 20/358). No mesmo sentido: RT 458/438;

---

<sup>2</sup> Esta súmula foi editada em 1992, antes, portanto, da alteração promovida no art. 297 do Código Penal pela Lei 9.983/00, introdutória dos parágrafos 3º e 4º, que tratam, na verdade, de falsos ideológicos relacionados a documentos previdenciários. Antes, portanto, não havia menção a documentos previdenciários. O tribunal, de qualquer maneira, fazia interpretação casuística a respeito da competência nesses crimes, a depender de quem poderia ser efetivamente considerado lesado pela conduta: a) nos casos de simples omissão de anotação e de anotação de período de tempo de contrato menor, considerava-se que apenas indiretamente a previdência era atingida, razão pela qual a competência era da justiça estadual; b) no caso de anotação falsa para fazer constar período de contrato de trabalho que nunca existiu, havia prejuízo direto à previdência, pois se tratava de conduta destinada à obtenção de benefício previdenciário indevido. Por isso, a competência era da justiça federal. O tribunal, no entanto, tem decidido que mesmo no caso de omissão de anotação, o sujeito passivo primário é o Estado (no caso, o órgão previdenciário), o que atrai a competência federal: “1. No julgamento do CC n. 127.706/RS (em 9/4/2014), da relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, a Terceira Seção desta Corte, por maioria, firmou o entendimento de que, no delito tipificado no art. 297, § 4º, do Código Penal, o sujeito passivo é o Estado e, eventualmente, de forma secundária, o particular, terceiro prejudicado com a omissão das informações, circunstância que atrai a competência da Justiça Federal, conforme o disposto no art. 109, IV, da Constituição Federal. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 1ª Vara de Itapeva – SJ/SP, o suscitante” (CC 135.200/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 02/02/2015). No mesmo sentido: AgRg no CC 131.442/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 19/12/2014; CC 127.706/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 03/09/2014. Dessa forma, embora a súmula nº 62 ainda esteja em vigor, a tendência é de que, a prosperar a nova orientação, seja cancelada.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 058 – julho 2019

e) a falsificação de documento militar sem atentar contra a ordem administrativa militar, é da competência da Justiça Comum.

Para ilustrar nosso raciocínio, vejamos os dois julgados abaixo, ambos do STJ:

**STJ- AgRg no CC 146.725/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 17/06/2016**

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FALSIFICAÇÃO DE CPF. USO DE DOCUMENTO PARA PRÁTICA DE GOLPES EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS.

INCIDÊNCIA DO MESMO RACIOCÍNIO EMPREGADO NO ENUNCIADO DA SÚMULA 107 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É da competência da Justiça comum estadual o julgamento do crime de falsificação de documento expedido por Órgão Federal (CPF) que resulta na prática de estelionato contra estabelecimento comercial.
2. Raciocínio análogo ao que deu ensejo ao enunciado da Súmula 107 do STJ.
3. Agravo regimental não provido.

**STJ- REsp 993.153/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 15/09/2008**

RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE CPF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar o feito, quando ausente qualquer ofensa a interesses, bens ou serviços da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos termos do art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.
2. O simples fato do órgão expedidor do documento falsificado (CPF) ser federal não atrai a competência para referida esfera, notadamente se aludido registro foi utilizado na abertura de conta em Bancos privados, não havendo prejuízo à União.

NULIDADES. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIAS APRECIADAS PELO TRIBUNAL A QUO. VÍCIO NA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. REEXAME DE PROVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONHECIMENTO.

1. Estando a matéria relativa ao art. 564, inciso IV, do CPP, devidamente analisada pela Corte Estadual, não há o que se falar em ausência de prequestionamento.
2. Se o recorrente não busca nova solução da lide em face da análise do conjunto probatório constante da ação penal, mas apenas a declaração da nulidade do acórdão por inobservância do

## Boletim Criminal Comentado nº 058 – julho 2019

disposto no art. 564, inciso IV, da Lei Adjetiva Criminal, não há o que se falar em reexame de provas, não incidindo no caso a vedação prevista na Súmula 7/STJ.

IRREGULARIDADES. FASE INQUISITORIAL (CONFISSÃO). SENTENÇA PROLATADA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE.

1. Eventuais vícios ocorridos no inquérito policial (confissão) restam sanados com a prolação da sentença, a qual também foi fundamentada em outras provas colhidas durante a instrução processual (autos de apreensão e exames de autenticidade documentais), consideradas suficientes, de per si, para sustentar o decreto condenatório.

FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ACÓRDÃO QUE ADOTA COMO RAZÕES DE DECIDIR MOTIVAÇÃO CONTIDA EM SENTENÇA E MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE MÁCULA.

1. A adoção dos fundamentos utilizados em sentença pelo Juízo de Primeiro Grau, bem como das alegações do Parquet, quanto à materialidade dos crimes de falsificação, uso de documento falso e no tocante à tipicidade do delito de estelionato, não gera a nulidade do aresto por falta de motivação (precedentes do STJ).

2. Recurso especial conhecido e improvido.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Atos infracionais como justificativa para manutenção de prisão preventiva**

**STJ- HC 487.672/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 06/03/2019**

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MODUS OPERANDI. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. 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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - No caso, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do ora paciente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerado o modus operandi da conduta, em tese, praticada, roubo majorado pelo concurso de agentes, e uso de arma de fogo, sendo que o agente acompanhado de comparsa mantiveram as vítimas "em um dos quartos sob ameaças de morte e exigência de pertences de valor", o que revela a gravidade concreta da conduta e justifica a imposição da medida extrema.

IV - Ademais, "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" (RHC n. 60.213/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 3/9/2015). V - Revela-se inviável a análise de eventual pena ou regime a serem aplicados em caso de condenação, a fim de determinar possível desproporcionalidade da prisão cautelar, uma vez que tal exame deve ficar reservado ao Juízo de origem, que realizará cognição exauriente dos fatos e provas apresentados no caso concreto.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 058 – julho 2019

VI - Condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, garantirem ao paciente a revogação da prisão preventiva se há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção de sua custódia cautelar. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, o que ocorre na hipótese.

Habeas Corpus não conhecido.

### **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 CPP, 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, copiosamente, vem decidindo que a prisão preventiva pode ser decretada quando o agente possui registros anteriores na Vara da Infância e Juventude 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.

## **2- Tema: Execução Penal- Falta grave pelo preso provisório**

**STJ- HC 390.340/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017**

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DA PRÁTICA DE FALTA GRAVE DURANTE PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. NORMAS DA EXECUÇÃO IGUALMENTE APLICÁVEIS AOS PRESOS PROVISÓRIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 2º DA LEI N. 7.210/84. ORDEM DENEGADA.

1. A teor do parágrafo único do art. 2º da Lei 7.210/84, as normas da execução penal devem ser igualmente aplicadas ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

2. Presos, provisório ou definitivo, estão sujeitos ao mesmo dever de cumprimento às regras regulamentares, sob pena de caracterizar-se falta disciplinar, com correspondente sanção administrativa e reflexos no cumprimento da pena, inclusive como modo de preservação da ordem nos estabelecimentos prisionais.

3. O reconhecimento de falta grave é também relevante ao preso provisório, que possui direito à progressão de regime antes do trânsito em julgado e à futura detração, assim gerando a falta disciplinar reflexos no cumprimento da pena.

4. O art. 39 da Lei de Execução Penal elenca os deveres do condenado e, em complemento, o parágrafo único prevê a aplicação do disposto no caput ao preso provisório, no que couber. Da mesma forma, o art. 50 da LEP prevê os atos considerados como falta de natureza grave, e o

parágrafo único dispõe sobre a aplicação do disposto no caput ao preso provisório, também no que couber.

5. Ordem denegada.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Por força do art. 2º, parágrafo único, a LEP aplica-se também ao preso provisório, leia-se, preso em razão de prisão em flagrante, preventiva ou temporária.

Dentre desse espírito, as regras disciplinares devem ser observadas pelo preso não definitivo, em especial seus deveres (arts. 50 e ss) e sanções disciplinares (arts. 53 e ss).

O art. 52 da LEP, por exemplo, trata das hipóteses que autorizam a inclusão do preso faltoso no regime disciplinar diferenciado (RDD), espécie mais drástica de sanção disciplinar.

Como o próprio nome já anuncia, a disciplina imposta com a medida é diferenciada, restringindo, como nenhuma outra, a já limitada liberdade de locomoção do preso e alguns dos seus direitos.

O citado artigo expressamente anuncia que o preso provisório pode sofrer essa espécie de sanção nas hipóteses cabíveis.

Nesse sentido, aliás, decidiu recentemente o TJ SP, reforçando a tese de que o preso provisório também está submetido ao regime disciplinar, podendo, portanto, em tese, praticar falta grave e suportar sanções correspondentes (TJ-SP - Agravo de Execução Penal EP 00042203620188260996 SP 0004220-36.2018.8.26.0996 - Data de publicação: 03/10/2018).

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Corrupção passiva e causa de aumento de pena- art. 317, § 1º, do CP**

**STJ- AgRg no AREsp 1018814/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019**

**EMENTA**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 317, § 1º, DO CP. FUNCIONÁRIO QUE DEIXOU DE PRATICAR ATO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O funcionário público que deixa de praticar ato de ofício que na hipótese dos autos consubstanciado na não inclusão em procedimento fiscalizatório de empresa acusada de sonegação fiscal comete o crime de corrupção passiva na sua forma majorada, nos termos do art. 317, § 1º, do Código Penal: "A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional."

2. Demonstrado que efetivamente o agravante deixou de praticar ato de ofício, o recebimento da vantagem é mero exaurimento do crime, não influenciando na consumação.

3. Agravo regimental não provido.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De acordo com o § 1º do art. 317 do CP, pune-se mais severamente o corrupto que retarda ou deixa de praticar ato de ofício ou o pratica com infração do dever funcional.

O que seria mero exaurimento passou a ser considerado causa de aumento de pena (exaurimento penalizado). Aqui, o agente cumpre o prometido, realizando a pretensão do corruptor.

Sabendo que a corrupção passiva pode ser própria (o ato comercializado pelo corrupto viola seu dever funcional) ou imprópria (o ato comercializado pelo corrupto não viola seu dever funcional), a referida causa de aumento só se aplica à primeira modalidade (corrupção passiva própria).

Por exemplo, se o oficial de Justiça solicita vantagem para concretizar uma citação, temos uma corrupção imprópria, não incidindo o aumento se o oficial, pago indevidamente por uma das partes, efetivamente realiza o ato citatório.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 058 – julho 2019

Deve ser observado, ainda, que se a violação praticada pelo agente público constitui, por si só, um novo crime, haverá concurso formal ou material (a depender do caso concreto) entre a corrupção passiva e a infração dela resultante. Nessa hipótese, no entanto, a corrupção deixa de ser qualificada, pois do contrário estaríamos no campo do “bis in idem”, considerando-se o mesmo fato duas vezes em prejuízo do funcionário réu.

Por exemplo, agente penitenciário solicita vantagem para facilitar fuga de preso. Ao ser pago e efetivamente facilitar a fuga, responde pelo delito do art. 351 do CP em concurso com a corrupção passiva simples, sem a causa de aumento.

### **2- Tema: Crime doloso contra a vida- Concurso material de crimes- inaplicabilidade do crime continuado**

**STJ- REsp 1588037/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019**

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A súmula n. 605 do Supremo Tribunal Federal, que vedava a aplicação da continuidade delitiva aos crimes dolosos contra a vida, não é mais aplicada, haja vista a incompatibilidade do enunciado com a atual redação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, reformado pela Lei n. 7.209/1984.
2. O Código Penal adotou a Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva para a caracterização do crime continuado, segundo a qual é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios havida entre os eventos delituosos.
3. O Magistrado aplicou, na sentença, o concurso material de crimes, visto que houve pluralidade de condutas com modos distintos de execução - por atropelamento e por facadas.
4. A premissa da Corte de origem, de que houve conexão modal entre os delitos, mostra-se, portanto, em descompasso com a denúncia, a decisão de pronúncia e a sentença. 5. Recurso especial provido a fim de afastar a continuidade delitiva e restabelecer a pena e o regime inicial fixados em sentença.

Execução imediata da pena determinada.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

## Boletim Criminal Comentado nº 058 – julho 2019

Partindo-se da premissa de que a súmula n. 605 do Supremo Tribunal Federal, que vedava a aplicação da continuidade delitiva aos crimes dolosos contra a vida, não é mais aplicada, haja vista a incompatibilidade do enunciado com a atual redação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, mostra-se de suma importância recordar os elementos do elo continuidade, um dos principais requisitos da continuidade, sem o qual não se aplica o instituto do art. 71 do CP, mas o concurso material de crimes.

Havendo pluralidade de crimes da mesma espécie, a continuidade delitiva pressupõe elo de continuidade entre as condutas. Esse elo se revela através:

(1) Das mesmas condições de tempo: a lei não anuncia qual o hiato temporal máximo que deve existir entre o primeiro e o último delito da cadeia, alertando a jurisprudência que não pode suplantar, em regra, 30 (trinta) dias.

(2) Das mesmas condições de lugar: para a jurisprudência, haverá as mesmas condições de lugar quando os crimes são praticados na mesma comarca (ou em comarcas vizinhas).

(3) Da mesma maneira de execução (modus operandi): a lei exige semelhança e não identidade. A semelhança na maneira de execução se traduz no modus operandi de realizar a conduta delitiva. Maneira de execução é o modo, a forma, o estilo de praticar o crime, que, na verdade, é apenas mais um dos requisitos objetivos da continuação criminosa.

(4) Outras circunstâncias semelhantes: abrangendo quaisquer outras circunstâncias das quais se possa concluir pela continuidade.

No crime continuado é indispensável a homogeneidade subjetiva?

Não sem razão, Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito ensinam ser imprescindível que os vários crimes resultem de plano previamente elaborado pelo agente:

“Deve existir um dolo unitário ou global, que torne coesas todas as infrações cometidas, por meio da execução de um plano preconcebido (que dá unidade ao dolo). Esta homogeneidade é fundamental para a figura do crime continuado”<sup>3</sup>.

Os Tribunais Superiores têm adotado essa corrente. Nesse sentido decidiu o STJ:

---

<sup>3</sup>. Ob. cit., p. 614.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 058 – julho 2019

“Para o reconhecimento do crime continuado, não basta a presença dos requisitos objetivos, sendo indispensáveis, também, os pressupostos subjetivos. Precedentes desta Corte Superior”<sup>4</sup>.

**Estudo enviado pelo Dr Rogério Leão Zagallo**

Clique [aqui](#) para ter acesso a sentença

---

<sup>4</sup>. STJ – REsp 1.501.855/PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – DJe 30/05/2017. O STF possui o mesmo entendimento: “Nos termos da jurisprudência desta Corte, abalizada por parcela da doutrina especializada, são requisitos necessários para caracterização da continuidade delitiva, à luz da teoria objetivo-subjetiva: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a unidade de desígnios. 4. No caso, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação jurídica idônea no sentido de que ficou comprovado que o paciente agiu movido por desígnios diferentes. Sendo esse o quadro, é inviável proceder ao reexame do suporte probatório que fora levado em consideração para rejeitar a existência do elemento subjetivo. Precedentes” (HC 110.002/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki – DJe 19/12/2014).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 059

**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: Cláusula “rebus sic stantibus” na execução penal**

Como é cediço, na execução criminal, a coisa julgada, assegurada no bojo do artigo 5.º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, por força do princípio da individualização da pena, está sujeita à cláusula rebus sic stantibus.

Desta feita, no curso da execução da pena, as decisões que concedem, ou denegam, benefícios perduram enquanto permanecer a situação fática que ensejou a sua prolação.

Exemplificando, uma progressão de regime deferida ao sentenciado poderá ser revista, ainda que da decisão concessiva não caiba mais recurso, se chegar ao conhecimento do juízo falta grave praticada por aquele antes da concessão do benefício.

De igual modo, se a benesse eventualmente é denegada em virtude de atestado dando conta da má conduta carcerária, decorrente, por exemplo, de falta grave praticada, de sorte que, ao depois da respectiva apuração, advém a absolvição ou descaracterização pautada na homonímia, a decisão também poderá ser modificada.

No segundo exemplo, a decisão, estribada em questão vencida pelo decurso de tempo, se mostrou presentemente equivocada, tanto que, atualizados os fatos, sua revisão constitui medida impositiva.

Pois bem.

Recentemente foi divulgado pela imprensa que a Justiça está investigando suposta fraude em relatório médico apresentado nos autos da execução do sentenciado Roger Abdelmassih.

Referido sentenciado, condenado a uma pena de 181 anos de reclusão, pela prática de incontáveis estupros, cumpria pena no regime fechado. Em meados 2017, obteve a benesse da prisão domiciliar sob o fundamento de que o Estado não dispunha do necessário para os cuidados médicos que então necessitava, lembrando-se que a concessão se amparou em laudo médico.

E muito embora tenha havido o decurso de mais de dois anos da decisão concessiva, caso sobrevenha comprovação de que o estado de saúde outrora atestado não correspondia à realidade e de que o relatório médico se mostrou inverídico e de alguma forma influenciou na decisão, tem-se que o deferimento alhures determinado deve ser revisto, notadamente se novo relatório médico desmentir as conclusões pretéritas não havendo se falar em ofensa a coisa julgada, uma vez que os pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte não subsistem.

Por fim, oportuno consignar que há precedentes do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo que a coisa julgada em sede de execução penal está sujeita à cláusula rebus sic stantibus, de modo que



alterado o substrato fático-jurídico que amparou a decisão, sua alteração é de rigor, sem que isso importe em ilegalidade ou afronta a tal instituto (HC 385.541/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/5/2017; HC 116.653/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 26/3/2009, DJe 11/5/2009), valendo lembrar que o maior exemplo da incidência de tal clausula é o artigo 127 da lei 7210/1984, cujos termos determinam a perda de parte dos dias remidos aquele que cometer ulterior falta grave.

### **1 – Tema: Acordo de não-persecução penal nos crimes funcionais**

Autor: Renee do Ó Souza (1)

A era da justiça negocial, tendência mundial que se avizinha em nosso país, tem como principal ponto positivo uma atuação pautada na racionalidade gerencial porque assegura, de um lado, resposta mais rápida aos crimes menos graves, respeitando sempre a autonomia da vontade do investigado e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica e, de outro lado, permitindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário maior dedicação e celeridade no que toca à apuração de crimes graves.

O chamado pacote anticrime contempla, em duas ocasiões, os chamados acordos penais, de modo que é imprescindível uma preparação dos membros do Ministério Público para esta nova realidade<sup>2</sup>.

De todo modo, independentemente de sua aprovação, vigora no país o Acordo de Não Persecução Penal, regulamentado pela Resolução n.º 181/2017 do CNMP, que não impede a celebração desse ajuste nos casos de delitos praticados contra a administração. Em razão disso, e considerando o patamar de pena mínima inferior a 4 anos previsto no art. 18 da citada resolução, verifica-se o cabimento do acordo em praticamente todos os crimes funcionais previstos na legislação penal brasileira.

Esse amplo alcance, todavia, não pode levar a destutela da administração pública, situação possível no caso de as condições fixadas no acordo serem insuficientes para aquela proteção. Em casos de elevada gravidade do fato, grande extensão do dano causado, ou significativo proveito patrimonial obtido pelo agente, na dicção do inciso V do art. 18 da Resolução, podem ser ajustadas condições suplementares desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal aparentemente praticada.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito. Promotor de Justiça em Mato Grosso.

<sup>2</sup> Sobre o Projeto de lei, confira nossa obra “Projeto de Lei Anticrime”, editora Juspodivm, 2019, disponível no site da editora <https://www.editorajuspodivm.com.br/projeto-de-lei-anticrime-2019>.

## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

Podem, desse modo, ser avençadas condições como i) compromisso de não contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado período; ii) exoneração ou renúncia do cargo, função pública ou mandato eletivo; iii) renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, por determinado período.

Trata-se de condições que resguardam o efeito prático equivalente à alguns dos efeitos penais secundários e extrapenais de uma sentença penal condenatória, como a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, suspensão dos direitos políticos e inelegibilidade ou inabilitação para outro cargo público.

É certo que as condições acima exemplificadas também podem ser inseridas no inciso II do art. 18 da Resolução que prevê a possibilidade de previsão de condição com renúncia voluntária de direitos que serviram de instrumentos do crime.

Porém, a proporcionalidade e a compatibilidade da condição suplementar, mencionadas no inciso V, que deverão servir de vetor para a fixação de condições que atendam ao princípio da proporcionalidade, que deve pautar-se pela função deontológica contida no art. 17, §1º, da Lei 8.429/1992, a saber, indicar ao julgador que sua discricionariedade para aplicar as penas previstas na lei está limitada por uma regra ética mínima, um núcleo duro, que se violado expõe, perigosamente, o direito fundamental a probidade administrativa a uma proteção insuficiente. De um modo geral, violam referida norma, decisões fáceis ou levianas, que desrespeitam esse mínimo ético protetivo, aptas a produzir desconfiança e insegurança ao sistema de defesa da probidade.

É dizer: Os acordos penais não devem transacionar, negociar e acordar as penas da de modo inadequado, desnecessário e insatisfatório para proteger o direito fundamental à probidade administrativa. Ultrapassar esse limite mínimo enseja violação do princípio da proporcionalidade na vertente proibição da proteção deficiente visto que dispor do direito sancionador nesses casos leva uma desproteção àquele direito fundamental.

Os acordos devem assim compatibilizar a proteção normativa pretendida pelo projeto constitucional decorrente do art. 37, § 4º, da CF razão pela qual comportam, com criatividade e atendimento ao caso concreto, medidas e condições suplementares a serem inseridas no ajuste negocial.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 - Tema: Suspensão condicional do processo na visão do STJ**

**I) É possível a revogação da suspensão condicional do processo, ainda que expirado o período da suspensão do curso do processo, desde que comprovado que houve o descumprimento das condições impostas ou que o beneficiado passou a ser processado por outro crime no curso do prazo da suspensão.**

A revogação da suspensão condicional do processo pode ser obrigatória ou facultativa.

Dá-se obrigatoriamente a revogação se, no curso do prazo, o beneficiário vem a ser processado por outro crime ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 89, § 3º).

Por outro lado, pode ocorrer a revogação se o acusado é processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta (art. 89, § 4º).

Segundo o disposto no § 5º do art. 89 da Lei 9.099/95, uma vez expirado o prazo sem que tenha havido a revogação da suspensão, o juiz declarará extinta a punibilidade. Há quem sustente que a disposição do § 5º impede que a revogação seja decretada após o decurso do prazo de suspensão, ainda que a causa seja anterior. É o caso de Guilherme de Souza Nucci:

“Segundo o nosso entendimento, passado o período de prova, sem que o Estado tenha apontado qualquer descumprimento das condições estabelecidas, não há mais cenário para a revogação do benefício. O mesmo se dá no contexto do sursis (suspensão condicional da pena). A ineficiência estatal não pode ser debitada na conta do réu”.

Firmou-se, no entanto, o entendimento de que a revogação pode ser decretada inclusive após o período de suspensão, desde que se refira a fato ocorrido no curso do benefício:

“A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.498.034/RS, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que ‘Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência’” (Rcl 37.584/RS, j. 12/6/2019).

**II) É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva.**

## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

Uma vez concluída a investigação, o Ministério Público forma sua *opinio delicti* com base nas informações angariadas até aquele momento. Se, por exemplo, alguém comparece na delegacia de polícia afirmando que “A”, mediante violência, subtraiu-lhe a carteira, e o inquérito policial demonstra, por elementos diversos, que o relato é factível, o Ministério Público oferece denúncia pelo cometimento do crime de roubo.

Não se descarta, no entanto, que, durante a instrução processual, a defesa do acusado prove que não se tratou efetivamente de violência contra a pessoa, mas apenas de um gesto abrupto para retirar do bolso a carteira da vítima. Neste caso, a prova produzida pode acarretar a desclassificação do crime de roubo para o de furto simples, cuja pena admite a suspensão condicional do processo.

Em situações como a narrada, deve-se proporcionar ao acusado o benefício da suspensão condicional do processo – caso, evidentemente, cumpra os requisitos de que trata o art. 89 da Lei 9.099/95.

Além disso, é também cabível o benefício se a pretensão punitiva for apenas parcialmente procedente. É o caso, por exemplo, de ter sido incluída na imputação de um furto determinada qualificadora que, na sentença, o juiz considere mal provada, embora a subtração tenha sido inconteste. Nesta situação, a parcial procedência da ação penal faz com que o benefício da suspensão condicional do processo seja cabível, razão pela qual deve o juiz proporcioná-lo.

A tese firmada pelo STJ reforça os termos da súmula 337 do próprio tribunal:

“Segundo a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo desclassificação do delito ou procedência parcial da pretensão punitiva – como verificado na espécie, já que foi afastada a causa de aumento de pena prevista no § 3.º do art. 334 do Código Penal –, deve ser conferida ao Ministério Público a oportunidade de se manifestar acerca do oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Enunciado n.º 337 da Súmula desta Corte.” (HC 471.516/RJ, j. 13/11/2018)

**III) 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 ultrapassa um ano.

É comum que infrações penais sejam cometidas em concurso, que pode ser material, formal ou na forma de continuidade delitiva. No primeiro, somam-se as penas, ao passo que nos demais incide

fração de aumento de acordo com as circunstâncias do caso concreto (exceto no concurso formal impróprio, em que as penas também são somadas).

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 continuidade delitiva, 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, a exemplo do que dispõe o art. 119 do Código Penal sobre a extinção da punibilidade, 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 tratem 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)

#### **IV) É inadmissível o pleito da suspensão condicional do processo após a prolação da sentença, ressalvadas as hipóteses de desclassificação ou procedência parcial da pretensão punitiva estatal.**

O benefício da suspensão condicional do processo é proposto em momento processual específico, aquele em que o Ministério Público oferece a peça acusatória. Além disso, é possível a aplicação dos benefícios nos casos de desclassificação do crime e de procedência parcial da pretensão punitiva.

Se, no entanto, o benefício não foi proposto no momento adequado, e o agente não o reivindicou quando teve a oportunidade, não pode fazê-lo depois de prolatada a sentença:

“Este Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao sursis processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, entende que o inconformismo com a ausência de propositura do benefício deve ser alegado antes da prolação da sentença condenatória, sob pena de operar-se os efeitos preclusivos. Precedentes.” (AgRg no REsp 1.503.569/MS, j. 04/12/2018)

**V) A extinção da punibilidade do agente pelo cumprimento das condições do sursis processual, operada em processo anterior, não pode ser sopesada em seu desfavor como maus antecedentes, personalidade do agente e conduta social.**

A aceitação das condições para a suspensão do processo não significa admissão de responsabilidade penal. O agente analisa a conveniência e a oportunidade entre ter o processo suspenso ou se defender até a decisão final. E, uma vez aceitas e cumpridas as condições, dá-se a extinção da punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95).

Com isso, em caso de condenação por crime posterior, não pode o juiz considerar a suspensão condicional já extinta para exasperar a pena-base por maus antecedentes, personalidade do agente e má conduta social. Se o cumprimento do benefício extingue a punibilidade, disso não podem decorrer efeitos penais:

“O registro de ação penal suspensa por força do art. 89 da Lei n. 9.009/1995 não pode ser utilizado para agravar a pena-base, em confronto com o princípio da não culpabilidade.” (REsp 1.533.788/PE, Dje 29/2/2016)

**VI) O descumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo, conquanto não se preste a fundamentar o aumento da pena-base no tocante à personalidade do agente, pode justificar validamente a exasperação com base na conduta social, ensejando, do mesmo modo, a majoração da pena em igual patamar.**

Situação diferente daquela exposta na tese anterior, temos aqui a possibilidade de considerar contra o beneficiário da suspensão condicional do processo sua relutância em cumprir as condições impostas para a concessão do benefício. Trata-se do indivíduo que aceita cumprir algumas obrigações para não ser processado, mas, ao longo do período de prova, não cumpre sua palavra.

Neste caso, o STJ admite a exasperação da pena-base em virtude da má conduta social:

“O descumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo, conquanto não se preste a fundamentar o aumento da pena-base no tocante à personalidade do agente, pode justificar validamente a exasperação com base na conduta social, ensejando, do mesmo modo, a majoração da pena, em igual patamar. Precedentes desta Corte.” (HC 107.774/SC, j. 18/11/2010)

E por que esta circunstância não pode ser relacionada com a personalidade do agente? Porque não é adequado tratar o descumprimento de condições de um benefício processual como um traço de personalidade, que corresponde ao retrato psíquico do indivíduo, a aspectos que formam sua

## Boletim Criminal **Comentado** nº 059 - agosto 2019

totalidade e o distinguem dos demais. Ainda que na origem do descumprimento das regras possa haver um sentimento de desprezo proveniente de um caráter vicioso, não é necessário que se apure isso para que incidam os efeitos processuais típicos. Por isso, é mais adequado tratar o descumprimento das condições no âmbito da conduta social: não importam os fundamentos psíquicos da transgressão; importa apenas que ela ocorreu de forma injustificada.

### DIREITO PENAL:

---

#### 1 - Tema: Crimes de trânsito na visão do STJ

**I) Na hipótese de homicídio praticado na direção de veículo automotor, havendo elementos nos autos indicativos de que o condutor agiu, possivelmente, com dolo eventual, o julgamento acerca da ocorrência deste ou da culpa consciente compete ao Tribunal do Júri, na qualidade de juiz natural da causa.**

O homicídio culposo na direção de veículo automotor é tipificado no art. 302 do Código de Trânsito. O caput trata da forma básica, o § 1º elenca quatro majorantes e o § 3º traz uma qualificadora para as situações em que o motorista pratica o crime ao dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. O § 2º foi revogado pela Lei 13.281/16.

Embora a regra seja a punição deste homicídio na forma culposa, as circunstâncias do fato podem indicar o elemento subjetivo doloso, especificamente aquele em que o motorista assume a possibilidade de provocar a morte de alguém ao adotar um comportamento de risco exacerbado na condução do veículo.

A embriaguez aliada ao homicídio na direção, antes da qualificadora inserida no § 3º do art. 302 pela Lei 13.546/17, era uma circunstância que muito comumente ensejava a imputação de homicídio com dolo eventual, porque neste caso há quem considere que o simples fato de o motorista assumir a direção sem condições físicas de exercer absoluto controle sobre o veículo evidencia a assunção do risco de provocar um acidente e de matar alguém.

Outra situação que quase sempre ensejava a imputação de homicídio doloso era a morte provocada durante competição ilegal em via pública. Neste caso, até com mais ênfase do que em relação à embriaguez, sustenta-se que a prática de manobras arriscadas e as altíssimas velocidades impostas pelos motoristas indicam irresponsabilidade e aceitação do risco de matar.

Tanto no caso da embriaguez quanto no da competição ilegal houve certas mudanças a partir da entrada em vigor das Leis 13.546/17 e 12.971/14, que alteraram, respectivamente, os artigos 302 e 308 do Código de Trânsito. No primeiro, a prática do homicídio na direção de veículo automotor é qualificada se o motorista está embriagado, como estabelece o § 3º; no segundo, se da competição ilegal decorre a morte de alguém, qualifica-se o delito. É o que dispõe o § 2º, que, aliás, ressalva sua incidência desde que as circunstâncias demonstrem “que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo”.

Em resumo, modificou-se a forma como a imputação do dolo eventual é avaliada. Antes, eram raros os casos em que se imputava homicídio culposo em ambas as situações. Concluía-se imediatamente pelo dolo eventual. Atualmente isto não é mais possível, pois as qualificadoras inseridas pelas novas



## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

leis impõem a regra de que, em um caso como no outro, o homicídio seja a priori tratado na forma culposa.

Mas isto não quer dizer que se afasta absolutamente a possibilidade de imputar o dolo eventual. O próprio § 2º do art. 308 ressalva que a qualificadora não se aplica se houver elementos do dolo direto ou do dolo eventual. E, mesmo que o § 3º do art. 302 não faça a mesma ressalva a respeito da embriaguez, nada impede que a análise continue sendo feita no caso concreto, que, eventualmente, pode atrair a imputação do dolo.

Os efeitos da atribuição do dolo ou da culpa não se limitam à severidade da pena, estendem-se à competência de julgamento, pois, enquanto o homicídio culposo é julgado pelo juiz singular, o doloso é julgado pelo Tribunal do Júri.

Ocorre que, evidentemente, ninguém a quem se imputa um homicídio com dolo eventual se conforma em ser processado nesses termos e correr o risco de sofrer uma pena muito mais severa do que a correspondente à figura culposa, e este inconformismo já se manifesta durante a primeira fase do procedimento do júri, quando se busca a desclassificação do crime.

Não se impede de forma absoluta que, ao analisar a prova produzida até aquele momento, o juiz conclua pela inexistência de dolo e promova a desclassificação do crime para a modalidade culposa. Mas isto só pode ser feito se a prova for evidente, se não houver dúvida de que a conduta não foi animada pelo dolo, pois, havendo indicações, ainda que mínimas, de que o acusado agiu ao menos assumindo o risco de provocar a morte o juiz deve pronunciá-lo para que a desclassificação seja submetida à análise do Tribunal do Júri.

É neste contexto que surge a tese do STJ:

“Afirmar se o agente agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pelo Tribunal do Júri, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. Precedentes.” (HC 472.380/TO, j. 07/05/2019)

**2) O fato de a infração ao art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB ter sido praticada por motorista profissional não conduz à substituição da pena acessória de suspensão do direito de dirigir por outra reprimenda, pois é justamente de tal categoria que se espera maior cuidado e responsabilidade no trânsito.**

## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

O art. 302 do Código de Trânsito comina ao autor de homicídio culposo na direção de veículo automotor as penas de detenção (ou reclusão, na forma qualificada do § 3º) e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Há quem argumente que a imposição de limitação ao direito de dirigir não pode atingir o motorista profissional que, por imprudência, negligência ou imperícia, tenha matado alguém na direção de seu veículo. Isto porque, tratando-se do meio pelo qual este indivíduo exerce sua profissão e sustenta a si e à sua família, impedi-lo de dirigir equivale a provocar privações que escapam à finalidade da pena.

Mas a orientação majoritária se firmou no sentido de que a limitação não só é possível como é crucial para retirar de circulação motoristas que, exatamente pela profissão, deveriam adotar condutas com nível de prudência mais elevado do que a média dos demais:

“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 1.771.437/CE, j. 11/06/2019)

### **3) A imposição da penalidade de suspensão do direito de dirigir veículo automotor não tem o condão, por si só, de caracterizar ofensa ou ameaça à liberdade de locomoção do paciente, razão pela qual não é cabível o manejo do habeas corpus.**

Como dispõe o art. 292 do Código de Trânsito, “A suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta isolada ou cumulativamente com outras penalidades”.

Há determinados crimes cujo preceito secundário já cumula esta pena à privativa de liberdade, como o homicídio culposo, a lesão corporal culposa, a direção sob influência de álcool ou substância de efeitos análogos e a competição ilegal em via pública. Segundo o art. 293, o prazo da limitação ao direito de dirigir varia de dois meses a cinco anos, conforme as circunstâncias do crime cometido.

É possível que o condenado questione a razoabilidade e a proporcionalidade do prazo da medida imposta, tanto quanto normalmente se faz sobre a aplicação da pena, cuja análise se faz sob a influência de diversas circunstâncias que podem ser encaradas de formas diversas a depender do magistrado. Mas, segundo tem decidido o STJ, não é possível questionar o prazo da limitação do direito de dirigir por meio de habeas corpus, pois a medida não impõe nenhuma limitação do direito de ir e vir, nem pode ser convertida em privação da liberdade caso seja descumprida:

“A medida administrativa de suspensão do direito de dirigir não pode ser objeto de conhecimento pela via do habeas corpus. Isto porque a ação mandamental tem seu alcance delimitado pelo art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, que afirma ser cabível o habeas corpus “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

(...)

Assim, configura requisito inafastável para a ação de habeas corpus a existência de qualquer indício de ameaça de violência ou constrangimento à liberdade de ir e vir do paciente, não se conhecendo do writ nos casos em que tal pressuposto não for observado.

Na hipótese em tela, verifica-se que a medida administrativa de suspensão do direito de dirigir veículo automotor, bem como a imposição de penalidades administrativas que também restringem o exercício de tal direito pelo motorista, não acarretam qualquer risco à sua liberdade de locomoção, uma vez que, caso descumpridas, não podem ser convertidas em reprimenda privativa de liberdade, uma vez que inexistente qualquer previsão legal nesse sentido.” (AgRg no HC 443.003/RS, j. 21/8/2018).

**4) Quando não reconhecida a autonomia de desígnios, o crime de lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) absorve o delito de direção sem habilitação (art. 309 do CTB), funcionando este como causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único, do CTB).**

O art. 303 do Código de Trânsito tipifica a lesão corporal culposa, que, segundo o § 1º, pode ter a pena aumentada de um terço à metade se o motorista não for habilitado para conduzir o veículo.

Ocorre que o Código de Trânsito tipifica de forma autônoma no art. 309 a conduta de dirigir veículo automotor, em via pública, sem habilitação e gerando perigo de dano. E, se o motorista não habilitado lesionou alguém, não só gerou como provocou o dano de que trata o tipo.

Em regra, quando o motorista não habilitado comete a lesão corporal, o crime autônomo do art. 309 não se tipifica, porque a falta de habilitação é uma causa de aumento de pena específica do crime de dano à integridade física:

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que o crime de lesão corporal culposa (art. 303 do CTB) absorve o delito de direção sem habilitação (art. 309 do CTB), funcionando este como causa de aumento de pena (art. 303, parágrafo único, do CTB). Destarte, extinta a punibilidade do agente em face da expressa renúncia da vítima ao direito de representação pelo delito de lesão corporal, também fica extinta a punibilidade com relação ao crime de direção

## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

sem habilitação, menos grave, porquanto absorvido. (HC 25.082/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 12/4/2004).” (HC 299.223/RJ, j. 24/5/2016)

Nada impede, no entanto, que as circunstâncias fáticas revelem condutas autônomas, que podem ensejar a imputação em concurso, assim como ocorre na relação entre o roubo e o porte de arma de fogo. De fato, a regra é de que o emprego de arma de fogo no roubo provoca o aumento da pena, mas não a imputação do delito autônomo relativo ao porte da arma, a não ser que o porte se revele destacado da conduta relativa à subtração, como no caso em que o assaltante é preso horas depois dos fatos com o artefato ainda em seu poder. Da mesma forma, vislumbra-se a possibilidade de imputar o crime decorrente da falta de habilitação se esta conduta se mostrar fora do contexto da lesão corporal.

Há no STJ ao menos uma decisão na qual se considerou que a ausência de representação da vítima da lesão corporal culposa impede a ação penal em relação a este crime, mas faz ressurgir o tipo autônomo da falta de habilitação, que deixa de funcionar como majorante:

“No caso em exame, o Tribunal de origem rechaçou o pleito de reconhecimento do princípio da consunção entre os delitos lesão corporal (art. 303 do CTB) e dirigir sem habilitação (art. 309 do CTB), não vislumbrando relação de exaurimento de conteúdo proibitivo da norma, nos seguintes termos: “[...] É verdade que a falta de habilitação, na hipótese de concurso com o crime de lesão corporal na condução de veículo automotor, passa a figurar como causa de aumento de pena, e não mais como delito autônomo. Mas, em sendo impossível a deflagração da ação penal pelo crime de lesões pela ausência de condição de procedibilidade, tal óbice decerto não se estende ao crime de falta de habilitação, que, assim, retoma a sua posição de delito autônomo. Observe-se que os delitos em questão visam à tutela de bens jurídicos distintos, sendo o crime do artigo 303 do Código de Trânsito Brasileiro voltado para a proteção da incolumidade física da vítima, enquanto o artigo 309 do mesmo Diploma Legal visa à segurança viária. Logo, não faz sentido que a vontade individual de uma única pessoa obste a persecução penal em favor de toda uma coletividade. Além disso, como bem destacado pela douta Procuradoria de Justiça, o acidente que deu origem à persecução criminal em exame não envolveu apenas o paciente e a vítima das lesões corporais, mas também um terceiro veículo, motivo pelo qual a propositura da ação penal era imperativa” (e-STJ fl. 77).” (RHC 61.464/RJ, j. 22/05/2018)

Parece-nos, todavia, que esta não é a melhor solução. A consunção se caracteriza pelo fato de que o crime previsto por uma norma (consumida) não passa de uma fase de realização do crime previsto por outra (consuntiva). É a este aspecto que deve se limitar a análise da relação de absorção: se a falta de habilitação é considerada consumida pela lesão corporal, tanto que chega ao ponto de ser uma causa de aumento de pena, não pode ressurgir como delito autônomo somente porque não é

possível perseguir a punição pelo crime que a havia consumido. Era esta a orientação adotada pelo STJ:

“Em razão do princípio da consunção, a lesão corporal culposa no trânsito (art. 303 do CTB) absorve o delito de dirigir sem habilitação (art. 309 do CTB), em face da menor lesividade do último. Assim, havendo a renúncia expressa ao direito de representação pelo crime de lesão corporal culposa, não pode a majorante, decorrente da ausência de habilitação, persistir como delito autônomo, devendo ser declarada extinta a punibilidade também do crime de dirigir sem habilitação. Precedentes desta Corte.”(HC 25.084/SP, j. 18/05/2004)

**5) Os crimes de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) e o de lesão corporal culposa em direção de veículo automotor (art. 303 do CTB) são autônomos e o primeiro não é meio normal, nem fase de preparação ou de execução para o cometimento do segundo, não havendo falar em aplicação do princípio da consunção.**

A Lei 13.546/17 inseriu no art. 303 do Código de Trânsito uma circunstância qualificadora relativa à lesão corporal culposa cometida por motorista embriagado. Segundo o disposto no § 2º daquele dispositivo, 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 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. 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, este delito e a lesão corporal ocorrida em seguida, por meio de conduta – imprudente – autônoma, devem ser imputados em 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

## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

embriaguez. Em segundo lugar, porque, crime de dano, a lesão corporal deve absorver a embriaguez, caracterizada por ser um crime de perigo.

O STJ adota a orientação de que não pode haver relação de consunção entre a embriaguez e a lesão corporal culposa:

“Segundo o entendimento que prevalece nesta Corte Superior de Justiça, “os crimes de embriaguez ao volante e o de lesão corporal culposa em direção de veículo automotor são autônomos e o primeiro não é meio normal, nem fase de preparação ou execução para o cometimento do segundo, não havendo falar em aplicação do princípio da consunção. Precedentes.” (AgRg no REsp 1.688.517/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 15/12/2017).” (AgRg no HC 442.850/MS, j. 25/9/2018)

Para o STJ, a conduta do agente que se embriaga, conduz o veículo pela via pública e acaba provocando um acidente no qual alguém é ferido não corresponde a nenhuma das situações características da consunção.

A orientação firmada, não obstante relativa a fatos ocorridos antes da modificação promovida pela Lei 13.546/17, continua válida, após a entrada em vigor da lei, para as situações em que o motorista embriagado pratica 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).

### **6) O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, sendo despicienda a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta.**

O crime é de perigo quando a consumação se contenta com a exposição do bem jurídico a uma situação de risco. Em determinadas situações, o legislador exige prova do risco ameaçando determinado bem jurídico, casos em que o crime é denominado de “perigo concreto”. No âmbito do trânsito, a direção sem habilitação (art. 309 do CTB) é um exemplo. Há também situações em que o perigo advindo da conduta é absolutamente presumido por lei, o que se denomina “crime de perigo abstrato”. O exemplo comumente citado é o tráfico de drogas, pois a conduta do traficante é crime independentemente de qualquer prova de efetivo dano à saúde pública.

No que concerne ao art. 306 do Código de Trânsito, havia certa controvérsia a respeito da natureza do perigo. Isto porque a redação original do art. 306 continha a expressão “expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. A fórmula era diferente daquela impressa no artigo 309, no qual da descrição da conduta nuclear se segue a expressão “gerando perigo de dano”. Neste último é fácil

## Boletim Criminal Comentado nº 059 - agosto 2019

apreender que se trata de perigo concreto, mas, no primeiro, não necessariamente, porque, afinal, o dano potencial é o que fundamenta a própria existência do crime de perigo.

O STJ chegou a proferir decisões no sentido de que o crime do art. 306 é de perigo concreto:

“O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente” (REsp nº 608.078/RS, j. 23/6/2004).

“O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial o que, in casu, segundo a r. sentença e o v. acórdão ora recorrido, não aconteceu” (REsp nº 566.867/RS, j. 28/4/2004).

Ocorre que, em 2008, a Lei 11.705 (que ficou conhecida como “Lei Seca”) alterou a redação do art. 306, que deixou de conter a expressão relativa ao dano potencial. E, atualmente, com a redação dada pela Lei 12.760/12, o dispositivo tipifica a conduta da seguinte forma: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

Em razão disso, firmou-se a orientação de que se trata de crime de perigo abstrato, bastando que se demonstre a alteração da capacidade psicomotora em virtude da ingestão de álcool ou de substância psicoativa de efeitos semelhantes:

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça está fixada no sentido de que é de perigo abstrato o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e de que, para a tipificação do citado crime, a partir da vigência das Leis n.os 11.705/2008 e 12.760/2012, não há exigência quanto a estar comprovada a modificação da capacidade motora do agente.” (RHC 100.250/SP, j. 8/11/2018)

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 060

**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: O quesito genérico de absolvição no júri e o recurso do Ministério Público**

Do julgamento pelo tribunal do júri é cabível apelação quando a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos. Eis, sem dúvida, a mais interessante das hipóteses de apelação contra as decisões do júri, que aparece com mais frequência na prática e que enseja o maior número de controvérsias. Nela, a segunda instância, 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, sob pena de ferir o princípio da soberania do júri, mas somente dar provimento ao recurso para que um novo plenário seja realizado. Insistimos: suponha-se que o réu, sempre quando ouvido, inclusive quando interrogado em plenário, tenha confessado a autoria do homicídio, dizendo que assim agiu por motivo torpe, ante a negativa da vítima em pagar-lhe uma bebida. Inconformado e animado pela ingestão exagerada de álcool, quando a vítima deixava o local, contra ela investiu pelas costas, matando-a. A despeito da eloquência da prova, o júri, contudo, o absolve. Com o recurso do Ministério Público, à segunda instância não se permite condenar o réu, em que pese o absurdo da decisão. Cabe-lhe apenas a possibilidade de, acolhendo o recurso do parquet, mandar o réu a novo julgamento.

Mas, diante do princípio da soberania dos vereditos, a modalidade de apelação contra a decisão dos jurados é válida?

Entende-se no geral que sim, porque a instância superior não decide o mérito da causa no lugar dos jurados, não absolve nem condena o réu. Noutras palavras, em nenhum momento substitui os jurados, apenas determina, diante de manifesta contradição entre o conteúdo probatório e o resultado da decisão, que novo julgamento seja realizado, também pelo júri.

Mas, em decisão monocrática proferida no recurso em habeas corpus 117.076/PR (j. 1/8/2019), o ministro Celso de Mello determinou que o Ministério Público não pode interpor apelação contra decisão proferida pelos jurados com base no quesito “O jurado absolve o acusado?”, disposto no art. 483, § 2º, do CPP.

O Código de Processo Penal estabelece, no art. 483, a ordem em que os quesitos devem ser formulados aos jurados. Primeiro se indaga acerca da materialidade do fato; em seguida, sobre a autoria ou a participação; caso os jurados tenham respondido afirmativamente aos dois primeiros, há um quesito genérico que simplesmente questiona se o jurado absolve o acusado.

Segundo o ministro Celso de Mello, ao responder a este último quesito o jurado o faz baseado em sua íntima convicção, razão pela qual não está vinculado à prova produzida e pode votar pela absolvição por simples razão de clemência, por exemplo:

## Boletim Criminal Comentado nº 060 – agosto 2019

“Disso resulta que a decisão dos jurados, quando indagados, de modo genérico, sobre a inocência do réu, tem por fundamento a sua íntima convicção, o que valoriza, nesse tema específico, o princípio do livre convencimento, em que o membro do Conselho de Sentença possui inteira discricção, protegido, constitucionalmente, pelo sigilo da votação (CF, art. 5º, XXXVIII, “b”), para absolver o acusado por razões, até mesmo, de clemência, tal como tem sido decidido por alguns Tribunais judiciários (...).”

Após se referir a voto do ministro Rogério Schietti Cruz, no qual o magistrado do STJ considera que admitir a apelação contra a absolvição proferida com base no quesito genérico viola a soberania dos veredictos, o ministro Celso de Mello complementa:

“Registro, por necessário, que tenho adotado essa mesma orientação, no sentido de também considerar inadmissível – quando não incongruente em face da reforma introduzida no procedimento penal do júri – o controle judicial, em sede recursal (CPP, art. 593, III, “d”), das decisões absolutórias proferidas pelo Tribunal do Júri com suporte no art. 483, III e § 2º, do CPP, quer pelo fato, juridicamente relevante, de que os fundamentos efetivamente acolhidos pelo Conselho de Sentença para absolver o réu (CPP, art. 483, III) permanecem desconhecidos (em razão da cláusula constitucional do sigilo das votações prevista no art. 5º, XXXVII, “b”, da Constituição), quer pelo fato, não menos importante, de que a motivação adotada pelos jurados pode extrapolar os próprios limites da razão jurídica.”

A nosso ver, esta conclusão é equivocada e contraria de forma muito clara o princípio da proibição da proteção deficiente.

Para compreendermos melhor a origem do equívoco e chegarmos a uma solução adequada, façamos uma breve incursão sobre a origem desse quesito genérico e suas circunstâncias.

O quesito 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. Parece-nos, todavia, que o propósito não foi cumprido porque, além de permanecer a necessidade de se elaborarem diversos outros quesitos, anteriores e posteriores a este, para estabelecer a materialidade, a autoria, a tentativa, a incidência de minorantes, de qualificadoras e de majorantes, a generalização que caracteriza o novo quesito proporciona diversas situações no mínimo inusitadas, que, por sua natureza, podem contrariar a Constituição Federal, como vemos nesta decisão do Supremo Tribunal Federal.

## Boletim Criminal Comentado nº 060 – agosto 2019

Os termos em que o quesito é formulado induzem o voto pela absolvição, não só porque indaga se o jurado absolve o acusado, direcionando a resposta, como porque inverte os termos até então aplicados à quesitação: sobre materialidade e autoria, os jurados votaram “sim”; em seguida, para que mantenham a mesma orientação, devem votar “não”, ou seja, devem afirmar que, para condenar, não absolvem. Vê-se, portanto, que a forma de elaboração do quesito no mínimo conduz ao equívoco. E colabora para isso o fato de a indagação ser genérica, sem especificar as teses a que a defesa tenha recorrido durante os debates no plenário. Imagine o leitor a cena de um julgamento: o Ministério Público faz sua explanação; a defesa expõe suas teses; na réplica, o órgão da acusação contradita tais teses, em seguida reiteradas na tréplica. Após algumas horas submetidos a densa argumentação jurídica, os jurados são indagados simplesmente se absolvem o acusado e têm de recordar todos os argumentos lançados, sem nenhuma referência. É, efetivamente, o caminho certo para a inexatidão, que somente pode se reverter com a interposição de recurso que aponte a contradição entre a decisão e a prova produzida e que resulte na realização de novo julgamento.

A maioria da doutrina leciona que o quesito genérico abrange todas as teses sustentadas pela defesa e pode se fundamentar em circunstâncias sequer levadas a plenário, como a clemência. Assim, se em plenário o defensor do acusado sustenta a legítima defesa e a obediência hierárquica, ambas devem ser apreciadas conjuntamente no momento em que os jurados votam o quesito genérico relativo à absolvição, que pode ainda ser proferida por outros motivos.

Não nos parece, entretanto, que seja assim tão simples.

Dados os contornos que assume a imposição do quesito genérico, parece-nos que, na verdade, o propósito da reforma foi o de introduzir e consagrar a possibilidade de que o Conselho de Sentença possa absolver a qualquer custo, o que se nos afigura de todo absurdo porque equivale a sustentar a possibilidade de que se julgue sem abrigo na prova.

A nosso ver, como forma de mitigar a clara deficiência da lei e de garantir o pleno exercício da função julgadora do tribunal do júri, constitucionalmente assegurada, assim como a plenitude da defesa da vida, impõe-se a individualização dos quesitos que podem levar à absolvição, como forma de levar o Conselho de Sentença a se manifestar sobre cada uma isoladamente, permitindo que se saibam as razões da absolvição para que as providências daí decorrentes possam ser adotadas com segurança.

Em tempo, não há dúvida de que os jurados, ainda que admitindo a autoria e a materialidade delitivas, podem absolver o réu no que se denomina “absolvição por clemência”. Isto não implica dizer, porém, que a decisão seja categoricamente inatacável e imutável. A respeito, já decidiu o STJ:

“A absolvição do réu pelos jurados, com base no art. 483, III, do CPP, ainda que por clemência, não constitui decisão absoluta e irrevogável, podendo o Tribunal cassar tal decisão quando ficar demonstrada a total dissociação da conclusão dos jurados com as provas apresentadas em plenário.

## Boletim Criminal Comentado nº 060 – agosto 2019

Assim, resta plenamente possível o controle excepcional da decisão absolutória do Júri, com o fim de evitar arbitrariedades e em observância ao duplo grau de jurisdição. Entender em sentido contrário exigiria a aceitação de que o conselho de sentença disporia de poder absoluto e peremptório quanto à absolvição do acusado, o que, ao meu ver não foi o objetivo do legislador ao introduzir a obrigatoriedade do quesito absolutório genérico, previsto no art. 483, III, do CPP” (HC 313.251/RJ, j. 28/02/2018).

Ao contrário do que sinalizam decisões que impedem a apelação contra absolvições decretadas com base no quesito genérico, o recurso baseado na incongruência entre a prova produzida e a decisão dos jurados não contraria a soberania dos vereditos – pois, como já destacamos, o órgão de segunda instância jamais substitui o Conselho de Sentença, limitando-se a determinar novo julgamento pelo tribunal do júri –, nem tampouco viola o sigilo das votações, que existe para garantir que não se saiba publicamente como votou cada jurado, mas não tem o propósito de limitar a tutela do direito à vida impedindo que a sociedade, por meio do Ministério Público, em primeiro lugar, saiba a que título o acusado está sendo absolvido e se isto contraria os elementos reunidos a respeito do crime e de seu autor, e, em segundo lugar, adote as medidas cabíveis para garantir que o julgamento pelo tribunal do júri cumpra plenamente seu propósito.

Contraria os mais básicos preceitos de justiça atar as mãos do Ministério Público e conferir um poder ilimitado para que os jurados julguem de forma absolutamente alheia aos elementos probatórios sob o equivocado pretexto de garantir a soberania dos vereditos. A soberania já é plenamente garantida na medida em que: 1) nenhum recurso substitui o mérito da decisão dos jurados; 2) o recurso de apelação com fundamento na contrariedade entre a prova dos autos e a decisão dos jurados só pode ser interposto uma vez (art. 593, § 3º, do CPP), o que evita a manifestação de inconformismo desenfreado pelo órgão de acusação.

É preciso ter sempre em mente que o propósito do julgamento é a obtenção da resposta estatal à prática do mais grave dos crimes, e que isso deve ser feito cotejando as garantias constitucionais inerentes ao tribunal do júri com a plenitude da tutela do direito à vida. Não é razoável garantir de forma absoluta e acima de qualquer questionamento apenas um dos aspectos relativos à posição dos jurados e, ao mesmo tempo, renegar o mais importante, que é a proteção a nosso bem jurídico mais caro, cuja relevância, aliás, já se destaca no caput do art. 5º da Constituição Federal, que inaugura o rol dos direitos e garantias fundamentais.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Revista pessoal. Exclusividade das autoridades judiciais, policiais ou seus agentes. Invalidez da revista pessoal realizada por agente de segurança privada. Provas obtidas. Ilicitude.**

**INFORMATIVO 651 STJ QUINTA TURMA**

É ilícita a revista pessoal realizada por agente de segurança privada e todas as provas decorrentes desta.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Extraí-se da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, respectivamente, no capítulo da segurança pública e ao disciplinar a busca domiciliar e pessoal que, somente as autoridades judiciais, policiais ou seus agentes, estão autorizados a realizarem a busca domiciliar ou pessoal. Ressalta-se ainda que o inciso II do art. 5º da Constituição Federal assevera que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Nesse contexto, o agente objeto da revista pessoal não tem a obrigação de sujeitar-se à mesma, ante a inexistência de disposição legal autorizadora desse ato pelos integrantes da segurança da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM. De outra parte, esses agentes de segurança não podem sequer ser equiparados a guardas municipais, porquanto são empregados de uma sociedade de economia mista operadora de transporte ferroviário no Estado de São Paulo, sendo regidos, portanto, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Assim, reconhece-se a ilicitude da revista pessoal e de todas as provas decorrentes desta.

PROCESSO HC 470.937-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 04/06/2019, DJe 17/6/2019.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A busca pessoal consiste “na inspeção do corpo e das vestes de alguém para apreensão de coisas. Inclui, além disso, toda a esfera de custódia da pessoa, como bolsas, malas, pastas, embrulhos etc., incluindo os veículos em sua posse (automóveis, motocicletas, barcos etc.)”, na lição de Júlio Fabbrini Mirabete (*Processo penal*, 1998, p. 322). Deve ser realizada, à evidência, de forma serena e contida, de molde a resguardar a integridade física e moral da pessoa, podendo eventual exagero de seu executor caracterizar o crime de abuso de autoridade, ex vi do disposto no art. 4º, “b”, da Lei n. 4.898/65.

Segundo o art. 244 do CPP, a busca pessoal não depende de mandado no caso de prisão ou de fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que

## Boletim Criminal Comentado nº 060 – agosto 2019

constituam corpo de delito, nem tampouco quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Desta forma, havendo suspeita de que a pessoa esteja com arma proibida ou com algum objeto ilícito não faz sentido que se busque, antes, um mandado judicial a fim de submetê-la à revista pessoal para proceder à apreensão da arma, especialmente porque todo esse procedimento tornaria praticamente inviável a realização de diligências desse tipo. De fato, ou seria obrigatória a liberação do sujeito, frustrando a diligência, ou ele permaneceria ilegalmente preso, por horas, até que providenciada a ordem judicial.

Mas quem pode efetuar a busca na forma do art. 244 quando, por exemplo, se suspeita da posse de objetos ilícitos?

As buscas, no geral, são realizadas por policiais civis ou militares. Tem-se admitido inclusive a busca realizada por guardas municipais, pois, se a qualquer do povo é dado prender em flagrante, têm os guardas, na qualidade de agentes de autoridade, o poder de submeter terceiro à revista pessoal, preenchidos, por óbvio, os requisitos que autorizem a diligência, sem os quais pode haver abuso de autoridade. Esta conclusão se reforça a partir da edição da Lei nº 13.022/2014, que, em seu art. 5º, inc. XIV, regulamenta a atuação das guardas municipais e lhes atribui a função 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”.

Mas não se incluem entre os agentes legitimados a proceder à busca pessoal os seguranças de entidades privadas, ainda que de alguma forma ligadas ao serviço público. Foi o que decidiu o STJ no HC 470.937/SP (j. 04/06/2019), no qual se buscava a declaração de ilicitude de provas obtidas a partir da busca pessoal realizada por agentes de segurança da CPTM (Companhia Paulista de Trens Metropolitanos).

No caso, dois agentes de segurança de uma estação de trens em São Paulo abordaram o impetrante porque, segundo eles, este indivíduo demonstrava certa inquietude em sua presença. Durante a abordagem, os seguranças, que acreditavam se tratar de um vendedor ambulante, revistaram uma mochila trazida por ele e encontraram dois tabletes de maconha. Processado por tráfico de drogas, o impetrante foi absolvido em primeira instância, mas acabou condenado em virtude de recurso de apelação julgado procedente pelo Tribunal de Justiça.

No julgamento do habeas corpus, o STJ assentou que o impetrante não tinha a obrigação de se submeter à revista pessoal efetuada pelos seguranças, tendo em vista que diligências como buscas pessoais e domiciliares só podem ser realizadas por autoridades judiciais, policiais ou seus agentes. E não é o caso nem mesmo de equiparar os seguranças aos guardas municipais, pois se trata apenas

## Boletim Criminal Comentado nº 060 – agosto 2019

de funcionários contratados por uma sociedade de economia mista que presta serviços de interesse público operando o sistema ferroviário:

“Na hipótese, o agente objeto da revista pessoal não tinha a obrigação de sujeitar-se à mesma, ante a inexistência de disposição legal autorizadora desse ato pelos integrantes da segurança da CPTM.

De outra parte, esses agentes de segurança não podem sequer serem equiparados a guardas municipais, porquanto são empregados de uma sociedade de economia mista operadora de transporte ferroviário no Estado de São Paulo, sendo regidos, portanto, pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

(...)

Confira-se, ainda, trecho do Tratado de Direito Administrativo, coordenado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, Revista dos Tribunais, págs. 353/355:

‘A contratação de segurança privada por particulares para a defesa pessoal e de seu patrimônio apenas pode envolver o manejo de poderes privados. Não implica a delegação de poderes públicos a particulares para o exercício de segurança privada.

As empresas de segurança privada atuam no âmbito do direito privado e exercem poderes privados. Daí que os poderes de defesa podem exercer são apenas aqueles tolerados pelo direito privado e que têm o seu uso da força no contexto de legítima defesa e de flagrante delito.

Isso significa que os atos praticados no âmbito da segurança privada são atos privados, que apenas podem envolver o manejo dos poderes a todos reconhecidos para fins de autodefesa e para afastar dano iminente. Os atos praticados devem, assim, observar os limites previstos na lei para o afastamento da ilicitude dos atos praticados em legítima defesa.

A ampliação da participação da segurança privada é um fenômeno verificado nos mais diversos países. Chega-se a afirmar que a segurança não é mais concebida apenas em termos de agentes do Estado. A participação privada assumiu uma dimensão significativa especialmente nos espaços qualificados como semipúblicos, tais como centros de compra, hospitais e escolas, nos quais a população acaba vivendo até mesmo mais do que nos espaços públicos propriamente ditos.

A questão adquire maior complexidade quando aquele que contrata a segurança privada é o próprio Estado, para fins de controle e vigilância de bens públicos e exercício de determinadas atividades de fiscalização.

Nesse tipo de contratação, a questão reside em diferenciar quais tarefas podem ser exercidas no âmbito da segurança privada e quais integram necessariamente a segurança pública.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 060 – agosto 2019

Em princípio, como se indicou acima, as empresas de segurança privada atuam no âmbito do direito privado e exercem poderes privados. Nesse contexto, poderão se utilizar da força apenas nos casos em que isso for autorizado para qualquer particular (por exemplo, nas hipóteses de legítima defesa e de flagrante delito).”

Em razão disso, o tribunal reconheceu a ilicitude da prova obtida pela busca ilegal e concedeu a ordem para absolver o impetrante com fundamento no art. 386, inc. II, do CPP (falta de prova da existência do fato).

### **2- Tema: Suspensão condicional do processo e descumprimento das condições impostas**

**STJ- Rcl 37.584/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2019, DJe 18/6/2019.**

CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (ART. 988, § 5º, II, CPC/2015). OCORRÊNCIA.

DESCUMPRIMENTO DE ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO (REsp 1.498.034/RS). EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA. FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1 Reclamação ajuizada sob o fundamento de que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao acolher recurso defensivo, declarou a extinção da punibilidade do ora interessado, em virtude de haver expirado o período de prova do benefício da suspensão condicional do processo, o que desrespeita flagrantemente o decisor emanado desta Corte nos autos do REsp 1.498.034/RS.

2 Hipótese em que se verifica o esgotamento prévio das instâncias ordinárias para o manejo da reclamação, porquanto, interposto recurso especial, a 7ª Câmara Criminal do TJRS, em juízo de retratação, manteve o seu entendimento. Manejado novamente recurso especial, foi admitido.

3 A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.498.034/RS, representativo da controvérsia, firmou entendimento de que "Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência".

4 Reclamação procedente.



**3 - Tema: Ministro anula condenação baseada apenas em reconhecimento fotográfico do acusado na fase de inquérito**

**DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 5/8/2019.**

Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu o Habeas Corpus (HC) 172606 para anular a condenação imposta a L.S.P. e o absolver da acusação do crime de roubo. Segundo verificou o ministro, a decisão condenatória baseou-se unicamente em reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial, mas que não foi confirmado pelas testemunhas na instrução processual (perante o juiz).

Denunciado pela suposta prática do delito de roubo majorado e associação criminosa, L.S.P. foi absolvido em primeira instância em razão da insuficiência de provas. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), ao acolher apelação do Ministério Público estadual, o condenou à pena de sete anos de reclusão pelo primeiro delito. A defesa então buscou a nulidade do acórdão do TJ-SP por meio de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), mas não teve sucesso.

No Supremo, os advogados reiteraram a tese de nulidade da condenação. Narram que, na fase do inquérito, a autoridade policial apresentou fotos de indivíduos que já haviam sido atuados em flagrante delito ou indiciados pela prática de crimes patrimoniais, e seu cliente e outros corréus foram reconhecidos por uma das vítimas. Ocorre que, segundo explicam, L.S.P. nunca foi preso em flagrante ou indiciado pela prática do crime de roubo. Sustentaram que, apesar de pedido da Promotoria de Justiça, a Polícia não realizou reconhecimento pessoal e, na audiência de instrução, as testemunhas de acusação não reconheceram o acusado e outros corréus como autores do delito.

Decisão

O ministro Alexandre de Moraes explicou que, para se atribuir definitivamente ao réu a prática de crime, são imprescindíveis provas produzidas pela acusação e submetidas ao contraditório e à ampla defesa, o que, segundo ele, não ocorreu no caso. “Durante a instrução judicial, o Ministério Público não produziu nenhuma prova sob o crivo do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como bem destacado na decisão absolutória de primeiro grau”, verificou.

Segundo o relator, elementos colhidos na fase extrajudicial podem ser adotados pelo julgador, mas desde que não sejam os únicos a embasar a decisão condenatória. O ministro verificou que o reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação policial seguiu “procedimento pouco ortodoxo”, não foi seguido de reconhecimento pessoal – apesar de pedido da Promotoria de Justiça –, nem foi confirmado na instrução processual.

“O Estado de Direito não tolera meras conjecturas e ilações como fundamento condenatório em ação penal, pois a prova deve ser robusta, consistente, apta e capaz de afastar a odiosa insegurança

## Boletim Criminal **Comentado** nº 060 – agosto 2019

jurídica”, destacou. Para o ministro, não há no caso elementos de prova “com mínima robustez” para corroborar a narrativa da denúncia, o que inviabiliza a manutenção do acórdão condenatório.

Ao conceder o habeas corpus, o ministro Alexandre determina ainda a soltura do acusado e extensão dos efeitos de sua decisão aos demais corréus na ação penal de origem, diante da identidade de situações jurídicas.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Aproveitamos a decisão para tratar, mesmo que em poucas linhas, da validade do reconhecimento fotográfico no processo penal.

Se ao reconhecimento pessoal, feito *in faciem*, já são apontadas restrições, com muito mais razão doutrina e jurisprudência nutrem enormes ressalvas quanto à validade do chamado reconhecimento fotográfico. O sempre lembrado Adalberto Camargo Aranha chega a negar-lhe a natureza de meio de prova, aduzindo que fotografias “somente serviriam como ponto de partida para uma investigação policial, como marco inicial tal qual o retrato falado, e nunca como prova”. Pensamento diverso é o de 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”. Parece-nos a opinião mais acertada.

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 colacionado aos 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, nem a confissão judicial possui – e, portanto, não pode isoladamente fundamentar um decreto condenatório. Mas também não deve, de plano, ser descartado, merecendo análise – repita-se – em cotejo com as demais provas do processo, cabendo seja utilizado, entretanto, apenas quando não seja possível o reconhecimento pessoal. Sobretudo nos dias atuais, quando a sofisticação das máquinas fotográficas e celulares propicia uma qualidade de imagem muito superior àquela obtida, por exemplo, em meados do século passado.

Sobre o tema, vejamos como se comporta a jurisprudência

#### **Validade**

“No processo penal, vedadas as provas ilícitas, são admitidos todos os meios de prova, com o fito de buscar a verdade real. Não sendo o reconhecimento fotográfico vedado pelo nosso ordenamento jurídico, não há porque desconsiderá-lo” (STF – Rel. Moreira Alves – RT 817/506).

**Validade quando em consonância com outras provas**

“O reconhecimento fotográfico feito, inicialmente, no inquérito policial e, depois, em juízo, foi corroborado pelas demais evidências colhidas no transcorrer da ação penal, especialmente pela confissão de todos os envolvidos na prática delituosa e pela foto do paciente encontrada no interior do veículo roubado. Nessas circunstâncias, não há como afirmar que a condenação tenha se dado sem o suficiente lastro probatório” (STF – HC nº 107437–SP, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 02.08.2011, DJe 18.08.2011).

“O reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório. Ademais, como na hipótese dos autos, os testemunhos prestados em juízo descrevem de forma detalhada e segura a participação do paciente no roubo. Precedentes” (STF – HC nº 104404-MT – Rel. Dias Toffoli, RTJ 217/499).

“A validade do reconhecimento fotográfico, como meio de prova no processo penal condenatório, é inquestionável, e reveste-se de eficácia para legitimar, especialmente, quando apoiado em outros elementos de convicção, como, no caso, a prolação de um decreto condenatório” (STF – Rel. Maurício Corrêa – RT 736/546).

**É válido quando confirmado em Juízo**

“A eventual ilegalidade cometida na fase inquisitiva, qual seja, o reconhecimento fotográfico, restou sanada na fase judicial, porquanto o juiz processante, ao realizar o reconhecimento pessoal do acusado na audiência de inquirição de testemunhas, fê-lo em conformidade ao disposto no art. 226 do Código de Processo Penal e na presença do defensor do réu. Precedente do STF” (STJ – Rel. Laurita Vaz, RT 871/512).

“Induvidoso o valor do reconhecimento fotográfico. Levado a efeito com estrita observância das disposições cabíveis do art. 226 do Código de Processo Penal, nenhuma objeção há de ser feita à validade do processo, mormente se o reconhecimento se reproduz em Juízo, ante a presença do imputado na instrução criminal” (STJ – HC nº 40.870-SP – Rel. José Arnaldo da Fonseca – j. em 13.09.2005, DJ de 03.10.2005, p. 294).

**DIREITO PENAL:**

---

**1- Tema: STJ- Jurisprudência em Teses trata sobre crimes contra a honra**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou a edição 130 de Jurisprudência em Teses, com o tema Crimes contra a Honra. Nessa publicação, duas teses foram destacadas.

A primeira define que a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei de Imprensa – Lei 5.250/1967 – não implicou na abolição criminis dos delitos contra a honra praticados por meio da imprensa, pois tais ilícitos permanecem tipificados na legislação penal comum.

Já a segunda tese estabelece que a imunidade em favor do advogado, no exercício da sua atividade profissional, insculpida no artigo 7º, parágrafo 2º, do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994), não abrange o crime de calúnia, restringindo-se aos delitos de injúria e difamação.

Clique [aqui](#) para ter acesso a Jurisprudência

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 061

**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: Mandado de Segurança interposto contra a decisão de primeiro grau, que indefere pedido cautelar de interceptação telefônica, tendo como um dos fundamentos a subsidiariedade do Ministério Público na condução direta de investigações, em detrimento à Polícia Civil.**

Clique [aqui](#) para ter acesso a liminar concedida pelo TJSP

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo de mandado de segurança

Os Recursos foram interpostos pelos Drs. Andre Gandara Orlando e Daniel Passanezi Pegoraro - Promotores de Justiça do Gaeco Bauru.

## **2-Tema: Breve análise das teses fixadas no acórdão da ADI 3.150 e suas implicações**

Extrai-se da publicação do V. Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.150, que conferiu ao artigo 51 do Código Penal interpretação conforme a Constituição Federal, as seguintes teses:

**I)** A Lei n.º 9.268/96, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal;

**II)** O Ministério Público possui legitimidade prioritária para promover a execução da pena de multa perante a Vara de Execução Criminal, nos termos do rito previsto no artigo 164 e seguintes da LEP;

**III)** Na hipótese de o Ministério Público, debalde intimado, não ajuizar a execução no prazo de 90 dias, mantendo-se inerte, o Juiz da execução criminal dará ciência à Fazenda Pública (Federal ou Estadual) para cobrança na Vara de Execução Fiscal, observando o rito previsto na Lei de Execução Fiscal (Lei n.º 6.830/80);

**IV)** O valor arrecadado com a multa deve ser destinado ao FUNPEN, nos termos do artigo 49 do Código Penal.

Diante das premissas estabelecidas, surgem algumas indagações:

**a)** A partir de quando se inicia o prazo de 90 dias para ajuizamento da ação executiva? A nosso ver, terá início a partir da intimação do membro do Ministério Público de que o sentenciado, intimado, não efetuou o pagamento da multa.

**b)** Tratando-se de multa aplicada cumulativamente com pena privativa de liberdade, estando o sentenciado preso, de quem é a atribuição para ajuizamento da execução da multa? Entendemos

## Boletim Criminal **Comentado** nº 061 – agosto 2019

que é do Promotor de Justiça das Execuções do foro do domicílio do sentenciado, ou seja, do local onde ele se encontra preso.

**c)** Estando o sentenciado preso e o Promotor de Justiça das Execuções, intimado do não pagamento da multa, preferir aguardar melhor oportunidade para executá-la, não havendo inércia, o juiz não pode remeter os autos para a Fazenda Pública

**d)** Não haverá inércia do MP quando o órgão de execução, fundamentadamente, explicar os motivos pelos quais não ajuizará a inicial no prazo de 90 dias, como por exemplo, na hipótese de sentenciado preso, sem renda ou recursos conhecidos para pagamento da multa imposta.

Vide manifestação do MP nesse sentido- Clique [aqui](#)

**e)** Se a multa for a única pena aplicada no comando penal condenatório, a atribuição para a execução é do Promotor de Justiça do conhecimento que atuou no processo? Pensamos que sim, pois nesse caso não será expedida Guia de Recolhimento, devendo a execução ser ajuizada perante a Vara na qual tramitou o processo.

De igual modo, caso a multa tenha sido aplicada no Juizado Especial Criminal, neste deverá ser executada pelo Promotor de Justiça oficiante no respectivo Juizado.

Por fim, oportuno tecer algumas considerações.

Faz-se mister, por parte do Egrégio Tribunal de Justiça, a revisão das disposições das Normas de Serviços da Corregedoria-Geral de Justiça atinentes à execução da multa, notadamente dos termos do artigo 482, cujos termos determinam a extração de certidão da sentença e o pertinente encaminhamento à Procuradoria-Geral do Estado, caso infrutífera a intimação do sentenciado ou se não efetuado o pagamento da pecuniária.

Imperiosa também a alteração do Comunicado 845/16, da I. Corregedoria-Geral da Justiça, que exclui as penas de multas da competência das unidades dos DEECRIM's, Varas de Execução Criminal e Varas com Competência em Execução Criminal.

Necessário, de outro lado, a criação de campo próprio no ESAJ (ou no sistema que eventualmente venha a ser instituído) para ajuizamento da execução da multa quando se tratar de execução criminal digital. Por ora, de modo a ultrapassar a limitação do sistema, sugerimos a interposição de petição intermediária nos autos da execução.

Tratando-se de processos de execução físicos, sugerimos a distribuição da ação executiva na VEC em que tramita a respectiva execução criminal (para nesta ser apensada).

Alertamos, por fim, que a Advogado-Geral da União embargou a decisão ora comentada, postulando:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 061 – agosto 2019

(i) o reconhecimento de sua legitimidade recursal para oposição de embargos declaratórios no processo de controle de constitucionalidade, como prerrogativa inerente à sua missão de curadoria normativa e colaboração processual com essa Suprema Corte, com o consequente o recebimento da presente impugnação;

(ii) a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, tendo em vista, especialmente, as razões de segurança jurídica e de excepcional interesse público no sentido de resguardar a validade atos judiciais praticados em execuções promovidas pela Procuradoria da Fazenda Pública;

(iii) sejam, ao final, acolhidos os presentes embargos de declaração, para que seja estabelecida a modulação temporal dos efeitos da decisão, de modo a estabelecer a competência concorrente da Procuradoria da Fazenda Pública quanto às execuções findas ou iniciadas até a data do trânsito em julgado da presente ação direta de inconstitucionalidade.



**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Investigação deflagrada com base em *notitia criminis* de cognição imediata. Notícia veiculada em imprensa. Reportagem jornalística. Possibilidade.**

**INFORMATIVO 652 STJ- SEXTA TURMA**

É possível a deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Inicialmente, para a configuração de justa causa, seguindo o escólio da doutrina, "torna-se necessário [...] a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não (seja) temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública". Nesse sentido, consigne-se que é possível que a investigação criminal seja perscrutada pautando-se pelas atividades diurnas da autoridade policial, *verbi gratia*, o conhecimento da prática de determinada conduta delitiva a partir de veículo midiático, no caso, a imprensa, como de fato ocorreu. É o que se convencionou a denominar, em doutrina, de *notitia criminis* de cognição imediata (ou espontânea), terminologia obtida a partir da exegese do art. 5º, inciso I, do CPP, do qual se extrai que "nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado de ofício". Ademais, e por fim, há previsão, de *juez equivalente*, no art. 3º da Resolução n. 181, de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, *in verbis*: o procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal de iniciativa pública, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação (redação dada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018).

PROCESSO: RHC 98.056-CE, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 4/6/2019, DJe 21/6/2019

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Tratando-se de um crime de ação penal pública incondicionada, cumpre ao delegado de polícia, de ofício (ou seja, sem requerimento do interessado), instaurar o inquérito policial, conforme disposto no art. 5º, I, CPP.

Lembrando, a *notitia criminis* pode ser espontânea (também chamada de cognição imediata ou informal), quando a autoridade policial tem ciência da ocorrência da infração penal em virtude de

sua atividade funcional. Assim, por exemplo, quando se sabe da ocorrência do fato em razão do noticiário da imprensa, ou quando um investigador de polícia leva o fato ao Delegado ou mesmo através de uma denúncia anônima.

A *notitia criminis* pode ser, também, provocada (conhecida, também, como mediata ou formal), que ocorre, por exemplo, quando alguém do povo, a vítima, o juiz ou o Ministério Público levam à autoridade policial a notícia da existência de uma infração penal.

Pode, por último, a *notitia criminis* ser de cognição coercitiva, cujo conhecimento do fato decorre da prisão em flagrante de seu autor.

Interessante notar que, no julgado em análise, foi feita expressa referência ao poder investigatório do Ministério Público, citando o art. 3º da Resolução n. 181, de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, *in verbis*: o procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal de iniciativa pública, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação (redação dada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018).

### **2- Tema: STJ: Não há interesse recursal do MP para inserção de expressões específicas sobre qualificadoras reconhecidas na pronúncia**

**STJ, REsp 1.776.458:** “A decisão que submete o acusado a julgamento perante o Conselho de Sentença deve ser fundamentada em relação à materialidade do fato e aos indícios suficientes de autoria ou de participação delitiva, inclusive no que se refere às qualificadoras, haja vista o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Não serve, todavia, a pronúncia para esmiuçar provas, estender-se em análise meritória, aduzir argumentos que, a rigor, desbordam da função de mero juízo de admissibilidade da acusação, sob pena, inclusive, de incorrer em excesso de linguagem e, eventualmente, ser desconstituída por avançar em matéria da competência dos juízes populares, que foram e julgam o acusado em sessão do Tribunal do Júri.”

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Encerrada a primeira fase do procedimento do júri, denominada instrução preliminar, caso o juiz se veja convencido da materialidade do crime e da existência de indícios de autoria, deve pronunciar o réu, conforme prescrito no art. 413 do CPP.

Segundo dispõe o § 1º do art. 413, “A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo

## Boletim Criminal Comentado nº 061 – agosto 2019

o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena”.

Veda-se o excesso de linguagem, ou seja, em virtude do caráter restrito da pronúncia, o juiz deve se valer de linguagem sóbria e comedida, sem verticalizar a análise da prova, de resto desnecessária porquanto na pronúncia apenas se remete o réu a Júri, cabendo ao Tribunal Popular, este sim, a análise detida do mérito. O excesso na linguagem poderá, mais adiante, exercer indesejável influência na convicção dos jurados, que receberão cópias da decisão e, leigos, podem se deixar impressionar com a terminologia utilizada pelo juiz togado.

A vedação ao excesso na sentença de pronúncia pode se refletir inclusive na possibilidade de interposição de recurso. Em decisão monocrática proferida pelo ministro Rogério Schietti Cruz (REsp 1.776.458/RS, j. 5/8/2019), o STJ não conheceu de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul para que se inserisse na sentença de pronúncia determinada expressão que, na visão do órgão acusador, deveria ser submetida aos jurados para que decidissem adequadamente sobre a caracterização de uma qualificadora do homicídio.

O agente havia sido denunciado por homicídio tentado qualificado por motivo fútil e por recurso que dificultou a defesa da vítima. Esta segunda qualificadora foi baseada na circunstância de que o acusado estava “em preparada situação de armamento”. Embora tenha reconhecido a qualificadora, a magistrada de primeira instância não fez uso da mesma expressão, justificando-se no fato de que a “preparada situação de armamento” é inerente a homicídios cometidos com armas de fogo. Por isso, e para evitar o excesso, admitiu que a qualificadora fosse submetida aos jurados, mas porque o crime havia sido “cometido mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido – surpresa -, porquanto este se encontrava desarmado, em seu local de trabalho, quando o ofensor, de inopino, desferiu disparos em sua direção”.

O Ministério Público recorreu, mas o Tribunal de Justiça manteve a decisão de primeira instância:

“(…) Do mesmo modo, a expressão “em preparada situação de armamento” é elementar inerente ao tipo penal quando utilizada a arma de fogo. Nesse passo, pode-se falar que há verdadeiro excesso de acusação, pois na hipótese de uma qualificadora assim vertida ser apreciada pelo Conselho de Sentença, pode vir a representar, desde logo, uma indevida predisposição à condenação, mormente quando se sabe que os jurados decidem por íntima convicção.

(…)

Acertada, portanto, a decisão do juízo monocrático quando retirou do âmbito da qualificadora da surpresa a “preparada situação de armamento”, tal como pretende a acusação. Não prevalece, portanto, a irresignação acusatória nesse aspecto.

(...)

No caso em tela, não se trata de suprimir a qualificadora, mas, sim, de retirar dela parte de expressão utilizada na circunstância legal específica, delimitando-a, de modo que se tem por correta a decisão da magistrada de piso, que não desbordou, modo geral, de entendimento consagrado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça e do entendimento defendido por esta Câmara, em vários julgados da mesma natureza, no sentido de que somente se excluem as qualificadoras da sentença de pronúncia quando manifestamente improcedentes e sem amparo nos autos. Nessas condições, a qualificadora deva ser mantida e submetida ao crivo dos jurados nos exatos termos da decisão vergastada, nem mais, nem menos.”

Em novo recurso, o Ministério Público pretendia que o STJ fizesse incluir na pronúncia a mencionada expressão, pois, da forma como inserida na sentença, a qualificadora estaria “faticamente delimitada”, ou seja, seria submetida aos jurados sem a completa descrição que havia constado na denúncia.

Mas o ministro Rogério Schietti Cruz não conheceu do recurso. Em primeiro lugar, porque a sentença de pronúncia é apenas um juízo prévio de admissibilidade da acusação que será submetida aos jurados. Não há espaço para excessos como a apreciação aprofundada de aspectos fáticos e probatórios:

“A decisão que submete o acusado a julgamento perante o Conselho de Sentença deve ser fundamentada em relação à materialidade do fato e aos indícios suficientes de autoria ou de participação delitiva, inclusive no que se refere às qualificadoras, haja vista o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Não serve, todavia, a pronúncia para esmiuçar provas, estender-se em análise meritória, aduzir argumentos que, a rigor, desbordam da função de mero juízo de admissibilidade da acusação, sob pena, inclusive, de incorrer em excesso de linguagem e, eventualmente, ser desconstituída por avançar em matéria da competência dos juízes populares, que foram e julgam o acusado em sessão do Tribunal do Júri.”

Além disso, para o ministro, uma vez inserida a qualificadora para que fosse votada pelos jurados em plenário, perseverar na inserção de expressões específicas, ainda que tidas por relevantes, é preciosismo exacerbado, ao qual não corresponde interesse recursal:

“Ora, a majorante em apreço foi reconhecida e será levada ao Plenário do Tribunal do Júri. Fazer questão que esteja afirmada na pronúncia que o réu estava “em preparada situação de armamento” para configurar a surpresa ou impossibilidade de reação, com o devido respeito, é provocar a jurisdição extraordinária, contribuindo para o já caótico quadro de hiper-judicialização do Superior

## Boletim Criminal **Comentado** nº 061 – agosto 2019

Tribunal de Justiça, sem que o móvel do recurso – a omissão da expressão indicada – configure qualquer violação ou contrariedade (ou negativa de vigência) de lei federal.

Se o réu foi pronunciado por haver, com arma de fogo, ceifado a vida da vítima, sem que esta pudesse reagir, porque pega de inopino e desarmada, de modo a dificultar sua defesa, qual a relevância de dizer que estava o réu “em preparada situação de armamento”? Por acaso foi a vítima morta por outro instrumento que não a arma portada pelo réu?

(...)

No caso vertente, não identifico interesse recursal algum a permitir o conhecimento do REsp, pois o que pediu o Ministério Público na pronúncia – a submissão do réu a julgamento por crime de homicídio qualificado, na forma do art. 121, § 2º, IV, do CP – foi atendido, de sorte a configurar clara ausência do basilar pressuposto da sucumbência da parte, do qual se origina o interesse de impugnar o ato decisório a ela prejudicial.”

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Prescrição. Réu que completou 70 anos depois da sentença condenatória. Acórdão condenatório que interrompe o prazo prescricional. Art. 115 do Código Penal. Inaplicabilidade.**

**INFORMATIVO 652 STJ- SEXTA TURMA**

A redução do prazo prescricional prevista no art. 115 do CP não se relaciona com as causas interruptivas da prescrição previstas no art. 117 do mesmo diploma legal, tratando-se de fenômenos distintos e que repercutem de maneira diversa.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Cinge-se a controvérsia a aferir a possibilidade de que acórdão, ao confirmar a sentença condenatória, além de constituir marco interruptivo da prescrição, venha a repercutir na redução do prazo prescricional, previsto no art. 115 do Código Penal. Merece ser frisado que, de fato, alguns precedentes desta 6ª Turma têm se inclinado para o reconhecimento, nos casos em que há modificação substancial da condenação pelo Tribunal, de novo marco interruptivo da prescrição e, também, a possibilidade de aplicação do benefício previsto no art. 115 do Código Penal. No entanto, uma coisa é a redução do prazo prescricional e outra são os marcos interruptivos da prescrição. Não se relaciona a redução dos prazos, conforme art. 115 do CP, com as causas interruptivas da prescrição, previstas no art. 117 do mesmo Diploma Legal, porquanto se trata de fenômenos distintos e que repercutem de maneira diversa. Além disso, há ainda a própria disposição legal (art. 115 do CP), que apenas alude a necessidade de sentença como marco temporal para a redução, por razão etária, do prazo prescricional. Sob o aspecto da descrição legal, extrai-se do art. 115 do CP a seguinte redação: "São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos". Veja-se que a redução ocorrerá se o agente foi maior que 70 anos na data da sentença. Por fim, saliente-se que, segundo a orientação desta Corte e do STF, o termo sentença deve ser compreendido como a primeira decisão condenatória, ou seja, a redução deve operar quando o agente completar 70 anos antes da primeira decisão condenatória, somente.

PROCESSO: HC 316.110-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 25/6/2019, DJe 1/7/2019

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Os prazos prescricionais podem ser reduzidos de metade nas hipóteses mencionadas no artigo 115 do Código Penal. A **prescrição reduzida** pode ocorrer caso o criminoso seja, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 061 – agosto 2019

De fundo nitidamente humanitário, baseia-se o dispositivo na possibilidade de modificação da personalidade do agente que, no caso do menor de 21 (vinte e um) anos, ainda não atingiu a maturidade mental (e talvez por isso tenha delinquido), e, no caso do maior de 70 (setenta) anos, se aproxima da caducidade.

Ambos os benefícios permanecem vigentes, sem alteração, mesmo com o advento do Código Civil de 2002 (que alterou a maioridade civil para 18 anos) e do Estatuto do Idoso (assim considerando todo aquele com idade igual ou superior a 60 anos). Com efeito, desconsiderar a idade de vinte e um anos com base na maioridade do Código Civil é analogia *in malam partem*. Não é, todavia, analogia contra o réu o afastamento do Estatuto do Idoso sobre a redução do prazo prescricional na data da sentença. Ao contrário, caso se aplicasse seria *in bonam partem*. Ocorre que o Estatuto não incide porque o Código Penal não se atém à garantia de direitos aos idosos, mas à idade biológica de quem está sendo processado.

O artigo 115 se aplica a todos os prazos prescricionais, inclusive aqueles previstos na legislação especial e incide sobre todas as modalidades de prescrição (punitiva e executória).

Por fim, como bem decidiu o STJ no acórdão em comento, o termo “sentença” compreende a decisão de 1º grau, salvo se absolutória, hipótese em que abrange o acórdão (condenatório).

### **2- Tema: Roubo majorado em concurso formal - Lesão a patrimônios distintos- Vítimas diversas**

#### **STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.297 - SP (2019/0126300-4)**

##### EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DOS ARTS. 70; E 157, § 2º, I, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE QUANDO ATESTADA A PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. PLEITO DE AFASTAMENTO DO CRIME ÚNICO. CONCURSO FORMAL DE DELITOS. CARACTERIZAÇÃO. LESÃO A PATRIMÔNIOS DISTINTOS. VÍTIMAS DIVERSAS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA NOVA DOSIMETRIA DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA DO RECORRIDO.

Recurso especial provido nos termos do dispositivo.

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 concurso formal (ou ideal) está previsto no artigo 70 do Código Penal. Age em concurso formal o sujeito que, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

Explica Rogério Greco:

“Fundada em razões de política criminal, a regra do concurso formal foi criada a fim de que fosse aplicada em benefício dos agentes que, com a prática de uma única conduta, viessem a produzir dois ou mais resultados também previstos como crime. Segundo a definição de Maggiore, ‘concurso formal (concursum formalis) é, tipicamente, o realizado pela hipótese de um fato único (ação ou omissão) que viola diversas disposições legais” (1).

São, portanto, requisitos do concurso formal de delitos **(A)** a unicidade da conduta e **(B)** a pluralidade de crimes.

Embora se exija conduta única para a configuração dessa espécie de concurso, nada impede que esta mesma conduta seja fracionada em diversos atos, no que se denomina ação única desdobrada, atingindo vítimas distintas. Logo, praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios.

Ressaltamos que o fato de serem as vítimas da mesma família não torna o crime único, incidindo, ainda assim, a regra do concurso formal. A este respeito, cf. STJ – Quinta Turma – HC 343.751/SP – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 23/2/2016.

Estabelecida a jurisprudência sobre o concurso formal, há decisões tanto no sentido da modalidade própria (a maioria – cf. HC 364.754/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Joel Ilan Paciornik – DJe 10/10/2016; HC 311.722/SP – Quinta Turma – Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca – DJe 13/06/2016) quanto da imprópria (cf. HC 179.676/SP – Sexta Turma – Rel. Min. Nefi Cordeiro – DJe 19/10/2015).

No entanto, o STJ decidiu que em roubo praticado no interior de ônibus, o fato de a conduta ter ocasionado violação de patrimônios distintos – o da empresa de transporte coletivo e o do cobrador – não descaracteriza a ocorrência de crime único se todos os bens subtraídos estavam na posse do cobrador. É bem verdade que a jurisprudência do STJ e do STF entende que o roubo perpetrado com violação de patrimônios de diferentes vítimas, ainda que em um único evento, configura concurso formal de crimes, e não crime único. Todavia, esse mesmo entendimento não pode ser aplicado ao caso em que os bens subtraídos, embora pertençam a pessoas distintas, estavam sob os cuidados de

<sup>1</sup>. DIREITO PENAL – PARTE GERAL. p. 594.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 061 – agosto 2019

uma única pessoa, a qual sofreu a grave ameaça ou violência. Precedente citado: HC 204.316-RS, Sexta Turma, DJe 19/9/2011. **AgRg no REsp 1.396.144-DF**, Rel. Min. Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP), julgado em 23/10/2014.

### **3- Tema: STF afasta aplicação de causa de aumento da pena revogada pela Lei de Crimes Sexuais**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 15/8/2019**

Apesar da gravidade do crime de estupro, o artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal prevê a retroatividade da lei penal quando esta for mais benéfica ao réu.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) afastou a causa de aumento, por emprego de violência, aplicada na fixação da pena de um homem condenado pela prática dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. A questão foi analisada na tarde desta quinta-feira (15) no julgamento do Habeas Corpus (HC) 100181, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU). A maioria dos ministros acompanhou o voto do ministro Alexandre de Moraes no sentido de que, apesar da gravidade do crime, a Constituição Federal determina a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu. No caso, o aumento da pena previsto no artigo 224 do Código Penal nos casos de violência presumida foi revogado pela Lei de Crimes Sexuais (Lei 12.015/2009).

De acordo com o processo, o condenado praticou sexo vaginal e anal forçados após golpear a vítima, de 18 anos, com um pedaço de madeira para que ela não oferecesse resistência. De acordo com a legislação da época, a primeira conduta era tipificada como estupro, e a segunda como atentado violento ao pudor. A Lei de Crimes Sexuais passou a tipificar as duas como estupro.

A condenação inicial a 31 anos e 6 meses de reclusão em regime fechado levou em conta a existência de concurso material entre os dois crimes. Nesse caso, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade previstas para cada delito. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS), no entanto, ao julgar apelação, excluiu a causa de aumento relativa à violência e reduziu a pena para 22 anos e 8 meses de reclusão. Decisão monocrática proferida no Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve, nos dois crimes, a majorante, introduzida no Código Penal pela Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.702/1990).

#### Lei mais benéfica

O ministro Alexandre de Moraes não conheceu do HC da DPU por ter sido ajuizado ser contra decisão monocrática, nos termos da Súmula 691 do STF, mas votou pela concessão da ordem de ofício para afastar a causa de aumento de pena, em razão da retroatividade da lei penal benéfica (artigo 5º,

## Boletim Criminal Comentado nº 061 – agosto 2019

inciso XLV, da Constituição Federal). Votaram no mesmo sentido os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Gilmar Mendes e o presidente, ministro Dias Toffoli.

O ministro Marco Aurélio (relator) também votou pelo deferimento de ofício, mas afastou, no caso, o concurso material porque, a seu ver, a nova lei fez a junção dos dois tipos (atentado e estupro), e foi acompanhado pelo ministro Ricardo Lewandowski. Também ficou vencido o ministro Edson Fachin, que votou pela denegação do habeas corpus.

### Duas condutas

No voto condutor, o ministro Alexandre de Moraes observou que a questão discutida se refere a duas condutas que, antes da Lei de Crimes Sexuais, eram consideradas concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor. No entanto, com o julgamento de hoje, a maioria dos ministros passou a considerar concurso material entre estupro (sexo vaginal) e estupro (sexo anal), ao entender que existem condutas diversas, apesar de ser o mesmo tipo penal. “Não há retroatividade para se considerar crime continuado”, avaliou.

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Originalmente, o Código Penal permitia a punição do estupro e do atentado violento ao pudor praticados com violência presumida. Não havia um tipo penal específico que considerasse as condições de idade, de saúde e de impossibilidade de resistência da vítima para tipificar a conduta relativa à prática de relações sexuais. Por meio de adequação típica mediata, fazia-se a conjugação dos tipos dos artigos 213 e 214 com o disposto no art. 224 do Código Penal, segundo o qual a violência era presumida se a vítima não fosse maior de quatorze anos, se fosse alienada ou débil mental ou se não pudesse, por qualquer causa, oferecer resistência.

A entrada em vigor da Lei 12.015/09 promoveu relevantes alterações na seara dos crimes sexuais, dentre as quais se destacam:

- 1)** a unificação dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor: antes tipificados em dispositivos diversos, tais crimes foram reunidos no art. 213, que passou a tratar como estupro a conjunção carnal e também os atos libidinosos de natureza diversa.
- 2)** a criação do tipo penal relativo ao estupro de vulnerável (art. 217-A), que, sem presumir violência, pune as condutas de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém menor de quatorze anos ou 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.
- 3)** a revogação do art. 224, que, diante da inserção do tipo autônomo de estupro de vulnerável, perdeu absolutamente o sentido.

## Boletim Criminal Comentado nº 061 – agosto 2019

Ocorre que, em 1990, quando entrou em vigor a Lei 8.072 dispondo a respeito dos crimes hediondos e equiparados, foi inserida em nosso ordenamento jurídico uma causa de aumento de pena baseada no art. 224. Segundo o art. 9º da mencionada lei, as penas dos crimes de roubo qualificado por lesão grave ou morte (art. 157, § 3º), extorsão qualificada por lesão grave ou morte (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro (art. 159), estupro (art. 213) e atentado violento ao pudor (art. 214) seriam aumentadas de metade se a vítima se encontrasse em alguma das situações descritas no art. 224.

A redação do art. 9º da Lei 8.072/90 permaneceu vigente após a entrada em vigor da Lei 12.015/09, mas, considerando ter havido a revogação do art. 224, não há possibilidade de sustentar a permanência da majorante, pois “as hipóteses referidas no art. 224” não existem mais. Foi o que decidiu o STF no julgamento do habeas corpus 100.181/RS (j. 15/08/2019), no qual se aplicou retroativamente a revogação da causa de aumento.

O impetrante havia sido condenado por estupro e por atentado violento ao pudor em concurso material, pois golpeou a vítima com um pedaço de madeira até reduzi-la à impossibilidade de resistência e com ela praticou conjunção carnal e sexo anal.

Incidente a majorante do art. 9º da Lei 8.072/90, a pena foi fixada em 31 anos e 6 meses de reclusão. No recurso de apelação, o Tribunal de Justiça afastou a causa de aumento e fixou a pena em 22 anos e 8 meses. Curiosamente, porém, o Superior Tribunal de Justiça (embora em decisão monocrática) restaurou a condenação original e reinseriu a causa de aumento.

O habeas corpus impetrado no STF pela Defensoria Pública da União não foi conhecido por contrariar a súmula 691 do próprio tribunal, mas a ordem foi concedida de ofício em virtude do disposto no art. 5º, inc. XL, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

É interessante notar que originalmente se discutia a caracterização de *bis in idem* na imputação da majorante. Isto porque a situação descrita no revogado art. 224 do Código Penal havia sido considerada para presumir a violência (em razão da incapacidade de resistência provocada na vítima) e também para aumentar a pena.

Para melhor compreensão, recapitulemos a sistemática anterior: antes da Lei 12.015/09, se o estupro ou atentado ao pudor de pessoa vulnerável fosse praticado sem violência real, incidia a presunção do art. 224 do CP, respondendo o agente pelo art. 213 ou 214, a depender do caso, com pena de 6 a 10 anos, não incidindo, de acordo com a maioria, o aumento de 1/2 trazido pelo art. 9º da Lei 8.072/90, evitando-se assim o *bis in idem*. Nesta situação, portanto, a Lei 12.015/09 é mais grave, e não alcança os fatos anteriores. Havendo violência real, dispensava-se a presunção do art. 224, respondendo o agente pelo crime do art. 213 ou 214, conforme a conduta, majorado de 1/2

## Boletim Criminal Comentado nº 061 – agosto 2019

de acordo com determinação prevista no art. 9º da Lei 8.072/90, gerando uma baliza punitiva de 9 a 15 anos. A nova pena para o estupro de vulnerável é mais benéfica (8 a 15 anos), e retroage para alcançar os fatos passados.

Nesta decisão, o STF não abordou especificamente a questão relativa ao bis in idem, porque, como dissemos, o habeas corpus originalmente impetrado não foi conhecido. O tribunal concedeu a ordem de ofício limitando-se a afastar a causa de aumento, considerada inexistente diante da revogação do art. 224.

No mais, a condenação anterior foi mantida, com uma conclusão interessante e que pode provocar debate: como anteriormente à Lei 12.015/09 a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos eram tratados em tipos distintos, a prática de ambos, ainda que no mesmo contexto – como foi o caso – significa também a prática de duas condutas, que devem ser imputadas em concurso material, mesmo que, posteriormente, tenha entrado em vigor lei que unificasse os crimes. O que se extrai disto é: mesmo que a Lei 12.015/09 tenha unificado os dois tipos penais, não unificou a natureza dos atos sexuais que caracterizam o novo tipo.

Como defende a maioria da doutrina, o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Praticando o agente mais de uma conduta, dentro do mesmo contexto fático, não se desnatura a unidade do crime (dinâmica que, no entanto, não pode passar imune na oportunidade da análise do art. 59 do CP). Em razão disso, a mudança é benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançar os fatos pretéritos nos quais se considerou a prática dos crimes em concurso. O STJ, aliás, vem decidindo exatamente no sentido de que o autor de estupro e de atentado violento ao pudor praticados no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima tem direito à aplicação retroativa da Lei 12.015/09, de modo a ser reconhecida a ocorrência de crime único:

“2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica de que os crimes previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal – CP, após a redação dada pela Lei n. 12.015/09, configuram crime único. Todavia, devem as diversas condutas praticadas serem valoradas na primeira fase do cálculo da pena, ficando estabelecido como limite máximo para a nova sanção, a totalidade da pena anteriormente aplicada ao estupro e ao atentado violento ao pudor, de forma a se evitar a reformatio in pejus. 3. Por se tratar de inovação benéfica, novatio legis in mellius, a Lei n. 12.015/09 alcança todos os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Na hipótese dos autos, considerando que a vítima foi submetida a conjunção carnal e atos libidinosos diversos, no mesmo contexto fático, deve ser concedida a ordem para reconhecer a ocorrência de crime único.” (HC 441.523/BA, j. 30/5/2019)

Mas a decisão proferida agora pelo STF contraria o que vem decidindo o STJ, pois considera que a Lei 12.015/09 não retroage para unificar as condutas imputadas de forma autônoma sob a vigência da lei anterior. E o debate ainda pode se estender porque, a rigor, o argumento de que há duas condutas de naturezas distintas ainda que sob único tipo penal pode ser utilizado para defender o concurso de

## Boletim Criminal **Comentado** nº 061 – agosto 2019

crimes mesmo para fatos cometidos sob a vigência da lei atual. Seriam, no caso, dois crimes de estupro, um em razão da conjunção carnal e outro pelos atos libidinosos diversos.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 062

**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: Execução provisória da pena**

No HC 126.292, modificando orientação antes firmada, o STF considerou possível o início da execução da pena após o recurso em segunda instância.

No julgamento, considerou-se 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.

O tema voltou à pauta do tribunal por meio das ADC 43 e 44, nas quais se pretendia a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, segundo o qual “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no habeas corpus já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância.

O objetivo não foi, todavia, alcançado, pois o STF conferiu ao art. 283 do CPP interpretação conforme para afastar aquela segundo a qual o dispositivo legal obstaría o início da execução da pena assim que esgotadas as instâncias ordinárias.

Contrariamente à implantação da medida, o primeiro obstáculo que se opunha era exatamente o princípio da presunção de inocência. Argumentava-se que sem o trânsito em julgado a execução da pena infringia o disposto no art. 5º, LVII, da CF, contrariando postulados de direito penal garantista.

Considerou-se, no entanto, que a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e

## Boletim Criminal Comentado nº 062 – agosto 2019

probatórias. Portanto, uma vez que o tribunal (TJ/TRF) tenha considerado bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais não abordarão esses aspectos, pois estarão adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente.

Além disso, deve-se refletir a respeito do conceito de trânsito em julgado no processo penal, que o Código de Processo Penal não estabelece e que, parece-nos, não pode ser tomado de empréstimo do Código de Processo Civil. O conceito de trânsito em julgado no processo penal não está relacionado ao esgotamento de todos os recursos, mas ao esgotamento da análise fática, como, aliás, ocorre em outros países igualmente democráticos em que operam cortes constitucionais – cujos recursos têm efeitos rescisórios – e nos quais é inconcebível que um condenado em segunda instância aguarde o pronunciamento de cortes superiores para iniciar o cumprimento da pena. Não fosse isso o bastante, pressupor, no processo penal, o encerramento de todas as formas recursais tornaria inalcançável o trânsito em julgado porque a revisão criminal está elencada entre os recursos.

Impedir a execução imediata exigindo que se esgotem também os recursos constitucionais impõe diversos efeitos deletérios: a) incentiva a seletividade penal, pois, sabe-se, não são todos que dispõem de condições financeiras para suportar os custos de um processo até tribunais superiores. Ao mesmo tempo, as defensorias públicas nem sempre têm estrutura para atender à demanda daqueles que não têm capacidade financeira; b) incentiva a proliferação de recursos especiais e extraordinários com intuito meramente protelatório, que inundam os tribunais superiores e que na maior parte das vezes não surtem nenhum efeito a não ser mesmo adiar a execução da pena; c) agrava o descrédito que a sociedade nutre pelo sistema penal, pois veem-se réus autores de crimes muitas vezes gravíssimos permanecerem soltos por anos e anos, estendendo demasiadamente o lapso entre a prática do crime e o cumprimento da pena, que aliás muitas vezes sequer é alcançado diante do comum reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Arruinam-se, portanto, os objetivos da pena, não só em relação ao condenado (retribuição, ressocialização e prevenção especial) como também aos demais membros da sociedade (prevenção geral).

Argumentava-se também que a execução da pena em seguida ao pronunciamento da segunda instância contrariava o disposto no art. 5º, LXI, da CF, segundo o qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)”. O dispositivo não impõe, no entanto, nenhum óbice à execução imediata da pena – embora o constituinte pudesse tê-lo feito, caso considerasse necessário –, até porque o que se busca impedir por meio de uma garantia segundo a qual não há prisão a não ser em flagrante ou decorrente de ordem judicial é evidentemente a prisão arbitrária, imposta por abuso de autoridade, portanto à margem da lei, o que definitivamente não se aplica à prisão determinada por um órgão colegiado de julgadores.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 062 – agosto 2019

Outro argumento utilizado por aqueles que pretendiam impedir a execução imediata da pena é o incremento do caos carcerário que essa medida pode causar. Utilizou-se, aliás, um pronunciamento do próprio STF na ADPF 347, segundo o qual o sistema penitenciário brasileiro deveria ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” diante da massiva violação de direitos fundamentais ocorridas nas unidades prisionais. Determinar, portanto, a execução adiantada da pena levaria ainda mais condenados a se submeter à violação de direitos.

No entanto, embora se reconheça a existência de graves problemas estruturais no sistema penitenciário, deve ser ressaltado que isso não guarda relação direta com a execução da pena, mas decorre da multiplicação de prisões cautelares sobre fatos que, não raras vezes, carecem de maior importância. Não se justifica que, em virtude de decisões judiciais reversíveis, de natureza precária, impeça-se o cumprimento de outras decisões que, sobre os fatos e as provas, são definitivas.

Sabendo que o crime doloso contra a vida é julgado, já em primeiro grau, por órgão colegiado - jurados- e soberano (art. 5º. XVIII, CF/88), cabe execução penal provisória da pena após condenação perante o Conselho de Sentença?

O ministro Luis Roberto Barroso, compondo a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 118.770, em 7/3/2017, abriu divergência que foi acolhida por maioria de votos. Destacou que “[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/88, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/88, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdição a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas”.

Partiu-se, portanto, da premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional nesse sentido (art. 5º, inc. XXXVIII, "c" da Carta), seria admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo Tribunal popular.

**Clique [aqui](#)** para acessar modelo de requerimento de execução provisória da pena

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Execução Penal- Falta grave cometida em regime fechado e reinício da contagem do prazo para a progressão de regime**

**STF- HC 114494, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 28/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-287 DIVULG 12-12-2017 PUBLIC 13-12-2017**

HABEAS CORPUS – RECURSO ORDINÁRIO – SUBSTITUIÇÃO. Em jogo, na via direta, a liberdade de ir e vir do cidadão, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo do recurso ordinário constitucional. PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – FALTA GRAVE – PROGRESSÃO – TEMPO – TERMO INICIAL. 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.

**STJ- REsp 1765936/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019**

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 52, CAPUT; 112, CAPUT; 118, CAPUT, I E § 2º; E 127, TODOS DA LEP. FALTA GRAVE COMETIDA EM REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO E PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO E PERDA DE ATÉ 1/3 DOS DIAS REMIDOS. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR SOMENTE QUANTO À FRAÇÃO DA PERDA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS.

1. Verifica-se a regularidade da decisão do Juízo da execução penal, em dispensar a audiência de justificação, notadamente em razão da ausência de regressão de regime prisional, portanto, em conformidade com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. A orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão estadual, de que é prescindível nova oitiva do apenado antes da homologação judicial da falta grave se ele foi previamente ouvido em procedimento administrativo disciplinar, no qual foram observados os direitos à ampla defesa e ao contraditório (AgRg no HC n. 367.421/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 1º/8/2017).

3. Reconhecida a falta grave, merece reparos a decisão proferida nos embargos infringentes, que atestou a regularidade procedimental, no que diz respeito ao entendimento do Juízo da Execução

## Boletim Criminal **Comentado** nº 062 – agosto 2019

Criminal quanto à suficiência das medidas administrativas aplicadas, de competência exclusiva do diretor do estabelecimento prisional.

4. Na presente hipótese, tanto o Juízo da execução como o Tribunal a quo reconheceram a configuração da falta grave, dessa forma, imperioso o retorno dos autos para aplicação das sanções cabíveis, notadamente no que se refere à fixação de nova data-base para concessão de novos benefícios, exceto livramento condicional, indulto e comutação da pena; bem como na escolha da fração de perda dos dias remidos.

5. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de que seja estabelecida, de maneira fundamentada, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, observado o limite de 1/3, bem como definida a nova data-base para concessão de novos benefícios, exceto livramento condicional, indulto e comutação da pena.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Lendo o presente julgado, algumas observações devem ser feitas sobre o tema falta grave na execução penal:

**a)** a jurisprudência do STF e do STJ caminha no sentido de que a data-base para progressão de regime é aquela em que o preso preenche os requisitos da lei, e não a data em que o juízo das execuções penais concede o benefício, **ou seja, que a decisão possui natureza declaratória e não constitutiva. No TJSP havia controvérsia sobre a matéria, porém, recentemente, nos autos do Processo n.º 2103746-20.2018.8.26.0000, por maioria de votos, o TJSP fixou como tese jurídica em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas a natureza declaratória da decisão que concede progressão de regime. Nova sessão de julgamento foi marcada para o dia 24/10/19 para liberação da ementa. Após a publicação do acórdão, a Procuradoria Criminal analisará o cabimento de recurso.**

**b)** o cometimento de falta grave não implica na perda de todos os dias remidos. Consoante a redação do artigo 127, o condenado perderá até 1/3 (um terço) do tempo remido, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar. Para tanto, o juiz deverá observar o disposto no art. 57 da LEP, ou seja, levar em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão;

**c)** de acordo com o enunciado da Súmula 441 do STJ, “A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional”. A Súmula 535, por sua vez, apregoa que “A prática de falta grave não interrompe o prazo para fim de comutação de pena ou indulto”. No que se refere à progressão, a falta grave gera o reinício da contagem do prazo (nova data-base para concessão do benefício);

## Boletim Criminal **Comentado** nº 062 – agosto 2019

d) nos exatos termos do que anuncia a Súmula 526 do STJ, “O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato”.

### **2- Tema: Homicídio praticado por policial militar contra civil – competência para apreciação do pedido de arquivamento do IP**

**STJ- AgRg no REsp 1803239/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 03/06/2019**

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR EM SERVIÇO CONTRA CIVIL. COMPETÊNCIA AFETA AO TRIBUNAL DO JÚRI. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não cabe à Justiça Militar determinar o arquivamento do feito, ainda que entenda ser o caso de excludente de ilicitude, mas, sim, encaminhar os autos à Justiça Comum, conforme previsto no art. 82, § 2º, do Código de Processo Penal Militar (nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum) (HC n.385.778/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/6/2017)

2. Agravo regimental desprovido.

**No mesmo sentido: RECURSO ESPECIAL Nº 1.814.794 – SP**

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**

Reza o art. 125, §4º, da CF/88, que crimes militares definidos em lei, quando dolosos contra a vida de civil, são da competência do júri. O art. 82, §2º., do CPPM, por sua vez, anuncia que nesses casos a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum.

Buscando coexistir os dois artigos, o Tribunal de Justiça Militar publicou a Resolução nº 54, na qual conclui e resolve que para a investigação de crimes dolosos contra vida cometidos por militares contra civis é atribuição da polícia judiciária militar.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 062 – agosto 2019

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 SUGESTÃO (ou recomendação para quem tiver instaurado procedimento), que pode ser utilizado no exercício do controle externo da atividade policial, publicado no boletim da segunda semana de agosto de 2018 (clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo).

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: STJ- LEI DE DROGAS - jurisprudência em teses**

Clique [aqui](#) para ter acesso as Jurisprudências

**2-Tema: Medida de segurança- Crime apenado com reclusão- Internação**

**STJ- AgRg no HC 447.412/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 20/09/2018**

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO POR TRATAMENTO AMBULATORIAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME APENADO COM RECLUSÃO. MODIFICAR O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO MATERIAL FÁTICO/PROBATÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AFASTADO.

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**

A medida de segurança, espécie de sanção penal, pode ser de duas espécies: detentiva ou restritiva.

A medida de segurança detentiva (art. 96, I, CP) representa a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Por sua vez, a medida de segurança restritiva (art. 96, II, CP) corresponde ao tratamento ambulatorial.

A tese vencedora na 5ª.T do STJ é no sentido de que apenas é cabível a imposição de medida de segurança de tratamento ambulatorial (restritiva) se o fato previsto como crime for punível com detenção (HC 143.016/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 22/03/2010). No mesmo diapasão: HC 419.819/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018; HC 394.821/MS, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017 e HC 213.294/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 10/10/2013).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 062 – agosto 2019

A *mens legis* do artigo 97 do Código Penal consiste em impor, como regra, a internação aos inimputáveis na hipótese de delitos punidos com reclusão, e somente facultar o tratamento ambulatorial - atribuindo-se ao juiz certa discricionariedade - aos casos punidos com detenção, sendo cabível, nesta última hipótese, a averiguação da periculosidade do agente para respaldar a adoção de uma medida ou de outra, à luz do princípio do livre convencimento motivado (HC 394.072/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017).

No homicídio doloso, por exemplo, impõe-se a aplicação de internação.

Por fim, deve ser alertado que o CNJ reconhece o caráter excepcional da medida detentiva (internação), recomendando na Resolução nº 113 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 17, o que segue:

“O juiz competente para a execução da medida de segurança, sempre que possível buscará implementar políticas antimanicomiais, conforme sistemática da Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001”.

### **3- Tema: Indeferimento do indulto no tráfico de drogas**

**STJ- AgRg no HC 464.605/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019**

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.

#### **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 desta Lei.

Uma das vedações é o indulto.

De acordo com o STJ, embora a vedação à concessão do indulto ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/06) não conste no Decreto Presidencial n. 9.246/2017, está expressamente proibida no art. 44, caput, da Lei de Drogas.

Indaga-se se a vedação abrange também o indulto humanitário, ou seja, aquele concedido por razões de grave deficiência física ou em virtude de debilitado estado de saúde.

Uma primeira corrente leciona que a referida causa extintiva da punibilidade pode ser concedida inclusive para condenados por crimes hediondos ou assemelhados, hipótese à qual não seria aplicável a vedação legal. Por força do princípio da humanidade, até mesmo condenados por crimes de especial gravidade têm o direito de padecer seu estado doentio em sossego ou de preparar-se para a morte com dignidade, notadamente nas hipóteses em que os cuidados médicos não possam ser prestados no próprio estabelecimento penal.

As decisões mais recentes dos Tribunais Superiores, contudo, adotam tese diversa, impedindo até mesmo o indulto humanitário.



# CAO – Crim

## Boletim Criminal **Comentado** nº 063

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

Mário Luiz Sarrubbo

**Coordenador do CAO Criminal**

Arthur Pinto 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: Congresso Nacional derruba veto e restaura o crime de propalação ou divulgação do crime ou ato infracional objeto de denúncia caluniosa eleitoral**

Já comentamos no boletim de junho de 2019 (semana 1) a tipificação do crime de denúncia caluniosa para fins eleitorais. Em síntese, a Lei 13.834/19 inseriu no Código Eleitoral o art. 326-A, que muito se assemelha ao art. 339 do Código Penal:

“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.”

À época, o presidente da República vetou parcialmente o projeto de lei. Segundo a redação aprovada para o tipo penal, haveria um parágrafo equiparando ao caput a conduta de quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulgasse ou propalasse, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato falsamente atribuído.

O veto foi justificado pelo fato de que a nova lei criaria uma situação de desproporcionalidade, pois 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):

“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.”

Mas, no dia 28 de agosto de 2019, o Congresso Nacional derrubou o veto e restaurou à integralidade o projeto de lei aprovado. Retomamos, pois, este tema.

O veto, no entanto, nos parecia correto. Não bastasse a desproporcionalidade da pena, não há nenhum fundamento para equiparar à denúncia caluniosa a conduta de divulgar ou propalar o ato falsamente atribuído a alguém.

A denúncia caluniosa é um crime contra a administração da Justiça (no caso, eleitoral). Traz em si o crime de calúnia acrescentado de um elemento mais grave, consistente na provocação dos órgãos estatais para que iniciem investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. O plus da denúncia caluniosa em relação ao crime contra a honra reside exatamente no segundo elemento, que envolve na mendacidade órgãos da administração da Justiça que não podem ser utilizados como instrumentos de ataques de índole pessoal.

Ora, quem divulga ou propala o ato ou fato atribuído na denúncia caluniosa não envolve órgãos da administração da Justiça, não dá causa à instauração de nada, mas apenas se limita a difundir a própria calúnia. No ato de divulgação ou propalação não existe o plus de gravidade que caracteriza a denúncia caluniosa, não se atinge o mesmo objeto jurídico, razão pela qual não há nenhum fundamento na equiparação de uma conduta à outra.

De qualquer forma, o tipo penal deve ter aplicação limitada.

Isto porque não é a simples divulgação de informação falsa que caracteriza a figura equiparada, pois a existência da denúncia caluniosa é um pressuposto. Só é possível pretender a punição de alguém que tenha divulgado ou propalado a mesma conduta falsa já utilizada para dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa. O § 3º tipifica, portanto, um crime acessório, que só pode surgir na esteira da denúncia caluniosa e que, ao contrário do que se tem divulgado, não pode abranger condutas como os simples compartilhamentos das chamadas *fake news* em redes sociais, situações nas quais no mais das vezes as pessoas apenas replicam algo que pode parecer verdadeiro segundo a percepção geral. Além de inviável devido à profusão de compartilhamentos que ocorrem normalmente, esta espécie de punição não deve ser tida como propósito do tipo penal.

Aliás, para reforçar esta conclusão, a redação do § 3º deixa claro que só comete o crime quem atua comprovadamente ciente da inocência do denunciado, ou seja, o divulgador ou propalador da calúnia só pode atuar com dolo direto. Não se admite a tipicidade por dolo eventual, baseada na assunção do risco de que a conduta divulgada possa ser falsa.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 063 – agosto 2019

A bem da verdade, trata-se de mais uma inutilidade que nada soma ao nosso já caótico sistema de legislação penal. A propalação da calúnia é punida há quase oitenta anos no Código Penal; no Código Eleitoral, há mais de cinquenta. Não há nenhuma justificativa razoável para que se crie uma figura especial de propalação que, na essência, em nada se distingue daquelas em vigor.

### **2-Tema: Portaria nº 1.222 de 12 de agosto de 2019 - Dispõe sobre parâmetros de aferição e listagem de calibres nominais de armas de fogo e das munições de uso permitido e restrito e dá outras providências**

Em razão das consultas feitas no CAOCrim vamos reproduzir aqui a Portaria, que confere os parâmetros de armas e munições de uso permitido e restrito.

Clique [aqui](#)

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Ordem das alegações finais no caso de colaboração premiada. 2ª Turma reconhece cerceamento de defesa e anula condenação de ex-presidente da Petrobras**

**DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 27/8/2019.**

Com o entendimento de que a apresentação das alegações finais de corréus não colaboradores deve se dar após a apresentação do documento por parte dos colaboradores, a maioria dos ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) anulou a condenação do ex-presidente da Petrobras Aldemir Bendine pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro no âmbito da Operação Lava-Jato. A decisão foi tomada na sessão desta terça-feira (27) no julgamento de recurso (agravo regimental) no Habeas Corpus (HC) 157627.

O juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba (PR), ao concluir a instrução processual, abriu prazo comum para que os corréus apresentassem suas alegações finais. A defesa do executivo pediu que seu cliente pudesse apresentar sua manifestação após os colaboradores, com o argumento de que a abertura de prazo comum, e não sucessivo, para colaboradores e não colaboradores traria prejuízos a seu cliente. O pedido, no entanto, foi negado.

Durante a sessão de julgamento, o defensor sustentou que, no processo penal, o réu tem o direito de se defender e de rebater todas as alegações com carga acusatória. Segundo ele, o acusado tem o direito de falar por último, venha de onde vier a acusação, sob pena de configuração do cerceamento de defesa. Lembrou ainda que a condenação de Bendine já foi confirmada, com redução de pena, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) no julgamento de apelação, sem o acolhimento da questão trazida no habeas corpus.

Estratégia

O agravo regimental foi interposto contra decisão do relator, ministro Edson Fachin, que havia negado seguimento ao habeas corpus. Fachin votou no sentido de negar provimento ao recurso, por entender que não existe previsão legal para a apresentação de alegações finais em momentos diversos por corréus delatores e delatados. Como a colaboração premiada é uma das estratégias que pode ser usada pela defesa, a opção por esse instituto,

para o relator, não autoriza que o juiz faça distinção entre colaboradores e não colaboradores.

#### Constrangimento ilegal

O ministro Ricardo Lewandowski divergiu do voto do relator e entendeu configurado o constrangimento ilegal. Segundo o ministro, o direito ao contraditório e à ampla defesa deve permear todo o processo penal, inclusive no momento do oferecimento das alegações finais. Como a colaboração premiada é meio de obtenção de prova, ressaltou que a fixação de prazo simultâneo gera prejuízo à defesa, especialmente porque, no caso, a sentença condenatória foi desfavorável ao acusado. “É irrefutável a conclusão de que, sob pena de nulidade, os réus colaboradores não podem se manifestar por último, em razão da carga acusatória de suas informações”, enfatizou.

Com esse entendimento, o ministro votou pelo provimento do recurso para anular a sentença e os atos posteriores ao encerramento da instrução, assegurando ao réu o direito de oferecer novamente os memoriais após os colaboradores.

Ao acompanhar a divergência, o ministro Gilmar Mendes lembrou que, conforme precedente do Supremo, é garantido ao delatado inquirir o colaborador. Para Mendes, o contraditório é a melhor forma de saber se o colaborador está mentido ou omitindo fatos. Da mesma forma, o prazo para alegações finais, nesse caso, deve se dar de forma sucessiva, primeiro dos colaboradores e, na sequência, dos não colaboradores.

A ministra Cármen Lúcia, que também integrou a corrente vencedora, salientou que o tema é uma novidade no Direito. Para ela, delatores e delatados não estão na mesma condição processual e, portanto, não podem ser tratados de forma igual. Por fim, observou que, da mesma forma que não existe norma específica sobre o tema, também não há nada que impeça o juiz de conceder prazos sucessivos, principalmente porque houve pedido da defesa nesse sentido.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A decisão surpreendeu a todos, ignorando, inclusive, precedentes recentes da Corte. A 1ª Turma do STF, no final do primeiro semestre deste ano, reconheceu que “inexiste previsão legal de nulidade decorrente da mera inversão na ordem das alegações finais, sendo certo que as nulidades processuais são *numerus clausus* e, à luz do princípio da instrumentalidade

## Boletim Criminal **Comentado** nº 063 – agosto 2019

das formas, rege-se pelo princípio *pas de nullité sans grief*” (Ação Penal n. 968 – SP, STF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.5.2018, publicado no DJ em 2.8.2019).

A decisão contrária, ainda, entendimento pacífico da Corte (1ª. e 2ª. TURMAS), no sentido de que a palavra do colaborador não pode, por si só, condenar o réu “delatado”:

“As declarações do colaborador, portanto, só têm validade se forem corroboradas por outros elementos de prova, o que significa dizer que, sozinhas, suas palavras, em face do delatado, nenhum efeito jurídico produzem” (tese acolhida pelo Plenário no unânime julgamento do HC 127.483-PR).

Não bastasse, após a sentença condenatória (agora anulada pelo STF), o condenado/delatado teve oportunidade, da forma mais ampla possível, de discutir e rebater as teses acusatórias e as palavras do colaborador na sua apelação, respeitando-se o contraditório e ampla defesa.

Por fim, a ordem na oferta das derradeiras alegações dos réus determinada pelos Ministros não tem previsão legal, nem no CPP (art. 403), nem no próprio regimento interno (art. 241), devendo primeiro manifestar-se a acusação e depois a defesa.

### **2- Tema: Arquivamento de inquérito policial de ofício pelo juiz. Inadmissibilidade.**

#### **TJ-SP - Correção Parcial nº 9000006-57.2012.8.26.0445**

Ementa:

Correção parcial- Juiz determinou de ofício arquivamento de inquérito policial, sem requerimento do Ministério Público- Impossibilidade - Ministério Público titular da ação penal - Deferida correção parcial para revogar o despacho que determinou o arquivamento-recomendação para que o Promotor de Justiça especifique as diligências que pretende sejam realizadas, visando apurar a autoria de eventual delito.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Em que pese este capítulo do boletim ser dedicado para análise das decisões dos Tribunais Superiores, por conta da importância da matéria, vamos, de forma excepcional, comentar esta decisão do TJ de SP, que ratifica posicionamento do STF.

A decisão que ordena o arquivamento do inquérito policial é privativa do Poder Judiciário a quem cumpre a função de julgar. Tanto é assim que o art. 28 do CPP atribui apenas ao Magistrado a possibilidade de invocar a providência ali contida, determinando a remessa dos autos ao procurador-geral na eventualidade de discordância do pedido de arquivamento. **O juiz age, de sua parte, mediante requerimento formulado pelo Ministério Público. Isso decorre de norma constitucional, já que o art. 129, I, da CF, confere ao parquet a titularidade exclusiva da ação penal pública.** De sorte que, por mais óbvia que possa parecer a hipótese de arquivamento (morte do agente, suicídio, retratação da vítima em um crime de ação penal pública condicionada à representação etc), uma vez instaurado o inquérito deve ser o mesmo finalizado e enviado ao Ministério Público que, nesses casos, promoverá seu arquivamento.

Ao juiz não lhe assiste, pois, competência para decidir da conveniência ou inconveniência, utilidade ou inutilidade, admissibilidade ou inadmissibilidade da ação penal, de ofício, determinando o arquivamento do inquérito policial, cuja iniciativa – insistimos – **cabe apenas ao Ministério Público.**

O STF, em que pese decisões ilhadas em sentido contrário, vem decidindo no mesmo sentido do TJ SP:

"Se mostra inviável, em nosso sistema normativo, o arquivamento 'ex officio', por iniciativa do Poder Judiciário, de peças informativas e/ou de inquéritos policiais, pois, tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal pública, o ato de arquivamento só pode ser legitimamente determinado, pela autoridade judiciária, em face de pedido expresso formulado, em caráter exclusivo, pelo próprio Ministério Público" (STF – Inq. n. 4.420 - Rel. Celso de Mello, j. 21/8/2018)



**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Prescrição em perspectiva. Inadmissibilidade. Súmula 438 STJ.**

**TJ- SP- Processo: RSE 0009762-15.2011.8.26.0597**

Julgamento: 14/02/2019

Ementa

Recurso em Sentido Estrito. Furto qualificado. Sentença que declarou extinta a punibilidade dos réus diante do reconhecimento da denominada prescrição 'virtual'. Recurso do Ministério Público buscando a reforma da r. decisão para que o feito tenha prosseguimento. Prescrição 'virtual', 'antecipada' ou 'por perspectiva'. Órgão julgador que, partindo de uma pena hipotética, reconhece a futura prescrição da pretensão punitiva estatal. Modalidade de prescrição sem previsão legal que fere os princípios da legalidade, do devido processo legal, da individualização da pena, da presunção de inocência e da ampla defesa. Prescrição 'virtual' que não pode ser reconhecida Inteligência da Súmula nº 438 do C. STJ. Inocorrência de prescrição com a pena abstrata em relação a Fabrício. Recurso Ministerial provido, para anular a r. sentença de fls. 57/59, determinando-se o prosseguimento do feito. Expedição de ofício, nos termos deste Voto.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao Modelo de Rese no caso extinção da punibilidade pela prescrição em perspectiva

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A prescrição da pretensão punitiva em perspectiva, antecipada, virtual ou por prognose tem gênese jurisprudencial, sem amparo legal. Sua finalidade é reconhecer, de forma antecipada, a prescrição retroativa.

O seu fundamento reside na falta de interesse de agir do Estado no prosseguimento da ação penal cuja sentença, dadas as circunstâncias do crime e condições do próprio réu, fixará a pena em patamares mínimos, conduzindo o juízo, no futuro, ao certo reconhecimento da prescrição retroativa.

Antevendo a (certa) prescrição retroativa, sustenta-se ser possível a sua antecipação, declarando-a mesmo antes do final do processo.

Essa espécie de prescrição, contudo, sem previsão legal (repetimos), para muitos, viola os princípios da legalidade, do devido processo legal, da individualização da pena, da presunção de inocência e da ampla defesa.

O STJ acolheu essa tese crítica e a vedou expressamente:

**Súmula nº 438 STJ** "É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal".

## **2-Tema: Crime de violação de direitos autorais - Não aplicação do princípio da adequação social**

**STJ- AgRg no REsp 1772368/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 7/12/2018**

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. INCOMPETÊNCIA DO STJ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO APLICAÇÃO. SÚMULA 502/STJ. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA (ART. 184, CAPUT, DO CP). REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

I - Não se insere no rol da competência do Superior Tribunal de Justiça a análise de malferimento a dispositivos constitucionais, porquanto se trata de matéria afeta ao âmbito de cognição do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso III, alíneas a, da Constituição da República).

II - O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n 1.193.196/MG, sob relatoria da em Ministra Maria Thereza de Assis Moura, submetido à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C, do Código de Processo Civil de 1973), consolidou o entendimento no sentido de se 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". No mesmo sentido foi editado o enunciado n.502 da Súmula desta Corte, que estabelece, verbis: "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".

III - "Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, 'a simples transcrição de ementas e de trechos de julgados não tem o condão de caracterizar o cotejo analítico, uma vez que requer a demonstração das circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma, ainda quando se trate de dissídio notório" (REsp n. 1.691.118/MG, Segunda turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 11/10/2017).

IV - A pretensão do ora recorrente, no sentido de se desclassificar a sua conduta, para a prevista no art. 184, caput, do Código Penal, como ressaltado no decisum reprochado, demanda o revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência, enfatize-se, incabível na via eleita, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. Decisão mantida.

Agravo regimental desprovido.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A tese de que o crime de violação de direitos autorais, por meio da venda de CDs e DVDs "piratas" violam o princípio da adequação social vem sendo, copiosamente, rechaçada pelos Tribunais Superiores, o que justifica este estudo.

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 reprimiria 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).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 063 – agosto 2019

No mesmo sentido temos decisões no STJ: HC 233.382/SP, rel. Min. Og Fernandes, DJe 20/03/2013, 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).

O tipo em questão admite a elaboração do Acordo de Não Persecução Penal, que pode ser avaliado pelos colegas em cada caso concreto (<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>).

Confira o modelo proposto (Clique [aqui](#)).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 064

**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: Conceito de documento para fins penais.

Documento, para fins penais, abrange toda peça escrita que condensa graficamente o pensamento de alguém, podendo provar um fato ou a realização de algum ato dotado de relevância jurídica.

Deve ser feito em coisa móvel, não sendo considerado documento os escritos em coisa imóvel (muros) ou veículos (a alteração de sinal identificador de veículo automotor configura o crime previsto no art. 311 do CP).

Quando autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais, as cópias reprográficas assumem a condição de documento, podendo provar determinada situação jurídica (nesse sentido: art. 365, III, CPC/73 e art. 425, III, do novo CPC).

A partir da entrada em vigor da Lei 11.419/2006 temos os chamados “processos digitais”, ou “eletrônicos”, nos quais toda a documentação encartada, inclusive aquela probatória, é oferecida no formato digital (ou seja, em prevalência, cópias escaneadas de documentos, convertidas para o formato PDF).

Como bem explica Lorenzo Parodi, existem essencialmente duas tipologias de documentos digitais. Na primeira trata-se de documentos que foram originados por um computador ou outro sistema eletrônico, sem nunca ter sido impressos ou transferidos em papel (é o caso de uma fotografia digital, de um documento escrito em Word e transformado em um arquivo PDF, de um logotipo criado num software de gráfica e salvo em um arquivo JPG etc.). Na segunda trata-se de documentos que foram convertidos de um formato físico (ou seja, normalmente, um documento em suporte cartáceo) para um formato digital através de um processo de escaneamento ou fotografia digital ou outro. Podem ainda existir documentos com origem mista, sendo que parte do documento tem origem puramente digital enquanto outra foi escaneada a partir de um suporte físico (<https://www.conjur.com.br/2017-nov-22/parodi-falsificacao-documento-digital-traz-desafios-pericia#author>).

Podemos, ainda, dividir os documentos em duas outras grandes categorias, aqueles onde há algum grafismo manual (assinaturas, texto escrito a mão, formulários com preenchimentos manuais etc.) e aqueles que não possuem esta característica (e-mails, notas fiscais automatizadas, extratos bancários etc.) e que, portanto, não estão sujeitos a aplicação de técnicas grafoscópicas, mas somente de outros tipos de análise.

Essa discussão é relevante e foi enfrentada pela colega Denise Elizabeth Herrera, mais precisamente num caso envolvendo a supressão de documentos, delito previsto no art. 305 do CP (clique [aqui](#)).

**2-Tema: Detração e medidas cautelares diversas da prisão preventiva.**

Considera-se detração, nos termos do art. 42 do Código Penal, o desconto efetuado, na dosagem da pena condenatória do tempo em que o condenado permaneceu sob prisão provisória. De sorte que, condenado a oito anos de prisão, se permaneceu preso preventivamente por um ano, esse período deve ser abatido, devendo o condenado cumprir os restantes sete anos. Esse cômputo deve, inclusive, ser considerado na fixação do regime inicial de cumprimento de pena (art. 387, §2º., CPP).

Indaga-se, então: o período no qual o condenado cumpriu medida cautelar diversa da prisão deve ser objeto de posterior detração?

Depende. Digamos que, no curso do processo, o réu foi proibido “de ausentar-se da Comarca”, nos termos do art. 319, inc. IV do código. Ou, então, que teve o passaporte retido (art. 320). Ao cabo do processo, se vem a ser condenado a uma pena corporal, de detenção ou reclusão, não faz nenhum sentido se operar a detração. Suponha-se, de outro lado, que como medida diversa à prisão, tenha lhe sido imposta a proibição de frequentar determinados lugares (art. 319, inc. II). Condenado, recebe uma pena restritiva de direitos, consistente exatamente na “proibição de frequentar determinados lugares”, nos termos do art. 47, inc. IV do Código Penal. Aqui, então, merecerá o favor legal da detração. Do mesmo modo se cumpriu a cautelar de prisão domiciliar (art. 318) e, posteriormente, é condenado a pena privativa de liberdade (art. 33 do CP).

Em suma, é pressuposto a homogeneidade da cautelar e da pena imposta na sentença. Se ao final do processo for aplicada uma pena corporal, de natureza diversa da medida cautelar, o condenado não fará jus à detração. Já se a medida cautelar for da mesma natureza da pena imposta pela sentença penal, a detração se impõe.

Até meados de 2017, o STJ decidia, copiosamente, que não cabia a detração na pena de prisão do tempo em que o paciente esteve submetido a medidas cautelares recolhimento domiciliar noturno e à obrigação de comparecimento periódico em juízo, que, por expressa previsão legal, não se confundem com a prisão provisória, a despeito de representarem, sempre, algum grau de restrição à liberdade do acautelado.

No entanto, a partir do segundo semestre do mesmo ano, a 5ª.T mudou seu entendimento e passou a considerar a detração inteiramente aplicável ao caso da medida cautelar de recolhimento noturno, por ensejar a privação de liberdade do apenado. (HC n. 380.369/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/09/2017,

Com o devido respeito, discordamos. O recolhimento domiciliar noturno não se enquadra no conceito de prisão provisória, ao contrário, por expressa disposição legal, é uma modalidade de medida cautelar diversa da prisão, não se confundindo com nenhuma hipótese de segregação de

## Boletim Criminal Comentado nº 064 - setembro 2019

liberdade. Trata-se, tão somente, de um dos diversos ônus que devem ser suportados pelo sentenciado, para que possa gozar dos benefícios da liberdade.

Logo, não nos parece possível a detração (indiscriminada) pelo tempo em que o sentenciado esteve submetido à medida cautelar de recolhimento noturno, caso em que a restrição à liberdade de locomoção é tão somente parcial.



**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Fundamentação não pode se limitar à transcrição de outra peça, reafirma Terceira Seção do STJ**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 04/09/2019.**

Para a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a mera transcrição de outra decisão ou de manifestação nos autos, sem qualquer acréscimo, não basta para suprir a exigência de fundamentação prevista no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Ao reafirmar esse entendimento, o colegiado acolheu embargos de divergência para dar provimento a um recurso especial e determinar o retorno dos autos ao tribunal de origem para novo julgamento.

"A corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais" – explicou o relator, ministro Nefi Cordeiro.

Nulidade

No caso analisado, um homem acusado de tráfico de drogas questionou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que o condenou com base em interceptação telefônica judicialmente autorizada, a qual envolvia pessoas diferentes daquelas investigadas inicialmente.

No julgamento de embargos de declaração, o TJRS afirmou que não configura omissão ou nulidade o fato de um acórdão adotar como fundamento as razões da sentença ou do parecer ministerial. Esse foi o mesmo entendimento da Quinta Turma do STJ, que negou provimento ao recurso especial.

Ao apresentar os embargos de divergência, a defesa citou julgado da Sexta Turma que havia reconhecido a nulidade de acórdão que adotou parecer do Ministério Público sem qualquer acréscimo dos julgadores. Pediu o provimento do recurso para anular o julgamento do TJRS por vício de fundamentação.

Complementações necessárias

O ministro Nefi Cordeiro esclareceu que, nos termos da orientação firmada pela Terceira Seção no julgamento do **HC 216.659**, não basta para suprir a exigência constitucional de fundamentação que a decisão faça remissão a manifestações de terceiros nos autos, sem ser demonstrada a efetiva apreciação do caso concreto e das alegações trazidas pela parte.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 064 - setembro 2019

"Não serve como fundamentação exclusivamente a remissão a manifestações de terceiros, exigindo-se complementações demonstradoras do efetivo exame dos autos e teses arguidas. Impõe-se, pois, a reforma do acórdão impugnado, para que o tribunal de origem realize novo julgamento, como entender de direito, inclusive quanto ao necessário exame das preliminares", afirmou o relator.

Leia o [acórdão](#).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1384669](#)

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

A decisão judicial deve ser fruto de um raciocínio lógico do juiz, em que as razões que o levaram a decidir de tal ou qual modo estejam devidamente apontadas, de forma clara, a permitir o conhecimento e a eventual impugnação dos interessados. Daí a preocupação da Constituição ao impor que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (art. 93, inc. IX).

Nessa linha de raciocínio, mostra-se perfeita a lição de Ada, Scarance e Magalhães, quando explicam a necessidade da fundamentação da sentença: "São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciais: só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permitem que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir a prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz" (As nulidades no processo penal, São Paulo: RT, 1995, p. 169).

Há também a denominada "fundamentação ad relationem", aquela na qual o julgador não se vale de argumentação própria, oriunda exclusivamente de seu raciocínio, mas, antes, faz alusão a outras manifestações lançadas nos autos pelas partes. Costumeiramente, nessa espécie de decisão se utiliza a expressão "adoto como razões de decidir...". É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz, para acolher um pedido de prisão preventiva, encampa como motivação de decidir a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público; ou quando arquiva o inquérito policial com base na argumentação lançada pelo Ministério Público na promoção de arquivamento.

É necessário, no entanto, certo cuidado nesta espécie de motivação, especialmente em sentenças e acórdãos, em que devem ser cotejados os argumentos lançados por todos os litigantes.

## Boletim Criminal Comentado nº 064 - setembro 2019

O STJ firmou a tese de que “A utilização da técnica de motivação *per relationem* não enseja a nulidade do ato decisório, desde que o julgador se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir” (Tese 18 da Ed. n.º 69). Mas a tese é aplicada levando em conta as circunstâncias e a natureza das decisões, pois, ao mesmo tempo em que admite a remissão, por exemplo, nas decisões em procedimentos de interceptação telefônica, o tribunal é mais cauteloso sobre este procedimento quando se analisa o mérito em sentenças e acórdãos:

“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou não invalidar o procedimento de interceptação telefônica deferido com base em denúncia anônima, desde que se realizem diligências preliminares, averiguando a veracidade das informações prestadas, conforme dispõe o art. 2º, II, da Lei n. 9.296/1996. 2. Considera-se fundamentada a decisão que faz expressa referência aos indícios de autoria ou à participação dos investigados nas infrações penais e destaca a impossibilidade de realização de provas por outros meios disponíveis, conforme o art. 5º da Lei das Interceptações Telefônicas. 3. A sucinta referência da decisão à representação policial demonstra utilização da fundamentação aliunde ou fundamentação *per relationem* – referindo-se, expressamente, aos fundamentos que deram suporte à anterior decisão – e constitui, ressalvada minha compreensão pessoal sobre o tema, meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação reportada como razão de decidir. 4. Ordem denegada.” (HC 431.079/SP, j. 25/6/2019)

“1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora admita que o julgador se utilize da transcrição de outros alicerces jurídicos apresentados nos autos para embasar as suas decisões – no caso, do parecer do Ministério Público –, ressalta a necessidade também de fundamentação própria, devendo o julgador expor, ainda que sucintamente, as razões de suas conclusões, o que não foi realizado pelo Tribunal de origem. 2. Recurso ordinário em habeas corpus provido para anular o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª. Região nos autos do Habeas Corpus n.º 0008330-61.2018.4.02.0000, determinando que outro seja prolatado, com a necessária fundamentação.” (RHC 104.665/RJ, j. 13/12/2018)

Recentemente, a Terceira Seção do tribunal deu provimento a recurso especial (EREsp 1.384.669/RS, j. 28/08/2019) para anular acórdão no qual a fundamentação se limitava a fazer referência a parecer do Ministério Público sequer transcrito na decisão, que, de resto, não havia analisado preliminares nem acrescentado nada que pudesse proporcionar às partes a possibilidade de analisar o que havia motivado os julgadores a decidir daquela forma:

“(…) No caso, verifica-se que a Corte de origem, ao apreciar o apelo defensivo, limitou-se a fazer remissão ao parecer ministerial, sequer transcrito no acórdão, sem tecer qualquer consideração acerca das preliminares arguidas, o que não se coaduna com o imperativo da necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 064 - setembro 2019

Dessa forma, nos termos da orientação firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, não serve como fundamentação exclusivamente a remissão a manifestações de terceiros, exigindo-se complementações demonstradoras do efetivo exame dos autos e teses arguidas. Impõe-se, pois, a reforma do acórdão impugnado, para que o Tribunal de origem realize novo julgamento, como entender de direito, inclusive quanto ao necessário exame das preliminares.”

### **2- Tema: Súmula Vinculante 14 e não comprovação de restrição de acesso aos elementos de prova**

#### **INFORMATIVO 949 STF - PRIMEIRA TURMA**

A Primeira Turma negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão monocrática que negou seguimento a reclamação ajuizada contra ato de juízo federal sob a alegada afronta à autoridade da Súmula Vinculante 14.

No caso, o reclamante afirmava não ter tido acesso ao procedimento da escuta telefônica que serviu de esteio ao oferecimento da denúncia, o que impossibilitou a análise do período da autorização e de seus fundamentos. Pretendia a procedência da reclamação, com a anulação das provas produzidas contra ele na origem.

O colegiado manteve os fundamentos da decisão reclamada, visto que o acesso aos autos originários, da forma como franqueado aos reclamantes, seguiu os parâmetros da Súmula Vinculante 14. Inexiste, portanto, substrato fático ou jurídico capaz de atrair a sua incidência.

De acordo com as informações prestadas pela autoridade reclamada, as interceptações telefônicas foram cautelarmente colhidas com a autorização do juízo e os áudios interceptados também foram juntados ao inquérito policial e sempre estiveram disponíveis às partes e procuradores, inclusive na forma digitalizada depois de deflagrada a investigação.

Além disso, o juízo reclamado apreciou pedido de transcrição integral dos áudios interceptados formulado pela defesa, o que pressupõe prévio acesso aos respectivos autos em que produzidos.

Por fim, a reclamação foi deficientemente instruída.

O reclamante sequer explicitou o ato judicial que supostamente implicou o indeferimento do acesso do reclamante aos autos da interceptação telefônica, não obstante a concessão excepcional de prazo para sua complementação.

Rcl 27919 AgR/GO, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 27.8.2019. (Rcl-27919)

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 064 - setembro 2019

De fato, a jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona no alcance da Súmula Vinculante 14. Refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Lavagem de dinheiro, infração penal antecedente e a Súmula 711 do STF**

**STJ- AgRg no HC 497.486/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 22/8/2019**

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. LAVAGEM DE DINHEIRO E JOGO DO BICHO. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. CONDUTAS ANTERIORES À LEI N. 12.683/2012. ENTRADA EM VIGOR DA LEI ANTES DA CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA OU DA CONTINUIDADE. SÚMULA 711/STF. 3. DISCUSSÃO SOBRE A DATA DA EFETIVA CESSAÇÃO DAS CONDUTAS DELITIVAS. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 4. INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA. ART. 2º, II, DA LEI 9.613/1998. 5. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O trancamento da ação penal somente é possível na via estreita do habeas corpus em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. Imputando-se aos recorrentes a contravenção penal de jogo do bicho em continuidade delitiva e o crime de lavagem de dinheiro, que é permanente, também em continuidade, tem-se que as condutas criminosas perduraram até a data do cumprimento dos mandados de prisão, que se deu após a entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012. Dessa forma, referida lei se aplica à hipótese dos autos, nos termos do verbete n. 711 da Súmula do STF, in verbis: "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

3. Considerando os elementos trazidos nos autos, tem-se que a incidência do Enunciado n. 711 da Súmula do STF inviabiliza eventual reconhecimento da atipicidade da conduta imputada, nos moldes em que pleiteado pela defesa. A discussão acerca da ausência de permanência ou de continuidade delitiva, bem como com relação à data da cessação das condutas delitivas, deve ser aprofundada na seara própria, durante a instrução processual.

4. O processo e julgamento dos crimes de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei n. 9.613/1998. Dessa forma, a prescrição das contravenções de jogo do bicho não repercute na apuração do crime de branqueamento. Com efeito, "o reconhecimento da extinção da punibilidade pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, relativamente ao crime funcional antecedente, não implica atipia ao delito de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/98), que, como delito

## Boletim Criminal **Comentado** nº 064 - setembro 2019

autônomo, independe de persecução criminal ou condenação pelo crime antecedente". (...). (REsp n. 1.170.545/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 2/12/2014, DJe 16/3/2015)

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O sistema anterior de combate aos comportamentos típicos de lavagem não apenas limitava a utilização de outros crimes graves como antecedentes por não constarem do rol taxativo, como impossibilitava a lavagem de dinheiro a todas as contravenções penais, uma vez não inseridas na definição de crimes como elemento normativo do artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Como bem lembra o promotor de justiça do Rio de Janeiro, Francisco Cardoso, "O principal exemplo era a dificuldade da caracterização da lavagem de dinheiro de recursos provenientes da prática de crimes fiscais. Por não constarem expressamente dentre os incisos I a VIII, a lavagem de dinheiro somente poderia ser investigada quando as fraudes fiscais eram praticadas juntamente com outros crimes que constavam do referido rol, como, e.g., as organizações criminosas ou crimes contra a administração pública.

Na prática, não era possível criminalizar a lavagem de dinheiro proveniente das graves e notoriamente lucrativas contravenções penais do jogo de azar (na qual se incluem o jogo do bicho e a exploração das máquinas caça-níqueis)".

Hoje, com o advento da Lei n. 12.683/2012, dispomos de sistema legal que permite que toda e qualquer infração penal – desde que gere proveito econômico – possa ser caracterizada como antecedente da lavagem de dinheiro, recebendo a necessária e efetiva reprimenda estatal.

Infrações penais praticadas de modo permanente ou em continuidade delitiva, mesmo que iniciadas antes da Lei 12.683/12, serão alcançadas por ela se a cessação da continuidade ou da permanência ocorrer na sua vigência. É o que determina a Súmula 711 do STF in verbis: "a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência".

### **2- Tema: Fraude ao certame licitatório - Art. 90 da Lei n. 8.666/1993 - Natureza jurídica do crime**

**STJ- AgRg no REsp 1728967/RN, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FRAUDE AO CERTAME LICITATÓRIO. TIPICIDADE. DANO AO ERÁRIO. INEXIGIBILIDADE.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 064 - setembro 2019

1. A orientação dominante desta Corte Superior é no sentido de que o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 estabelece um "crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório" (REsp n. 1.498.982/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª T., DJe 18/04/2016) CRIME DE PECULATO. AUTORIA E MATERIALIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. O Tribunal local, após aprofundada análise dos elementos colhidos no curso da instrução criminal, concluiu que restou provada a materialidade e a autoria que dão suporte à condenação do réu pelo crime de peculato e, entender de modo diverso, no intuito de abrigar o pleito defensivo de absolvição do acusado demandaria o revolvimento no material fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias e vedada a este Sodalício em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ. LICITAÇÃO. FRAUDE. PECULATO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Firmou-se neste Sodalício que "Reconhecida a autonomia dos desígnios do paciente e a distinção dos bens jurídicos tutelados pelas normas penais, evidencia-se, no caso, a inaplicabilidade do princípio da consunção, dada a ocorrência isolada dos crimes, o que torna a inviável a absorção de um delito pelo outro" (HC 415.900/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado no seu exercício discricionário juridicamente vinculado, mediante aferição negativa dos elementos concretos dos autos a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada.

2. A Corte estadual considerou desfavorável ao acusado para ambas as condutas imputadas, a vetorial da culpabilidade, diante da destacada função exercida pelo agente na empreitada criminosa por ser considerado um de seus principais artífices e beneficiários.

3. Agravo regimental desprovido.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Regida pela Lei 8.666/93, a licitação tem o propósito de garantir que os vínculos contratuais estabelecidos entre o poder público e terceiros sejam regidos pela isonomia e sejam resultado da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. É o que se extrai do art. 3º, que ainda atrela o processo e o julgamento da licitação aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e a outros correlatos.



## Boletim Criminal Comentado nº 064 - setembro 2019

Para assegurar que sejam cumpridos os objetivos da licitação, a Lei 8.666/93 estabelece extensa regulamentação, que parte dos princípios e das definições das modalidades e suas características, passa pelo processo em si – desde as providências preliminares até a rescisão dos contratos – e termina nas sanções de caráter administrativo e penal e em algumas regras relativas ao processo judicial e aos recursos administrativos.

As sanções de caráter penal se revelam diante de irregularidades mais graves que possam atingir o processo licitatório.

Uma das fraudes está tipificada no art. 90 da Lei 8.666/93:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”.

As condutas tipificadas nesta figura criminosa atingem diretamente o processo licitatório por meio da quebra do caráter competitivo. Adotam-se práticas ardilosas para conferir a ilusão de que o certame cumpre o propósito de garantir o contrato mais vantajoso para a Administração, mas, na verdade promove-se verdadeira pantomina em que os concorrentes se ajustam para direcionar o resultado da licitação e obter vantagem a partir da adjudicação. É o que se dá quando diversos concorrentes combinam previamente os valores relativos às ofertas para que um deles logre a contratação. É comum, aliás, que o mesmo grupo integre diversos procedimentos licitatórios e estabeleçam combinações de propostas de forma alternada, promovendo assim uma espécie de rodízio em razão do qual cada um tem a sua vez para alcançar a contratação fundada na fraude.

Segundo a jurisprudência do STJ, a conduta de fraudar o caráter competitivo da licitação tem natureza formal, ou seja, dispensa-se o efetivo prejuízo para o erário, assim como não se exige comprovação de locupletamento. Basta, portanto, que se demonstre a quebra da natureza competitiva do certame por meio de ajuste ou outro subterfúgio:

“O delito do art. 90 da Lei 8.666/93 tem natureza formal, ocorrendo sua consumação mediante o mero ajuste, combinação ou adoção de qualquer outro expediente com o fim de fraudar ou frustrar o caráter competitivo da licitação, independentemente da obtenção da vantagem (adjudicação do objeto licitado para futura e eventual contratação). Precedentes do STF e do STJ” (REsp 1.623.985, j. 17/05/2018).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 065

**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: Incidência do art.40, III, da Lei de Drogas. Elevação de pena e aplicação de regime fechado.**

O tráfico de drogas será majorado na sua pena se tiver sido 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 (agremiações 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).

Os locais foram aumentados em relação à Lei 6.368/76, trazendo amplitude (repetitivo em alguns pontos) que dificilmente se verá um crime de tráfico que não seja majorado. Mesmo diante dessa opção legislativa, são raras as investigações em que a majorante é explorada pelo Autoridade Policial.

Aliás, no que concerne ao tráfico cometido em transportes públicos, o STF tem decisões no sentido de que a majorante só pode ser aplicada se o transporte público for utilizado (ou se o agente pretender utilizá-lo) para o efetivo comércio da droga. Caso sua intenção seja simplesmente se deslocar com droga utilizando o sistema de transporte, não há o aumento:

“O entendimento de ambas as Turmas do STF é no sentido de que a causa de aumento de pena para o delito de tráfico de droga cometido em transporte público (art. 40, III, da Lei 11.343/2006) somente incidirá quando demonstrada a intenção de o agente praticar a mercancia do entorpecente em seu interior. Fica afastada, portanto, na hipótese em que o veículo público é utilizado unicamente para transportar a droga. Precedentes” (HC 119.811/MS, DJe 01/07/2014).

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 (PROCESSO: HC 450.926/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018).

No que diz respeito à palavra “imediação”, prevista no art. 40, III, existe indisfarçável controvérsia. Vejamos a lição de Vicente Greco:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 065 – setembro 2019

“O termo ‘imediações’ não pode ser convertido em medida métrica rígida, mas deve ser entendido dentro de critério razoável em função do perigo maior que a Lei procura coibir: as imediações, portanto, abrangem a área em que poderia facilmente o traficante atingir o ponto protegido em especial, com alguns passos, em alguns segundos, ou em local de passagem obrigatória ou normal das pessoas que saem do estabelecimento ou a ele se dirigem” (Lei de Drogas, p.145)

Esses temas foram debatidos pela colega Nilza Pinheiro Chaim. Clique [aqui](#) para ter acesso a Denúncia, a apelação e ao acórdão do TJSP.

Aproveitamos para registrar que a Polícia Civil de São Paulo, doravante, após ser instada pelo CAOCRIM, irá elaborar nos inquéritos policiais digitais croquis em casos de tráfico de drogas para demonstrar a eventual existência de estabelecimentos de ensino nas proximidades do local de apreensão de drogas, o que certamente irá facilitar a incidência da majorante.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Para Terceira Seção do STJ, estelionato por meio de aplicativo deve ser julgado onde o dinheiro foi recebido**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 11/09/2019**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é competência da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo (SP) a condução de inquérito policial e eventual julgamento de estelionato praticado por meio de aplicativo, por ter sido lá que os valores efetivamente entraram na esfera de disponibilidade dos acusados.

A vítima comprou uma carta de crédito para aquisição de um veículo Mercedes Benz por meio de aplicativo especializado em anúncios dos chamados "carros de repasse". Seguindo as orientações dos supostos vendedores, ele fez duas transferências – de R\$ 40 mil e R\$ 80 mil – para contas situadas em agências bancárias da cidade de São Bernardo do Campo. Também efetuou um depósito em dinheiro na boca do caixa, no valor de R\$ 4 mil. As movimentações foram feitas pela conta bancária da vítima, cujo banco se situa em Caxias do Sul (RS).

No conflito de competência julgado pela Terceira Seção, o juízo suscitado, da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, entendeu que ainda que as contas bancárias dos supostos vendedores pertençam a agências situadas em São Bernardo do Campo, o local geográfico de destinação do dinheiro integra o post-factum, não coincidindo com o local de consumação do crime, que seria o lugar onde se realizou o depósito – Caxias do Sul.

O suscitante, juízo da 2ª Vara Criminal de Caxias do Sul, por sua vez, sustentou que a obtenção da vantagem indevida ocorreu quando o dinheiro ingressou nas contas dos supostos estelionatários, em São Bernardo do Campo.

Consumação

Segundo o relator do conflito, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o artigo 70 do Código de Processo Penal estabelece que a competência será, em regra, determinada pelo lugar em que se consumou a infração, e o estelionato, crime tipificado no artigo 171 do Código Penal, "consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita".

## Boletim Criminal **Comentado** nº 065 – setembro 2019

Para o ministro, quando o estelionato ocorre por meio do saque ou compensação de cheque, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, e o local da obtenção dessa vantagem é aquele em que se situa a agência bancária onde foi sacado o cheque adulterado, ou seja, onde a vítima possui conta bancária.

Quando a vítima, voluntariamente – como no caso analisado –, efetua depósitos ou faz transferência de valores para o estelionatário, a obtenção da vantagem ilícita ocorre quando o criminoso efetivamente se apossa do dinheiro, no momento em que ele é depositado em sua conta.

"Como, no caso concreto, a vítima efetuou tanto um depósito em dinheiro quanto duas transferências bancárias, para duas contas-correntes vinculadas a agências bancárias situadas na cidade de São Bernardo do Campo, é de se reconhecer que a competência para a condução do inquérito policial é do juízo de direito de São Bernardo do Campo", concluiu.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): CC 167025

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Da simples leitura do tipo do art. 171 do CP, percebe-se que, para existir o crime, necessário se faz a presença de três elementos:

- a) fraude: lesão patrimonial provocada pelo engano;
- b) vantagem ilícita: se é devida a vantagem visada, desaparece o crime patrimonial e pode se tipificar o 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 da outra parte, impondo-lhe 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.

É o caso do conflito de competência 167.025/RS (j. 14/08/2019), no qual o STJ decidiu a controvérsia surgida a partir de um estelionato cometido por meio de aplicativo utilizado para a negociação dos

## Boletim Criminal Comentado nº 065 – setembro 2019

chamados “carros de repasse”, oferecidos por preço médio abaixo do de mercado porque são comprados e vendidos no estado em que se encontram, sem que o vendedor tenha a obrigação de promover revisões estéticas e mecânicas. No caso julgado, a vítima, residente em Caxias do Sul/RS, havia adquirido uma carta de crédito para a compra de um veículo Mercedes-Benz. O pagamento foi feito por meio de duas transferências eletrônicas nos valores de R\$ 40.000,00 e R\$ 80.000,00 e por um depósito no valor de R\$ 4.000,00, tudo com destino a agências bancárias situadas em São Bernardo do Campo/SP.

O juízo de São Bernardo do Campo declinou de sua competência sob o fundamento de que o local em que recebido o dinheiro integra uma espécie de post factum, pois o crime havia se consumado no lugar onde a vítima fez os pagamentos, ou seja, Caxias do Sul. Este juízo, por sua vez, suscitou o conflito argumentando que a competência deve ser determinada pelo local onde foi obtida a vantagem, isto é, São Bernardo do Campo.

A Terceira Seção do STJ lhe deu razão ao assentar que no estelionato em que a vítima efetua depósitos bancários a obtenção da vantagem ilícita ocorre apenas quando o agente se apossa do dinheiro, o que, no caso, ocorreu na cidade paulista:

“1. 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 tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita. De se lembrar que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente. 2. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre por meio do saque (ou compensação) de cheque clonado, adulterado ou falsificado, da hipótese em que a própria vítima, iludida por um ardil, voluntariamente, efetua depósitos e/ou transferências de valores para a conta corrente de estelionatário. Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. 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 adulterado, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária. Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta. (...) 3. Tendo a vítima efetuado um depósito em dinheiro e duas transferências bancárias para duas contas correntes vinculadas a agências bancárias situadas na cidade de São

## Boletim Criminal **Comentado** nº 065 – setembro 2019

Bernardo do Campo/SP, é de se reconhecer a competência do Juízo de Direito de São Bernardo do Campo/SP para conduzir o inquérito policial. 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, o suscitado.”

### **2- Tema: Magistrados e membros do Ministério Público- Impedimento e suspeição- Interpretação dos arts 252, 253 e 258, do Código de Processo Penal**

#### **STJ- Pesquisa Pronta**

Ao julgar o HC 478.645, de relatoria do ministro Ribeiro Dantas, a Quinta Turma considerou que são taxativas as situações de impedimento e/ou suspeição previstas para magistrados e membros do Ministério Público nos artigos 252, 253 e 258 do Código de Processo Penal.

"A consolidada jurisprudência dos tribunais superiores sustenta que as hipóteses causadoras de impedimento/suspeição, constantes nos artigos 252, 253 e 258 do Código de Processo Penal, são taxativas, não sendo viável interpretação extensiva e analógica, sob pena de se criar judicialmente nova causa de impedimento não prevista em lei, o que vulneraria a separação dos poderes e, por consequência, cercearia inconstitucionalmente a atuação válida do magistrado ou mesmo do promotor", ressaltou Ribeiro Dantas.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De fato, a jurisprudência dos Tribunais Superiores caminha no sentido de que, enquanto as causas de impedimento do juiz, elencadas nos arts. 252, 253 e 258 do CPP, implicam em um rol taxativo, as causas de suspeição do art. 254 constituem um rol exemplificativo, ou seja, admitem ampliação para outras hipóteses além daqueles listadas no dispositivo em exame.

É que as causas de impedimento possuem um caráter objetivo, impondo uma presunção absoluta de parcialidade do Magistrado, caso incorra em uma delas.

Já as hipóteses de suspeição possuem como característica a subjetividade, sendo inviável que se exigisse do legislador a capacidade de prever todas as situações em que elas se manifestam, tamanha a diversidade de situações que podem ocorrer, aptas a configurar a parcialidade do juiz.

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências



**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Sexta Turma decide que assédio sexual pode ser caracterizado entre professor e aluno**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 09/09/2019**

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, entendeu que o crime de assédio sexual – definido no artigo 216-A do Código Penal (CP) e geralmente associado à superioridade hierárquica em relações de emprego – pode ser caracterizado no caso de constrangimento cometido por professores contra alunos.

No voto seguido pela maioria, o ministro Rogerio Schietti Cruz destacou que, embora não haja pacificação doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, é preciso considerar a relação de superioridade hierárquica entre professor e aluno, nas hipóteses em que o docente se vale da sua profissão para obter vantagem sexual.

"Ignorar a notória ascendência que o mestre exerce sobre os pupilos é, equivocadamente, desconsiderar a influência e, mormente, o poder exercido sobre os que admiram, obedecem e, não raro, temem aquele que detém e repassa o conhecimento", afirmou Schietti.

O caso

Segundo o processo, o réu, em 2012, ao conversar com uma aluna adolescente em sala de aula sobre suas notas, teria afirmado que ela precisava de dois pontos para alcançar a média necessária e, nesse momento, teria se aproximado dela e tocado sua barriga e seus seios.

Em primeira instância, o acusado foi condenado a um ano e quatro meses de detenção mais multa, pela prática do delito descrito no artigo 216-A, parágrafo 2º, do CP. A sanção foi substituída por pena restritiva de direitos.

A defesa apelou, e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) deu parcial provimento ao recurso para reduzir, de um terço para um sexto, a fração de aumento pela majorante aplicada em virtude de ser a vítima menor de 18 anos. Com isso, a pena final foi estabelecida em um ano e dois meses de detenção.

## Boletim Criminal Comentado nº 065 – setembro 2019

No recurso ao STJ, o professor alegou que não foi comprovada a intenção de constrangimento com fins de obter vantagem ou favorecimento sexual e que a aluna nem precisava dos pontos para aprovação na matéria.

Ele afirmou ainda que o crime de assédio sexual não poderia ser considerado no caso, pois não havia relação hierárquica com a suposta vítima.

### Exemplo de conduta

Em seu voto, o ministro Schietti sustentou que o vínculo de confiança e admiração entre professor e aluno pressupõe inegável superioridade, capaz de "alterar o ânimo da pessoa perseguida".

"Revela-se patente a aludida 'ascendência', em virtude da 'função' – outro elemento normativo do tipo –, dada a atribuição que tem a cátedra de interferir diretamente no desempenho acadêmico do discente, situação que gera no estudante o receio da reprovação."

Para fundamentar a tese que prevaleceu no julgamento, o magistrado citou o texto original da Lei 10.224/2001, que incluiu no CP o artigo 216-A, cujo parágrafo único estendia o conceito de assédio sexual para os atos cometidos "com abuso ou violação de dever inerente a ofício ou ministério".

Schietti ressaltou que, embora o texto tenha sido posteriormente vetado para evitar bis in idem (duplicação de punição por situações já previstas no artigo 226 do CP), "é notório o propósito do legislador de punir aquele que se prevalece da condição como a narrada nos autos para obter vantagem de natureza sexual".

"Faço lembrar que o professor está presente na vida de crianças, jovens e também adultos durante considerável quantidade de tempo, torna-se exemplo de conduta e os guia para a formação cidadã e profissional, motivo pelo qual a 'ascendência' constante do tipo penal objeto deste recurso não pode se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes", disse o ministro.

O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O crime de assédio sexual é tipificado no art. 216-A do CP e consiste em constranger alguém com o intuito de obter vantagem sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou de ascendência (condição de mando) inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. É, em síntese, a insistência importuna de alguém em posição privilegiada, que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de um subalterno.

## Boletim Criminal Comentado nº 065 – setembro 2019

A doutrina sempre discutiu se é possível o assédio sexual do professor contra o aluno. A controvérsia nascia a partir da interpretação que se pode conferir às expressões “superioridade hierárquica” e “ascendência”, condições elementares do tipo.

Para Guilherme de Souza Nucci, ambas são inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, mas a superioridade hierárquica retrata uma relação laboral no âmbito público, enquanto a ascendência espelha a mesma relação, porém no campo privado. Dentro desse espírito, não configura o crime a mera relação entre docente e aluno, por ausência do vínculo de trabalho entre os dois sujeitos.

Luiz Regis Prado discorda, assim argumentando:

“Superior hierárquico, como elemento normativo do tipo, é condição que decorre de uma relação laboral, tanto no âmbito da Administração Pública como da iniciativa privada, em que determinado agente, por força normativa ou por contrato de trabalho, detém poder sobre outro funcionário ou empregado, no sentido de dar ordens, fiscalizar, delegar, ou avocar atribuições, conceder privilégios (v.g., promoção, gratificação etc.), existindo uma carreira funcional, escalonada em graus.

Na ascendência, elemento normativo do tipo, não se exige uma carreira funcional, mas apenas uma relação de domínio, de influência, de respeito e até mesmo de temor reverencial (v.g., relação professor-aluno em sala de aula)”.

Sob esta ótica, portanto, é plenamente possível que o professor constranja um aluno com o intuito de obter vantagem sexual.

Na decisão em comento, o STJ adotou a segunda tese sob o argumento de que não é possível ignorar a ascendência exercida pelo professor, que, devido à sua posição, pode despertar admiração, obediência e temor nos alunos, e, em virtude disso, tem condição de se impor para obter o benefício sexual. No caso julgado, o professor havia se insinuado para uma aluna adolescente – tocando-a, inclusive – porque ela necessitava de alguns pontos para ser aprovada.

Segundo o Ministro Rogério Schietti Cruz, era evidente “a aludida ‘ascendência’, em virtude da ‘função’ – outro elemento normativo do tipo –, dada a atribuição que tem a cátedra de interferir diretamente no desempenho acadêmico do discente, situação que gera no estudante o receio da reprovação (...) Faço lembrar que o professor está presente na vida de crianças, jovens e também adultos durante considerável quantidade de tempo, torna-se exemplo de conduta e os guia para a formação cidadã e profissional, motivo pelo qual a ‘ascendência’ constante do tipo penal objeto deste recurso não pode se limitar à ideia de relação empregatícia entre as partes”.

Fez-se referência ainda à redação aprovada do projeto de lei que deu origem ao art. 216-A, que deveria contar com um parágrafo no qual se equiparava ao caput a conduta de quem cometesse o crime prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com abuso ou

## Boletim Criminal **Comentado** nº 065 – setembro 2019

violação de dever inerente a ofício ou ministério. O parágrafo único foi vetado sob o fundamento de que, “ao sancionar com a mesma pena do caput o crime de assédio sexual cometido nas situações que descreve, implica inegável quebra do sistema punitivo adotado pelo Código Penal, e indevido benefício que se institui em favor do agente ativo daquele delito. É que o art. 226 do Código Penal institui, de forma expressa, causas especiais de aumento de pena, aplicáveis genericamente a todos os crimes contra os costumes, dentre as quais constam as situações descritas nos incisos do parágrafo único projetado para o art. 216-A”.

Isto, para o Ministro, deixa claro que a intenção é punir igualmente os atos de assédio sexual que vitimam alunos.

### **2-Tema: Crime de latrocínio: consumação e tentativa**

**STJ- AgRg no AREsp 1291179/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 14/05/2019**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. CRIME DE LATROCÍNIO TENTADO CONFIGURADO. SANÇÃO MANTIDA. PLEITOS DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO ROUBO, REDUÇÃO DE PENA E ALTERAÇÃO DE REGIME PREJUDICADOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao art. 253, parágrafo único, II, alínea "b", do RISTJ, que permite ao relator negar provimento ao recurso, quando a pretensão recursal esbarrar em súmula do STJ ou do STF, ou em jurisprudência dominante acerca do tema.

2. Se houve prova de que o acusado agiu com animus necandi, no crime de roubo, não ocorrendo a consumação da morte por circunstâncias alheias à vontade do réu, conclui-se pela ocorrência da tentativa de latrocínio e não o roubo qualificado pela lesão corporal de natureza grave. (AgRg no REsp 1647962/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017).

3. Mantida a condenação pelo delito de latrocínio tentado, ficam prejudicados os demais pleitos.

4. Agravo regimental improvido.

No mesmo sentido: RECURSO ESPECIAL Nº 1.354.471 - SP (2012/0246092-4) – SP

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No tocante à consumação do delito de latrocínio, deve ser observado:

1) sendo a morte e a subtração consumadas, o latrocínio também será consumado, estando o tipo perfeito (art. 14, I, do CP).

2) sendo a morte e a subtração tentadas, não há dúvida de que o latrocínio será também tentado (nos termos do art. 14, II, do CP, houve início de execução de um tipo, que não se perfez por circunstâncias alheias à vontade do agente).

Aliás, nesse tanto, decidiu o STJ ser irrelevante, para a caracterização do latrocínio tentado, que a vítima não tenha sofrido lesão: “O reconhecimento da existência de irregularidades no laudo pericial que atesta a natureza das lesões sofridas pela vítima de tentativa de latrocínio (157, § 3º, parte final, do CP) não resulta na desclassificação da conduta para alguma das outras modalidades de roubo prevista no art. 157 do CP. Isso porque, para a configuração daquele delito, é irrelevante se a vítima sofreu lesões corporais. Efetivamente, a figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa. Desse modo, embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por essa razão, a jurisprudência do STJ pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente de eventuais lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la” (HC 201.175/MS, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 08/05/2013).

3) sendo a morte consumada, mas a subtração tentada, de acordo entendimento sumulado no STF (610), o crime será latrocínio consumado. O Pretório Excelso, certamente, atentou para o fato de que a conduta, no caso, atinge a vida humana, bem jurídico acima de interesses meramente patrimoniais.

4) por fim, sendo a morte tentada e subtração consumada, há tentativa de latrocínio (se o latrocínio se consuma apenas com a morte, não havendo morte o tipo complexo do latrocínio não se perfaz). Esta tese foi reafirmada na decisão em comento.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor da decisão

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 066

**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 13.871/19: Impõe ao agressor a obrigação de ressarcir os custos de serviços de saúde e dispositivos de segurança nos casos de violência contra a mulher**

O art. 9º da Lei 11.340/06 disciplina a assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Os mecanismos de assistência tripartem-se em: (a) assistência social (Lei 8.742/1993), com inclusão da ofendida no cadastro de programas assistenciais dos governos federal, estadual e municipal; (b) saúde, prestada por meio do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90), compreendendo o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual; (c) segurança pública, garantindo à vítima proteção policial, bem como abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida, e, se necessário, acompanhamento da ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar.

O tratamento médico é certamente a modalidade de assistência prestada com mais frequência nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Mesmo com falhas e limitado pelos conhecidos problemas estruturais, o Sistema Único de Saúde é diariamente acionado para proporcionar o imediato socorro médico às vítimas de violência. Isto, evidentemente, onera ainda mais o orçamento do sistema público de saúde, que, além de atender a milhões de pacientes enfermos, é obrigado a multiplicar seus esforços para tratar vítimas de ferimentos infligidos no âmbito doméstico e familiar.

A solução encontrada para ao menos tentar amenizar o impacto provocado no Sistema passa pela imposição de que o agressor pague o custo correspondente ao atendimento dispensado à sua própria vítima. É com este propósito que entrará em vigor a Lei 13.871/19, que insere no art. 9º da Lei 11.340/06 os §§ 4º, 5º e 6º para dispor a respeito do ressarcimento de despesas decorrentes da assistência prestada a vítimas de violência doméstica.

De acordo com o § 4º, quem, por ação ou omissão, por meio de violência física, sexual ou psicológica, provocar lesão, dano moral ou patrimonial à mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, bem como, conforme a tabela do SUS, os custos relativos aos

serviços de saúde prestados para o tratamento da vítima, recolhidos os recursos ao Fundo de Saúde do ente federativo responsável pelas unidades de saúde que prestarem o atendimento. Assim, se a vítima agredida for encaminhada a um hospital municipal e necessitar, por exemplo, de exame de raio-x, suturas e medicamentos, o município pode providenciar a cobrança do tratamento de acordo com os valores constantes da tabela do SUS.

Embora se trate de novidade no âmbito normativo, a jurisprudência já caminhava nesse sentido. Foram noticiados casos em que o agressor foi obrigado a ressarcir o INSS em razão da pensão por morte devida aos dependentes da vítima assassinada:

“Com efeito, as normas insculpidas nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91 são claras em autorizar o ajuizamento de ação regressiva em face da empresa empregadora causadora de dano à autarquia previdenciária em razão de condutas negligentes. Os referidos dispositivos, contudo, devem ser lidos à luz dos arts. 186 e 927 do Código Civil, que transcrevo:

(...)

Ora, como se observa do cotejo dos dispositivos retromencionados, deve ser reconhecido ao INSS o direito de regresso – com base nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91 – em casos nos quais se demonstre a ocorrência de ato ilícito – art. 186 do Código Civil – e a consequente necessidade de reparação – art. 927 do Código Civil.

Restringir as hipóteses de ressarcimento ao INSS somente às hipóteses estritas de incapacidade ou a morte por acidente do trabalho nos quais há culpa do empregador induziria a negativa de vigência dos dispositivos do Código Civil. Assim, resta evidente que, apesar de regramento fazer menção específica aos acidentes de trabalho, é a origem em uma conduta ilegal que possibilita o direito de ressarcimento da autarquia previdenciária.

Isso fica mais evidente quando se verifica que o art. 121 da Lei de Benefícios, que prevê que o pagamento das prestações por acidente do trabalho pela Previdência Social, não excluirá a responsabilidade civil da empresa ou de outrem. Dessa forma, isso se traduz na possibilidade de cumulação de um benefício previdenciário com a reparação civil oriunda de um ato ilícito e, portanto, a abertura ao ressarcimento da autarquia.

Em síntese, mostra-se acertada a tese de que é possível a ação regressiva da autarquia previdenciária contra o recorrente com o objetivo de ressarcimento de valores pagos a título de pensão por morte aos filhos da ex-companheira vítima de homicídio.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 066 – setembro 2019

Logo, o INSS possui legitimidade e interesse para postular o ressarcimento de despesas decorrentes da concessão de benefício previdenciário aos dependentes de segurado, vítima de assassinato.” (REsp nº 1.431.150/RS, j. 23/08/2016)

A nova lei tem exatamente a mesma índole, mas se refere especificamente à restituição de valores despendidos para o atendimento imediato da vítima de violência doméstica.

O § 5º impõe uma segunda obrigação de ressarcimento, agora dos custos relativos aos dispositivos de segurança destinados ao uso em caso de perigo iminente e disponibilizados para o monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiar.

Mas o que seriam equipamentos disponibilizados para o monitoramento das vítimas? À primeira vista, a expressão pode causar estranheza, pois normalmente se fala em monitoramento do criminoso, por meio da chamada “tornozeleira eletrônica”. No entanto, em alguns lugares é possível encontrar equipamentos que são disponibilizados às vítimas e que podem funcionar em conjunto com as tornozeleiras. Por exemplo, o chamado “botão do pânico”, que pode ser acionado caso o agressor desrespeite a distância mínima imposta em medida protetiva. Aliás, há alguns dias a Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados aprovou proposta que torna obrigatório o fornecimento de dispositivo móvel ou outro meio com conexão direta e constante com uma unidade policial. Uma vez acionado, o dispositivo envia alerta imediato à polícia. Caso o projeto seja de fato aprovado e sancionado, o art. 23 da Lei 11.340/06 passará a contar com dois parágrafos:

“§ 1º Para conferir maior efetividade às medidas protetivas de urgência deverá ser fornecido à ofendida dispositivo móvel, aplicativo ou qualquer meio que viabilize conexão constante com unidade policial, de modo a permitir o envio imediato de alertas de ameaça ou de outra violação de direitos.”

“§ 2º Quando o agressor estiver submetido à monitoramento eletrônico, o dispositivo de que trata o parágrafo anterior será dotado de recurso que permita à ofendida e à unidade policial saber que o autor da violência doméstica ultrapassou o limite mínimo de distância estabelecido em medida protetiva.”

Por meio deste mesmo projeto, no art. 22 da Lei 11.340/06 seria acrescentado o § 5º, que impõe ao agressor a obrigação de pagar por seu próprio equipamento de monitoramento eletrônico. É provavelmente em virtude deste projeto de lei que o novo § 5º do art. 9º se limita a tratar do equipamento de monitoramento da vítima, embora, a nosso ver, nada

impeça que este dispositivo seja utilizado também para cobrar o ressarcimento dos custos relativos ao equipamento do agente, se vinculado àquele concedido para monitorar a agredida.

Por fim, no § 6º o legislador tomou a precaução de tornar expressa a vedação a que o ressarcimento imposto nos parágrafos anteriores atinja de alguma forma o patrimônio da vítima e de seus dependentes. Isto quer dizer que, no caso do marido que agride a mulher, é preciso que se adote o cuidado de resguardar a parte do patrimônio que cabe a ela e a eventuais dependentes. Nada mais razoável, pois, do contrário, a lei imporá à vítima o risco de ter de suportar o ônus do monitoramento em razão da agressão cometida contra ela mesma.

Além disso, o próprio § 6º deixa claro que o ressarcimento pelo tratamento de saúde e pelos equipamentos de monitoramento não pode ser considerado em benefício do agressor para atenuar a pena ou para substituir a pena aplicada. Bem, a substituição é mesmo vedada, pois incompatível com a natureza de condutas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da natureza da infração penal (súmula 588 do STJ). Por outro lado, o óbice à atenuação da pena é importante porque previne pretensões baseadas no art. 66, inc. III, b, do CP (quando o agente procura, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou, antes do julgamento, repara o dano). Mesmo que o agressor tome a iniciativa de reparar o custo do equipamento – hipótese muito pouco provável, para não dizer impossível –, não poderá ter a pena atenuada por este motivo.

Clique [aqui](#) para ter acesso a Lei.

## **2-Tema: Duplicada simulada- Art 172 CP- Competência**

A doutrina diverge no que tange à consumação do delito de duplicata simulada.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 066 – setembro 2019

Para Bitencourt (1) e Damásio de Jesus (2), a consumação do delito previsto no art. 172 do CP, crime formal e unissubsistente, dá-se com a simples e efetiva colocação da duplicata em circulação, independentemente do prejuízo.

Já para Capez, atento à redação dada ao artigo pela Lei 8.137/90, que substituiu a ação de expedir pela de emitir, não mais se exige a efetiva circulação, bastando a simples criação do título. Todos concordam, no entanto, que o crime é formal, dispensando efetivo dano, o qual, se sobrevier, configurará mero exaurimento (3).

Essa discussão certamente interfere na competência para o processo e julgamento. Vejamos como vem se comportando a jurisprudência:

**STJ- CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 147.530 - CE (2016/0180239-9)- Inteiro teor do acórdão**

**STJ- HC 208.768/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 26/08/2013**

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DUPLICATA SIMULADA. (1) NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO EMPREGO DO WRIT. UTILIZAÇÃO INAPROPRIADA. NÃO CONHECIMENTO. (2) INCOMPETÊNCIA RATIONE LOCI. ALEGAÇÃO AGITADA NAS ALEGAÇÕES FINAIS. MOMENTO OPORTUNO: DEFESA PRÉVIA. PRECLUSÃO. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA. (3) DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA BASE. AUMENTO DE SEIS MESES. REFERÊNCIAS, EM PARTE, GENÉRICAS, DIMINUIÇÃO DO QUANTUM. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A PENA.

1. A fim de conferir racionalidade no emprego do habeas corpus, os Tribunais Superiores não têm admitido a sua utilização como sucedâneo de recurso ordinário, especial, agravo ou revisão criminal.

2. Não há falar, na espécie, em nulidade, por violação do princípio do juiz natural, diante de ajuizamento de ação penal perante juízo incompetente, em termos territoriais. In casu,

---

<sup>1</sup>. Tratado de Direito Penal., v. 3, p. 294.

<sup>2</sup>. Direito Penal., v. 2, p. 451.

<sup>3</sup>. Direito Penal, v. 2, p. 517.

cumpriria ter sido iniciada a ação penal perante o juízo no qual se iniciou a circulação da duplicada simulada, conforme entendimento desta Corte. Todavia, ultrapassada a fase postulatória, silente a defesa prévia a propósito, tem-se, via preclusão, como prorrogada a competência.

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009).

4. No caso em foco, não obstante tenha sido apresentado elemento concreto no seio da fixação da pena-base (tentativa de tentar transferir ao seu irmão falecido o crime pelo qual eles dois participaram), tendo constado, entretanto, referência a elementos genéricos, o mais apropriado é redimensionar a pena, com a redução do incremento.

5. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para redimensionar a pena do paciente para dois anos e três meses de reclusão, mais quinze dias dias-multa, mantida no mais a condenação.

**TJSP -Conflito de Jurisdição nº 0259747-77.2012.8.26.0000**

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Criminal Suposta violação do art. 172 do CP Emissão de título de crédito pretensamente sem lastro negocial Delito formal- Competência pelo local onde se deu a circulação Precedentes Competência do MM. Juiz suscitado.

**3- Tema: Execução Criminal – Enunciados do CAOCRIM**

**ENUNCIADO N.10 (Descumprimento das condições do regime aberto e extinção da pena-Impossibilidade)**

O período em que o sentenciado deixou de cumprir as condições impostas no regime aberto não pode ser computado para fins de extinção da pena.

**ENUNCIADO N. 11 (Prazo prescricional da falta grave)**

O prazo prescricional da falta grave é o menor previsto no artigo 109 do Código Penal, salvo se a falta consistir na prática de crime, hipótese em que o referido prazo terá a mesma duração estabelecida no Código Penal e/ou na Legislação Especial.

**ENUNCIADO N.12 (Pedido de exame criminológico para apreciação de benefícios e Súmula 439 do STJ)**

O exame criminológico e, depois deste e se possível, o denominado teste de Rorschach, poderá ser realizado sempre que as especiais circunstâncias do caso concreto o exigirem, não se devendo descartar, para tal consideração, a constância na prática criminosa, a gravidade dos delitos e as sanções elevadas, devendo-se se emprestar maior rigor aos autores de delitos hediondos e equiparados e aos que, quando do pleito, contém saldo a cumprir superior a dez anos de reclusão, manejando-se com a sumula 439 STJ.

**ENUNCIADO N. 13 (Pedido de exame criminológico para apreciação de benefícios)**

O exame criminológico e, depois deste e se possível, o denominado teste de Rorschach, poderá ser realizado quando o executado, ao longo do cumprimento da pena, inclusive sob “sursis” ou livramento condicional, tiver ofertado indicativos de inadequação aos fins terapêuticos da sanção e pouca disposição para sua harmônica e efetiva integração social.

**ENUNCIADO N.14 (Condenação por crime contra a administração pública – requisito especial para progressão de regime – constitucionalidade)**

É constitucional a exigência contida no §4.º do artigo 33 do Código Penal, mas aplicável somente aos sentenciados condenados por crimes contra a administração pública praticados após a vigência da Lei n.º 10.763/03.

**ENUNCIADO N.15 (Condenação por crime contra a administração pública – requisito especial para progressão de regime – alegação de insuficiência de recursos – inafastabilidade)**

A exigência contida no §4.º do artigo 33 do Código Penal incide ainda que a sentença penal condenatória não tenha transitado em julgado e a alegação de falta de recursos não dispensa o executado de devolver o dinheiro desviado, de forma a reparar previamente o dano causado ao erário. A reparação do dano deverá ocorrer ainda que beneficiado o executado, indevidamente, com a progressão de regime, até a data prevista para a extinção da pena.

**ENUNCIADO N.16 (Indulto/comutação – ausência de falta grave praticada nos doze meses anteriores à publicação do decreto – requisito)**

Constitui requisito para a concessão do indulto presidencial e comutação a ausência de falta grave praticada nos doze meses anteriores à publicação do decreto respectivo, mesmo que a decisão homologatória tenha sido proferida posteriormente, conforme entendimento pacificado no STJ.

**ENUNCIADO N.17 (Indulto e comutação – pessoa beneficiada com suspensão condicional do processo – impossibilidade)**

Em que pese o teor do disposto no inciso III do artigo 8.º do Decreto Presidencial n.º 9.246/17, não é cabível indulto e/ou comutação de pena à pessoa beneficiada com a suspensão condicional do processo, pois o indulto (total ou parcial) constitui causa de exclusão da punibilidade de condenado pela prática de infração penal, extinguindo os efeitos primários da condenação, nos termos da Súmula 631 do STJ, pressupondo, portanto, condenação.

**ENUNCIADO N. 18 (Preso definitivo – trabalho obrigatório)**

O trabalho do preso definitivo, se presente vaga, é obrigatório (artigo 31, parágrafo único, LEP) e sua ausência autoriza a instauração de apuração disciplinar (artigo 50, VI, LEP) e retira o mérito para a concessão de benesses.

**ENUNCIADO N.19 (Identificação do perfil genético – constitucionalidade)**

O artigo 9ºA da LEP não ostenta qualquer inconstitucionalidade, até porque visa precipuamente o estabelecimento do perfil genético do preso definitivo.

**ENUNCIADO N.20 (Incidente de reconversão de privativa de liberdade)**

O executado que, ao longo do cumprimento da pena alternativa, evidenciar, mercê de comportamento reiterado, desrespeito aos termos da sanção imposta, deverá ser alvo de urgente incidência do rigor do artigo 51 da LEP, experimentando o incidente de reconversão em privativa de liberdade.

**ENUNCIADO N.21 (Requisições de verificação do cumprimento das condições impostas no regime aberto, sursis, livramento condicional e saída temporária – legalidade)**

Não existe qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nas requisições fundadas para que os Policiais averiguem se o executado (submetido ao aberto, sursis, livramento condicional ou saída temporária) cumpre as condições impostas.

**ENUNCIADO N.22 (Saídas temporárias – Portarias judiciais – observância das disposições da LEP)**

As Portarias que regulam saídas temporárias devem obedecer aos artigos 122 a 125 da LEP, notadamente quanto aos lapsos mínimos para a concessão, tempo máximo permitido para as saídas e condições legais e judiciais, vedando-se, inclusive, o trânsito do preso fora da cidade dada como de sua residência ou da visita, exceto nas hipóteses de conurbação.

**ENUNCIADO N.23 (Crimes cometidos durante as saídas temporárias)**

Os crimes cometidos ao longo das saídas temporárias, dada sua especial gravidade decorrente da excepcional oportunidade concedida ao preso, devem ser mais gravemente

punidos (59, CP), devendo o membro do Ministério Público das execuções criminais atentar para a ocorrência quando da análise da concessão da próxima saída, inclusive para fins de monitoramento.

**ENUNCIADO N.24 (Tempo remido e progressão de regime)**

O tempo de remição contado para fins de considerar a presença do requisito objetivo não pode ser novamente utilizado para a segunda progressão, sob pena de injusta e indevida valoração em dobro, com prejuízo a sociedade.

**ENUNCIADO N.25 (Marco inicial para progressão ao regime aberto)**

O marco inicial do prazo para progressão do regime semiaberto para o aberto é a data em que o sentenciado, preenchido o requisito subjetivo, completou o lapso temporal de progressão no regime anterior.

**ENUNCIADO 26 (Livramento condicional – fiscalização durante o período de prova)**

O Ministério Público, ao longo do livramento condicional, deve diligenciar com o fim de averiguar eventual ocorrência de causa que suspenda ou prorogue a benesse, lembrando-se que o fim do período de prova, afasta a possibilidade de revogação.

**ENUNCIADO N.27 (Remição pelo trabalho – cômputo de horas extras – inadmissibilidade)**

Não se admite a consideração, para fins de remição pelo trabalho, de horas extras, uma vez que a respectiva contagem é feita em dias e não em horas.

**ENUNCIADO N.28 (Aprovação do ENCCEJA/ENEN – inaplicabilidade do artigo 126, §5.º da LEP)**



Caso concedida a remição pela aprovação no ENCCEJA, nos termos da Recomendação nº 44/13 do CNJ, não poderá incidir sobre este tempo remido o aumento de 1/3 previsto no artigo 126, §5º, da LEP, sob pena de dupla valoração benéfica ao executado ou “bis in idem”.

**ENUNCIADO N.29 (Sentenciado em regime aberto ou livramento condicional – remição por leitura – impossibilidade)**

Não é possível a concessão de remição por leitura ao preso sob regime prisional aberto ou no curso do livramento condicional ou suspensão condicional da execução da pena, posto que o artigo 1º, inciso V, da Recomendação nº 44, de 26.11.2013, visa estimular, 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, nos termos da LEP – artigos 17, 28, 31, 36, 41, incisos I, VI e VII, observando-se os aspectos previstos nas alíneas “a” a “j” do referido artigo 1º, inciso V, da Recomendação nº 44/2013, o que inviabiliza a possível pretensão daqueles que cumprem pena extra muros.

**ENUNCIADO N.30 (Falta grave - preso provisório)**

Corolário do preconizado no parágrafo único do artigo 2.º e no parágrafo único do artigo 50 da LEP, a falta grave praticada pelo preso provisório gera reflexos no cumprimento da pena, dentre eles, alteração da data-base para a concessão de benefícios, devendo, portanto, ser apurada e anotada no prontuário do preso.

**ENUNCIADO N.31 (prescrição da pretensão executória - termo inicial)**

O prazo da prescrição da pretensão executória tem início com o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.

**ENUNCIADO N.32 (execução penal provisória - prescrição)**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 066 – setembro 2019

No processo penal, a coisa julgada se opera com a condenação em segundo grau, oportunidade em que se esgota a análise fática e probatória. Durante o cumprimento provisório da pena não corre a prescrição.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 067

**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 13.654/18 e a alteração da pena pelo Juízo de Execução**

O inciso I do art. 157 do CP (emprego de arma) foi revogado pela Lei 13.654/18, que acrescentou ao mesmo artigo 157 o §2º.-A, majorando a pena somente quando o crime for executado com arma de fogo.

A restrição promovida pela Lei 13.654/18 é benéfica, ou seja, deve retroagir 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”.

Sabendo que a lei nova que de qualquer modo favorece o agente retroage mesmo depois do trânsito em julgado, cabe ao juiz da execução aplicar seus termos (Súmula 611 do STF).

Vejamos como vem se comportando a jurisprudência na situação tratada no presente estudo.

**STJ- AgRg no HC 509.701/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 15/08/2019**

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EXCESSO E REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Com a revogação do inciso I pela Lei n. 13.654/18, o Juízo da Execução Penal pode considerar o emprego de arma branca na primeira fase da dosimetria da pena e deslocar o concurso de pessoas para a terceira, desde que não seja agravada a situação do sentenciado.

2. Agravo regimental desprovido.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 067 - setembro 2019

**TJ-SC - Agravo de Execução Penal EP 00061373720198240018 Chapecó 0006137-37.2019.8.24.0018 (TJ-SC)**

Data de publicação: 06/08/2019

### EMENTA

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE AFASTA A CAUSA DE AUMENTO DO EMPREGO DE ARMA (CP, ART. 157, § 2º, I, II e IV, ANTERIOR À LEI 13.654/18) E REFAZ DOSIMETRIA. RECURSO DO APENADO. 1. ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA (CP, ART. 157, § 2º, I). ALTERAÇÃO LEGISLATIVA (LEI 13.654/18). LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA (CF, ART. 5º, XL, E CP, ART. 2º). 2. PENA-BASE (CP, ART. 59, CAPUT). FACA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MIGRAÇÃO. JUÍZO DA EXECUÇÃO. COISA JULGADA.

1. É inviável a incidência de causa especial de aumento de pena, referente à arma empregada na prática do delito, se esta consiste em arma branca.

2. Diante do afastamento da causa de aumento de pena decorrente do emprego de arma branca para a perpetração do delito (por opção legislativa), torna-se viável a migração dessa circunstância para elevar a reprimenda na primeira fase dosimétrica, desde que assegurada a non reformatio in pejus, não havendo óbice que a operação seja realizada pelo Juízo da Execução Penal com relação à condenação transitada em julgado. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Medida protetiva. Art. 9º, § 2º, II, da Lei n. 11.340/2016 (Lei Maria da Penha). Manutenção do vínculo trabalhista. Afastamento do local de trabalho. Vara especializada em violência doméstica e familiar. Competência.**

**INFORMATIVO 655 STJ- SEXTA TURMA**

Compete ao juízo da vara especializada em violência doméstica e familiar a apreciação do pedido de imposição de medida protetiva de manutenção de vínculo trabalhista, por até seis meses, em razão de afastamento do trabalho de ofendida decorrente de violência doméstica e familiar.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito 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 (RHC n. 100.446, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, DJe 27/11/2018). Em relação à Justiça do Trabalho, o art. 114, I, da Constituição Federal prevê sua competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. No entanto, no caso, o pedido sobre o reconhecimento do afastamento do trabalho advém de ameaças de morte sofridas, reconhecidas pelo juiz criminal, que fixou as medidas protetivas de urgência de proibição de aproximação da ofendida e de estabelecimento de contato com ela por qualquer meio de comunicação, conforme previsto no art. 22 da Lei Maria da Penha, circunstâncias alheias ao contrato de trabalho. O inciso II do § 2º do art. 9º da Lei n. 11.340/2006 prevê que o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses. A referida lei prevê, em seu art. 14, a competência da vara especializada para execução das causas decorrentes de violência doméstica. Logo, no que concerne à competência para apreciação do pedido de imposição da medida de afastamento do local de trabalho, cabe ao juiz que reconheceu a necessidade anterior de imposição de medidas protetivas apreciar o pleito.

PROCESSO: REsp 1.757.775-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Os mecanismos de assistência à mulher, de acordo com o art 9º. da Lei 11.340/06, tripartem-se em: **(a)** “assistência social” (Lei 8.742/1993), incluindo a ofendida no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal;

**(b)** “à saúde” (Lei 8.080/90), compreendendo o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual;

**(c)** “à segurança pública”, garantindo à vítima proteção policial, bem como abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida e, se necessário, acompanhamento da ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar (ver art. 11).

O inciso II do § 2º do art. 9º da Lei n. 11.340/2006 prevê que o juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, a manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

Ao juiz é dado, nesse caso, garantir à mulher a manutenção dessa relação jurídico-laboral, a exemplo do que se verifica no art. 471 da CLT, que trata da suspensão e da interrupção do contrato de trabalho, *in verbis*: “Ao empregado, afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa”.

Feita essa observação, cumpre pesquisar se a competência para a decretação da assistência é da Vara da Violência Doméstica ou da Vara do Trabalho.

Uma primeira corrente defende a competência da Vara do Trabalho. Para tanto, lembra a redação do art. 114 da CF/1988:

“Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Se o que se discute no art. 9º. é a manutenção de um vínculo trabalhista, então matéria acha-se na competência da Justiça do Trabalho. Sobretudo após o advento da EC 45/2004, que deu nova

## Boletim Criminal Comentado nº 067 - setembro 2019

redação ao art. 114 da Constituição, atribuindo à justiça especializada competência para processar e julgar não somente ações em que se discute vínculo empregatício, mas também toda e qualquer ação onde se vislumbre uma relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício.

A conveniência em se atribuir à Justiça especializada toda e qualquer causa que envolva relação de trabalho vem bem apanhada pela jurisprudência do STF, merecendo que se confira: “Órgãos que se debruçam cotidianamente sobre os fatos atinentes à relação de emprego (muitas vezes quanto à própria experiência dela) e que por isso mesmo detêm melhores condições para apreciar toda a trama dos delicados aspectos objetivos e subjetivos que permeiam a relação de emprego” (CComp 7.204-1/MG, j. 29.06.2005, rel. Min. Ayres Britto).

Ou ainda: “É que a revisão do tema me convenceu de que tanto as ações acidentárias, evidentemente oriundas de relação de trabalho, como, sem exceção, todas as demais ações resultantes de relação de trabalho, devam, em nome do mesmo princípio (unidade de convicção), ser atribuídas à Justiça do Trabalho. A especialização e a universalidade desta já recomendariam, quando menos em teoria, tal solução” (CComp 7.204-1/MG, j. 29.06.2005, rel. Min. Cezar Peluso).

Daí, para muitos, o equívoco do legislador em atribuir à Justiça comum (da Vara da Violência contra a Mulher) a competência para conhecer de matéria que, obviamente, tem cunho trabalhista e, por consequência, da competência daquela justiça especial. Por tratar-se de competência firmada no texto maior, não se permite que lei infraconstitucional o afronte, pelo que o dispositivo em estudo, nesse ponto, pode ser mesmo taxado de inconstitucional. Em sentido contrário, admitindo a competência do Juizado da Violência Doméstica para conhecer da matéria, Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro.<sup>1</sup>

Uma segunda corrente discorda, lecionando ser da Vara da Mulher, pois as circunstâncias são alheias ao contrato de trabalho.

O STJ, no julgado em comento, concordou com esta posição e decidiu ser a competência da vara especializada para execução das causas decorrentes de violência doméstica, nos termos do art. 14 da Lei.

---

<sup>1</sup>. Idem, ibidem.



**2- Tema: Medida cautelar de suspensão de atividade econômica pode atingir pessoa jurídica**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

No âmbito das medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal, a prisão preventiva é considerada *ultima ratio*. É o que se extrai do § 6º do art. 282 do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Este dispositivo reforça o caráter residual da prisão preventiva, a ser imposta, em caráter excepcional, apenas quando inexistente outra opção. Em atendimento, pois, ao princípio da presunção de inocência, a regra é a liberdade. Em um estágio intermediário, privilegia-se a adoção de medidas cautelares. E, apenas em último caso, quando inviável quaisquer das alternativas anteriores, decreta-se a prisão preventiva. A possibilidade de adoção da medida cautelar rompe, assim, com a anterior bipolaridade, que se restringia a duas possibilidades: a prisão ou a liberdade provisória (com ou sem fiança).

O Código de Processo Penal elenca no art. 319 as medidas que podem servir de alternativa à prisão, dentre as quais se encontra a 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.

Tratando-se de crimes de caráter econômico ou financeiro, é comum que a atividade desempenhada pelo agente sirva como meio para alcançar a finalidade delitiva. Alguém pode utilizar uma revendedora de veículos para lavar dinheiro proveniente de corrupção, por exemplo. Em situações como esta, pode o juiz decretar a suspensão da atividade para evitar a perpetuação da prática delituosa. Como destaca Jorge Luis Le Cocq D’Oliveira “o alvo foram os autores de crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, ou seja, dos chamados crimes do colarinho branco. Além do natural prejuízo à colheita de provas, seria um escárnio que, tanto em um como em outro caso, o agente continuasse a exercer suas funções e a enriquecer ilicitamente, enquanto sua conduta estivesse sendo apurada” (O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal, in “O Novo Regime Jurídico das Medidas Cautelares no Processo Penal”, Rio de Janeiro: Emerj, 2002, p. 195).

Outro exemplo que pode ser citado – e que foi objeto de julgamento pelo STJ no RMS 60.818/SP (j. 20/08/2019) – é o de quem utiliza postos para vender combustíveis furtados, roubados ou adulterados.

## Boletim Criminal Comentado nº 067 - setembro 2019

No caso julgado, o agente, dono de um posto de combustíveis, era apontado como membro de uma organização criminosa responsável pelo roubo de 291.000 litros de etanol e de 1.000 litros de óleo diesel, parte dos quais era revendida no posto de propriedade do investigado.

Mas o julgamento teve uma peculiaridade: o que se discutia era a suspensão da atividade econômica do posto de combustíveis, não do proprietário, que já estava preso preventivamente. A empresa havia ajuizado mandado de segurança alegando que a cautelar fundamentada no inc. VI do art. 319 do CPP não poderia ser decretada contra pessoa jurídica que não era investigada e nem denunciada, dada a natureza dos crimes apurados, que não permitem a responsabilização criminal do ente fictício. Alegava-se ainda ser indevida a cumulação da prisão preventiva do dono do posto com a cautelar de suspensão da atividade econômica do mesmo estabelecimento.

O mandado de segurança ajuizado perante o Tribunal de Justiça de São Paulo foi denegado, razão pela qual houve recurso ao STJ, que manteve a decisão sob o argumento de que a jurisprudência do tribunal se firmou no sentido de ser possível à cautelar atingir pessoas jurídicas utilizadas como instrumentos da prática de crimes financeiros:

“Com efeito, não há necessidade de que a pessoa jurídica tenha sido denunciada por crime para que lhe sejam impostas medidas cautelares tendentes a recuperar o proveito do crime, a ressarcir o dano por ele causado ou mesmo a prevenir a continuação do cometimento de delitos, quando houver fortes evidências, como no caso dos autos, de que a pessoa jurídica é utilizada como instrumento do crime de lavagem de dinheiro.

Desnecessário, também, que haja prévia sentença condenatória transitada em julgado para a imposição da suspensão de atividade comercial de empresa, já que a medida cautelar somente demanda fortes indícios da existência de crime.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte vem entendendo que a suspensão do exercício de atividade econômica ou financeira de pessoa jurídica tem amparo legal no art. 319, VI, do CPP e está intimamente ligada à possibilidade de reiteração delitiva e à existência de indícios de crimes de natureza financeira.

(...)

No caso concreto, a autoridade apontada como coatora indicou a existência de fortes indícios de que a empresa recorrente era utilizada para comercializar o combustível roubado pela organização criminosa, suspeita essa fortalecida pelo fato de que alguns dos integrantes da organização constavam na folha de pagamento da empresa.

(...)

Também não socorre a recorrente a tese de que seria ilegal a cumulação de prisão preventiva com outras medidas cautelares. A permissão para que isso ocorra está expressa no art. 282, § 1º, do CPP e se justifica, na hipótese em exame, na medida em que a restrição da liberdade é dirigida ao denunciado e a medida cautelar objeto da controvérsia atinge pessoa jurídica utilizada como instrumento do crime. Como bem ponderou a autoridade apontada como coatora, “a prisão se destina à restrição da liberdade do denunciado, para evitar que a prática criminosa seja reiterada por ele e a suspensão das atividades é para impedir que a própria atividade econômica seja utilizada para a prática de crimes por outros agentes” (e-STJ fl. 37). Essa suspeita é reforçada pela afirmação da empresa recorrente de que a administração do posto “se dá (como sempre se deu) pela gerente da empresa” (e-STJ fl. 542).

Muito embora o art. 282, § 6º, do CPP recomende que a prisão preventiva somente seja imposta em *ultima ratio*, quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do CPP, a recomendação não constitui impedimento de imposição concomitante de outras medidas cautelares. Isso não é raro, por exemplo, quando se determina a prisão preventiva de investigados ou denunciados e o sequestro de valores ou bens de sua propriedade, ou até mesmo de propriedade de terceiros, que se acredita constituírem produto ou instrumento de crime.”

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Crime formal. Crime Comum. Crime de subjetividade passiva própria. Tipo misto alternativo.**

**INFORMATIVO 655 STJ- QUINTA TURMA**

O delito do art. 240 do ECA é classificado como crime formal, comum, de subjetividade passiva própria, consistente em tipo misto alternativo.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

O crime do art. 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA se insere no contexto de proibição da produção e registro visual, por qualquer meio, de cenas de sexo explícito, no sentido da interpretação autêntica do art. 241-F do ECA, envolvendo crianças e adolescentes, o que caracteriza violência sexual, nos termos do art. 4º da Lei n. 13.431/2017. No caso, o paciente, mediante aparelho celular, registrou imagens e filmou cenas de sexo explícito entre os corréus e duas adolescentes, o que, segundo o Tribunal a quo, com uma única conduta teria cometido dois crimes, incidindo em concurso formal de crimes. Primeiramente, o fato de ter fotografado e filmado as cenas de sexo indica a execução de dois verbos, com dupla conduta, todavia, representando subordinação típica única, tendo em vista sua realização no mesmo contexto fático. Por conseguinte, da execução de mais de um verbo típico representa único crime, dada a natureza de crime de ação múltipla ou conduta variada do tipo em comento. O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de unicidade de conduta, com pluralidade de resultados, não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a conduta do réu realizou dois resultados típicos, haja vista a existência de duas adolescentes filmadas e fotografadas em sexo explícito. Verifica-se, entretanto, que inexistem dois resultados típicos, porquanto o crime em questão é formal ou de consumação antecipada, consumando-se, pois unicamente pela prática da conduta de filmar ou fotografar cenas de sexo explícito, da qual participe criança ou adolescente. O efetivo abalo psíquico e moral por elas sofrido ou a disponibilidade das filmagens ou fotos é mero exaurimento do crime, irrelevantes para sua consumação, motivo pelo qual a quantidade de vítimas menores filmadas ou fotografadas é elemento meramente circunstancial, apto a ser valorado na pena-base, sem, contudo, indicar qualquer subsunção típica adicional. Por conseguinte, como as condutas de filmar e fotografar foram executadas durante o mesmo contexto fático, relativo ao ato sexual conjunto de dois

## Boletim Criminal Comentado nº 067 - setembro 2019

corrêus com duas adolescentes, há duas condutas de subsunção típica única, motivo pelo qual se conclui pela existência de crime único.

PROCESSO: PExt no HC 438.080-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 27/8/2019, DJe 2/9/2019

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

No caput do art. 240 do ECA são seis as condutas típicas previstas, todas ligadas, direta ou indiretamente, à criação de material pornográfico envolvendo criança e adolescente: produzir (pôr em prática, levar a efeito, realizar), reproduzir (apresentar novamente, imitar fielmente), dirigir (dar orientação, comandar), 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 sexo explícito ou pornográfica, assim entendida qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (art. 241-E).

Trata-se de tipo misto alternativo, ou seja, se o agente, no mesmo contexto fático, incorrer em mais de uma ação nuclear típica (dirigir e filmar, por exemplo), responderá por apenas um crime, embora isso possa se refletir na aplicação da pena.

O § 1.º equipara ao caput, impondo a mesma pena, a conduta de quem:

**a)** agencia (trata com terceiros, diligencia), facilita (propicia sem a exigência de esforço), recruta (alicia, angaria), coage (constrange, força), ou, de qualquer modo, intermedeia (põe-se entre duas ou mais pessoas com a finalidade de tratar sobre determinado assunto) a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput;

**b)** com eles contracena (participa efetivamente da cena de sexo explícito ou pornográfica criada). Como já atentado nas considerações iniciais, esta última conduta, principalmente, pode também configurar crime mais grave, como no caso de o agente praticar cena de sexo explícito com uma criança de dez anos de idade, por exemplo, caracterizando estupro de vulnerável.

A exemplo do que exposto no caput, se o agente, no mesmo contexto fático, praticar mais de uma conduta, não desnatura a unidade do crime, devendo a multiplicidade de ações ser considerada na aplicação da reprimenda.

O § 2.º do dispositivo em estudo estabelece três majorantes, determinando a elevação da pena em um terço se o agente comete o crime:

## Boletim Criminal Comentado nº 067 - setembro 2019

I – no exercício de cargo ou função pública ou a pretexto de exercê-la: cargo público é a reunião de atribuições conferidas ao servidor, criadas por lei, em número determinado e com denominação própria; função pública é aquela que pode ser exercida sem o revestimento de cargo público, pois nem sempre é criada por lei, em número certo. Nas hipóteses em que a função é exercida com fundamento em um contrato regido pela CLT, denomina-se emprego público. Incide a causa de aumento tanto nas hipóteses em que o agente exerce o cargo ou a função quando pratica o crime como também se se vale disso para a prática;

II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: relações domésticas são aquelas estabelecidas entre pessoas que compartilham do mesmo núcleo familiar, ainda que não haja relação direta de parentesco, embora seja mais comum sua existência. Com efeito, é possível que pessoas reunidas em um mesmo núcleo, sejam parentes ou não, estabeleçam relações domésticas caracterizadas pela rotina própria de uma família. As relações de coabitação são aquelas estabelecidas entre indivíduos que compartilham o mesmo teto, ainda que não nutram qualquer espécie de amizade ou intimidade, como os habitantes de uma pensão, por exemplo. Por fim, as relações de hospitalidade são aquelas caracterizadas pela temporariedade, como as visitas. Justifica-se a majoração da pena porque, nessas hipóteses, o agente se aproveita da proximidade que mantém com a vítima;

III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento: a última causa de aumento prevista para o delito complementa o inciso anterior. Neste caso, a conduta é punida de forma mais severa quando praticada com aproveitamento dos laços de parentesco, consanguíneo ou não, bem como de qualquer relação de subordinação entre a vítima e o agente. Bem assim, contempla o dispositivo, expressamente, o tutor, o curador, o preceptor e o empregador da vítima. O fundamento desta causa de aumento é idêntico ao da anterior, ou seja, a maior proximidade estabelecida entre o sujeito ativo e a criança ou adolescente submetido às cenas de sexo explícito ou de pornografia.

O crime é punido a título de dolo, consubstanciado na vontade consciente de praticar uma das ações nucleares típicas preconizadas no caput e no § 1.º, sem a exigência de qualquer finalidade específica.

O momento consumativo do delito é atingido pela prática de qualquer das ações nucleares típicas. Trata-se de crime formal, na linha do que decidido no julgado em comento.

Tratando-se de crime plurissubsistente, admite-se a tentativa.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 067 - setembro 2019

Em regra, a competência para o processo e julgamento é da Justiça Estadual, salvo se presente alguma das hipóteses do art. 109 do CP, quando, então, a competência será da Justiça Federal.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 068

**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: Financiamento fraudulento junto à instituição financeira -Competência**

Os crimes previstos na presente Lei n. 7.492/86 terão a investigação criminal supervisionada pela Justiça Federal, que será o órgão jurisdicional competente para processar e julgar os processos penais, cuja deflagração deverá ser levada a cabo pelo Ministério Público Federal.

Isso porque a Constituição da República expressamente prevê que, em seu art. 109, inciso VI que: “Aos juízes federais compete processar e julgar: VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira.”

Veja-se que essa competência inclui todos os delitos previstos na referida Lei, inclusive aqueles que atingem em primeiro lugar o patrimônio particular das instituições financeiras, já que todos os crimes nela dispostos, ainda que de forma subsidiária, atingem bem jurídico vinculado ao Sistema Financeiro Nacional. Nesse sentido, inúmeros são os julgados do Supremo Tribunal Federal: STF - RE 592264 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 24/08/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-07 PP-01558; STF - HC 93733, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 17/06/2008, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-02 PP-00366 RTJ VOL-00211-01 PP-00362; STF - RE 446908, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 02/09/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-06 PP-01079 RTJ VOL-00208-03 PP-01234 LEXSTF v. 31, n. 362, 2009, p. 481-489; STF - RE 502915, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-20 PP-04195 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p.147-148; STF - RE 503422 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 28/11/2006, DJ 19-12-2006 PP-00040 EMENT VOL-02261-08 PP-01586 RB v. 19, n. 519, 2007, p. 31-32 RT v. 96, n. 860, 2007, p. 544-546; STF - RE 454735, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 18-11-2005 PP-00025 EMENT VOL-02214-05 PP-00856 LEXSTF v. 28, n. 325, 2006, p. 323-328; STF - RE 198488, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 05/11/1996, DJ 11-12-1998 PP-00011 EMENT VOL-01935-03 PP-00504.

O art. 19 da Lei 7.492/86 pune a obtenção de financiamento junto à instituição financeira mediante o emprego de fraude, que pode ocorrer das formas mais variadas possíveis com o objetivo de incidir ou manter a instituição em erro com relação ao tomador do financiamento.

O financiamento, conforme explica ABRÃO: se caracteriza quando “o numerário é adiantado pelo banco ao cliente para um empreendimento determinado, previamente conhecido por aquele, podendo o fornecedor do dinheiro fiscalizar a aplicação dos fundos (...)” (ABRÃO, Nelson. Direito

## Boletim Criminal **Comentado** nº 068 – outubro 2019

Bancário. 16a ed. Saraiva: São Paulo, 2016, pp. 155-156). Ademais, sobre esse tema, consigna que: “(...) o financiamento para ser concedido e automaticamente liberado depende do exame previamente realizado pela instituição financeira acerca das condições implícitas do negócio, querendo com isso representar uma avaliação da realidade, na viabilidade que disponibiliza o crédito.” **Veja-se que, não tendo a concessão de crédito derivado de financiamento, mas de mero mútuo bancário não resta caracterizado o delito do art. 19 da LCSFN**, conforme já decidiu o TRF4:

“PENAL. ART. 19 DA LEI Nº 7.492/86. CONCEITO DE FINANCIAMENTO. COMPETÊNCIA. - Segundo a doutrina comercialista, financiamento é mútuo com finalidade vinculada (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. MARTINS, Fran. Contratos e Obrigações Comerciais. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999), não estando abrangido em seu campo conceitual o contrato de mútuo simples, assim entendido aquele desprovido de qualquer finalidade empreendedora. - Se alguém obtém, mediante fraude, empréstimo em instituição financeira, sem se obrigar a dar ao dinheiro finalidade específica (desenvolvimento de atividade econômica, aquisição de casa própria etc.), comete, em tese, o crime de estelionato, e não aquele previsto no art. 19 da Lei que define os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. - Competência estadual reconhecida.” (TRF4, RSE 2003.71.00.062833-0, OITAVA TURMA, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, DJ 05/05/2004).

Abaixo, colacionamos recentes decisões do STJ em sede de conflitos de competência.

**STJ- CC 167.315/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 06/09/2019**

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FINANCIAMENTO FRAUDULENTO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA A AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. FINANCIAMENTO COM DESTINAÇÃO ESPECÍFICA. CARACTERIZAÇÃO, EM TESE, DO DELITO DESCRITO NO ART. 19 DA LEI N.7.492/86. AUSÊNCIA DE NECESSIDADE DE POTENCIAL ABALO DO SISTEMA FINANCEIRO COMO UM TODO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATÉRIA RECENTEMENTE ANALISADA PELO COLEGIADO.

1. A tese do Ministério Público Federal no sentido de que compete à Justiça Estadual apurar condutas delitivas que afetam apenas o patrimônio de instituições financeira e não o Sistema Financeiro como um todo não prosperou nesta Corte, a qual entende que para a configuração do delito descrito no art. 19 da Lei n. 7.492/86, basta a obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira com destinação específica dos valores obtidos.

2. No caso dos autos, tendo em vista que o investigado teria obtido financiamento bancário com destinação específica para adquirir automóvel usando documento falso em nome de terceiro, resta

## Boletim Criminal **Comentado** nº 068 – outubro 2019

caracterizada a competência da Justiça Federal, na esteira da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Precedentes.

3. O tema foi amplamente debatido em precedente no qual esta Corte Superior manteve sua jurisprudência no sentido de que o crime tipificado no art. 19 da Lei n. 7.492/86 não exige, para a sua configuração, efetivo ou potencial abalo ao Sistema Financeiro (EDcl no AgRg no CC 156.185/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 7/5/2018.) O mencionado paradigma tem sido mantido pela Terceira Seção nos julgamentos que o sucederam. Precedente: AgRg no CC 161.091/SE, de minha relatoria, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 6/2/2019)

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 23ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Paraná, o suscitado.

**STJ- CC 140.386/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2015, DJe 20/08/2015**

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. OBTENÇÃO DE FINANCIAMENTO EM NOME DE TERCEIRO. INADIMPLEMENTO TOTAL DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO. IRRELEVÂNCIA PARA FINS DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A competência para processar e julgar a conduta de obtenção fraudulenta de empréstimo bancário é definida em razão da espécie da operação pretendida ou realizada: se o mútuo é concedido para que o dinheiro seja empregado em uma finalidade específica, compete à Justiça Federal processar e julgar o delito, enquadrado no tipo penal do artigo 19 da Lei nº 7.492/86; caso contrário, está-se diante de estelionato.

2. No caso dos autos, a conduta investigada consistiu na obtenção de financiamento, mediante uso de documentos falsos em nome de terceira pessoa, para uma finalidade específica, qual seja, a aquisição de uma motocicleta.

3. É irrelevante, para a definição da competência jurisdicional, que, desde o início, o agente não pretendesse pagar as parcelas do financiamento, desde que tivesse a intenção de celebrar o contrato fraudulento. Todo financiamento é meio de obtenção de dinheiro para emprego em um investimento específico previamente acordado.

4. Caracterização de crime contra o sistema financeiro nacional.

5. Conflito conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 14ª VARA FEDERAL DE CURITIBA/PR, ora suscitante.

**STJ- CC 135.258/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJe 30/10/2014**

PENAL E PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1. JUSTIÇA ESTADUAL X JUSTIÇA FEDERAL. DELITO DE ESTELIONATO X CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. DESTINAÇÃO ESPECÍFICA DO CRÉDITO. CONFIGURAÇÃO DE FINANCIAMENTO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 19 DA LEI N. 7.492/1986. PRECEDENTES. 2. CONFLITO CONHECIDO PARA RECONHECER A COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP, O SUSCITADO.

1. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que, a depender espécie da operação realizada, pode ou não configurar-se o crime contra o sistema financeiro. Dessa forma, caracteriza-se o crime do art. 19 da Lei n. 7.492/1986 "quando os recursos obtidos junto à instituição financeira possuem destinação específica, não se confundindo, assim, com mútuo obtido a título pessoal, conduta que caracteriza o crime de estelionato". (CC 122.257/SP). No caso, verifica-se que houve a obtenção de financiamento fraudulento perante a instituição financeira, haja vista ter ficado estabelecida destinação específica para o dinheiro. A fraude se deu exatamente pelo fato de não se ter adquirido o bem para o qual obtido o financiamento.

2. Conheço do conflito para reconhecer a competência do Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo/SP, o suscitado.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Prisão preventiva de mãe de criança. Possibilidade, de acordo com o caso concreto.**

**INFORMATIVO 953 STF- PRIMEIRA TURMA**

A Primeira Turma denegou a ordem em habeas corpus impetrado em favor de presa preventivamente pela suposta prática dos crimes de associação criminosa, posse irregular de arma de fogo de uso permitido e posse irregular de arma de fogo de uso restrito.

A prisão foi fundada na garantia da ordem pública, pois se trataria de pessoa supostamente integrante de grupo criminoso voltado ao cometimento dos delitos de tráfico de drogas, disparo de armas de fogo, ameaça e homicídio.

A defesa alegou que a custódia cautelar não deveria subsistir e evocou precedente da Segunda Turma do STF (HC 143.641), por se tratar de mãe de criança.

O ministro Marco Aurélio (relator) considerou devidamente fundamentado o decreto prisional, uma vez ter sido encontrada, na residência da paciente, quantidade considerável de armas e munições, bem como existirem indícios suficientes de ela integrar o grupo criminoso.

O ministro Alexandre de Moraes destacou que o precedente trazido pela defesa não determina que toda mãe de criança seja submetida a medida alternativa à prisão, mas que o juiz analise as condições específicas do caso, porque o mais salutar é evitar a prisão e priorizar o convívio com a criança. Entretanto, pode haver situações em que o crime é grave e o convívio pode prejudicar o desenvolvimento do menor.

HC 168900/MG, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 24.9.2019. (HC-168900)

**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

## Boletim Criminal Comentado nº 068 – outubro 2019

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).

## Boletim Criminal **Comentado** n° 068 – outubro 2019

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.

Em decisão recente, 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.

No caso julgado (HC 426.526/RJ, j. 12/02/2019), a impetrante era acusada de ter cometido tráfico de drogas em associação com o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, sendo que a imputação, que lhe atribuía a função de líder do tráfico na região e o emprego arma de fogo, fazia referência à apreensão de grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína).

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:

“Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 068 – outubro 2019

De fato – e aqui faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal, de forma a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa –, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar à mãe que nem sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Como efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de condutas criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação dos direitos da criança ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

(...)

O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.”

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.

O STF, na decisão em comento, segue o mesmo espírito.

### **2- Tema: STJ - É nula a prova obtida a partir de ligação telefônica em que policial se faz passar por suspeito abordado**

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A rotina da atividade policial tem revelado com frequência situações nas quais indivíduos suspeitos da prática do tráfico de drogas são abordados trazendo consigo telefones celulares prontamente examinados pelos policiais em busca de mensagens armazenadas em aplicativos como o WhatsApp. O STJ tem decidido que os aparelhos podem ser examinados, mas desde que por meio de perícia previamente autorizada por decisão judicial. O tribunal firmou a tese de que violam direitos e



## Boletim Criminal Comentado nº 068 – outubro 2019

garantias fundamentais a consulta e o exame pericial realizados diretamente após a apreensão pela polícia, sem a prévia autorização judicial:

“2. ‘A jurisprudência das duas Turmas da Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (“WhatsApp”), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel.’ (HC 372.762/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017). 3. In casu, conforme se extrai dos autos (fls. 200/201), os telefones foram apreendidos no momento do flagrante, isto é, sem autorização judicial. 4. Hipótese em que, ainda que se considere nula a prova obtida por meio da apreensão dos celulares, tal constatação não tem o condão de afastar a condenação do recorrente que encontrou amparo em outros elementos de prova não decorrentes dos dados obtidos por meio da perícia realizada no celular do acusado.” (REsp 1.727.266/SC, j. 05/06/2018)

Note-se que isto ocorre mesmo no caso de prisão em flagrante, durante a qual o aparelho pode ser apreendido, mas, até que se providencie autorização judicial específica, nenhuma devassa de dados considerados sigilosos pode ser promovida, sob pena de anulação da prova.

Recentemente, ao julgar o HC 511.484/RS (j. 15/08/2019), o STJ se deparou com outra situação: em uma abordagem de rotina, policiais encontraram certa quantidade de drogas embaixo do assento do motorista de um veículo. Durante a revista, o telefone celular de um dos ocupantes do veículo tocou várias vezes, até que um policial decidiu atender. Ao perceber que se tratava de alguém que buscava adquirir drogas, fez-se passar pelo proprietário do aparelho e efetuou a negociação. Em seguida, foi até o lugar marcado e encontrou o potencial comprador, que confessou a aquisição de drogas do indivíduo que havia sido abordado pouco antes. Diante disso, os policiais efetuaram a prisão em flagrante pelo crime de tráfico.

Para o STJ, a prova foi ilegal, e, como dela derivaram todos os demais elementos probatórios, a ação penal foi anulada.

Segundo o ministro Sebastião Reis Júnior, nem mesmo a situação de flagrância era certa até o momento em que o policial decidiu atender à ligação, pois a quantidade de drogas guardadas no veículo era muito pequena (2,8g de cocaína e 1,26g de maconha). Logo, até que o policial encontrasse o indivíduo que confessaria a aquisição de drogas daquele que já havia sido abordado, não havia nenhum elemento que revelasse indício razoável da mercancia ilegal. Citando seu próprio voto em outro habeas corpus, o ministro afirmou que “tal conduta, embora não se encaixe perfeitamente no conceito de interceptação telefônica, revela verdadeira invasão de privacidade e indica a quebra do sigilo das comunicações telefônicas do paciente, em afronta a princípios muito

caros do nosso ordenamento jurídico. Não merece, portanto, o endosso do Superior Tribunal de Justiça, mesmo que se tenha em mira a persecução penal de pessoa supostamente envolvida com tráfico de drogas

(...)

No caso, entendo que a prova foi obtida por meio de arbítrio do policial militar, e cabe ao magistrado abstraí-la do conjunto probatório porque alcançada sem observância das regras de Direito que disciplinam a execução do jus puniendi. Não tinha a autoridade policial permissão, do titular da linha telefônica ou mesmo da Justiça, para atender ao telefone móvel do paciente e travar conversa através daquela linha com qualquer interlocutor que fosse. O policial ‘entrou’ na comunicação alheia, de modo a obter, de modo sub-reptício, conversa que deveria ficar entre aquele que ligou e o destinatário real do telefonema. É consabido que o sigilo das comunicações telefônicas – e o caso se enquadra nesta situação – somente pode ser relativizado nas hipóteses e na forma que a lei especificar”.

### **3- Tema: Benefício da saída temporária é compatível com prisão domiciliar por falta de vagas em semiaberto**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 01/10/2019**

O benefício da saída temporária, previsto no artigo 122 da Lei de Execução Penal (LEP), é compatível com o regime de prisão domiciliar determinado nas hipóteses de falta de estabelecimento adequado para o cumprimento de pena no regime semiaberto.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou o entendimento ao conceder habeas corpus a um homem que cumpre pena em prisão domiciliar em virtude da falta de vagas no semiaberto.

Inicialmente, o pedido de 35 saídas temporárias por ano foi deferido pelo juízo da execução penal, sob o fundamento de que o benefício é compatível com o monitoramento eletrônico determinado para a prisão domiciliar.

Ao analisar o caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul (TJRS) concluiu pela incompatibilidade do benefício, uma vez que ele estava em prisão domiciliar, e não no regime semiaberto propriamente dito.

Para o tribunal estadual, não havia nenhum impedimento ao contato do preso com a sua família, e a gravidez de sua companheira – um dos motivos alegados no pedido – não seria justificativa legal para a concessão das saídas temporárias.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 068 – outubro 2019

A decisão unânime da Sexta Turma restabeleceu a decisão do juiz da execução penal que deferiu o pedido de saídas temporárias.

De acordo com o relator no STJ, o ministro Nefi Cordeiro, foi correta a decisão do juízo da execução, já que o preso preencheu os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 122 da LEP.

### Ressocialização

A concessão do benefício da saída temporária, segundo o relator, é a medida que se impõe no caso.

"Observado que o benefício da saída temporária tem como objetivo a ressocialização do preso e é concedido ao apenado em regime mais gravoso – semiaberto –, não se justifica negar a benesse ao reeducando que somente se encontra em regime menos gravoso – aberto, na modalidade de prisão domiciliar –, por desídia do próprio Estado, que não dispõe de vagas em estabelecimento prisional compatível com o regime para o qual formalmente progrediu", explicou o ministro.

Nefi Cordeiro destacou que o artigo 122 da LEP é claro ao prever que o preso em regime semiaberto que preencher os requisitos objetivos e subjetivos da lei tem direito ao benefício das saídas temporárias, independentemente de o regime de cumprimento de pena ter sido alterado para um menos gravoso – como ocorreu no caso analisado.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): HC 489106

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A saída temporária está prevista nos arts. 122/125 LEP, configurando espécie de autorização de saída, ao lado da permissão (arts 120/121).

As hipóteses que autorizam o benefício são:

- a) visita à família;
- b) frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;
- c) participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a Administração Penitenciária.

Apesar de a lei destinar o benefício aos condenados que se encontram no regime semiaberto, o STF já entendeu possível sua concessão no caso de prisão albergue. Agora, na decisão em comento, o STJ segue a mesma tese, entendendo que o benefício, previsto no artigo 122 da Lei de Execução

## Boletim Criminal **Comentado** nº 068 – outubro 2019

Penal, é compatível com o regime de prisão domiciliar determinado nas hipóteses de falta de estabelecimento adequado para o cumprimento de pena no regime semiaberto.

### **DIREITO PENAL:**

---

#### **1-Tema: 1ª Turma do STF mantém condenação de adulto por beijo lascivo em criança**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 01/10/2019**

Por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento do Habeas Corpus (HC) 134591 e manteve a condenação de um adulto em razão de um beijo lascivo dado em uma criança de cinco anos de idade. O HC foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao analisar habeas com as mesmas alegações, também havia mantido a condenação.

O réu foi condenado pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Igarapava (SP) a oito anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por estupro de vulnerável (artigo 217-A do Código Penal). Em exame de apelação penal, o Tribunal de Justiça estadual (TJ-SP) desqualificou o ato para a contravenção penal de molestamento (artigo 65 da Lei de Contravenções Penais) e impôs ainda pena de multa. O Ministério Público interpôs recurso e o relator no STJ deu provimento para restabelecer a condenação proferida em primeira instância.

#### Pena desproporcional

No habeas corpus impetrado no STF, a defesa afirmava que a pena é desproporcional à conduta, pois o ato praticado foi um único beijo em lugar próximo a outras pessoas. De acordo com a defesa, embora a conduta do réu seja “condenável e reprovável”, não teria havido conotação sexual no beijo ou danos psicológicos permanentes à vítima.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) se manifestou pela manutenção da condenação em primeira instância. De acordo com o parecer, a conduta de beijar uma criança de cinco anos na boca se qualifica como ato libidinoso, o que configura estupro de vulnerável. Não seria viável, assim desqualificar o ato para uma simples contravenção penal.

#### Pedofilia

## Boletim Criminal **Comentado** nº 068 – outubro 2019

Em voto proferido na sessão de 18/12/2018, o ministro Alexandre de Moraes afastou a ocorrência de ilegalidade ou de constrangimento ilegal na decisão do STJ que manteve a condenação e observou que houve um ato clássico de pedofilia. Segundo ele, o fato definido como crime na lei (ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos) existiu, e não é possível desclassificar a conduta para molestamento. “Não houve conjunção carnal, mas houve abuso de confiança para um ato sexual”, afirmou.

O ministro destacou que a conotação sexual, para determinadas faixas etárias, é uma questão de abuso de poder e de confiança, pois, embora uma criança de cinco anos não entenda a questão sexual, os reflexos serão sentidos na adolescência, dificultando que tenham confiança em outras pessoas no momento de se relacionar.

O julgamento foi retomado na sessão desta terça-feira (1º) com o voto-vista do ministro Luiz Fux pela manutenção da sentença de primeiro grau, por entender que o ato configura o delito de estupro de vulnerável. A ministra Rosa Weber votou no mesmo sentido.

### Beijo lascivo

Na sessão de dezembro, o relator do HC, ministro Marco Aurélio, votou pela manutenção da decisão do TJ-SP, pois considera que o chamado beijo lascivo não configura estupro. O ministro observou que, anteriormente, havia dois tipos penais – estupro e atentado violento ao pudor – com penas diversas. Mas, que com a alteração no Código Penal introduzida pela Lei 12.015/2009, as duas condutas foram reunidas no conceito mais abrangente de estupro de vulnerável, estipulando pena de 8 a 15 anos de reclusão para o delito de constranger menor de 14 anos a conjunção carnal ou a prática de ato libidinoso diverso. Segundo ele, a conduta do réu restringiu-se à consumação de beijo lascivo, o que não se equipara à penetração ou ao contato direto com a genitália da vítima, situações em que o constrangimento é maior e a submissão à vontade do agressor é total.

O ministro Luís Roberto Barroso também considerou a pena excessiva e votou pela concessão do HC para desclassificar a conduta e determinar que o juízo de primeira instância emita nova sentença com base no artigo 215-A do CP (praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro), cuja pena varia de um a cinco anos de reclusão.

Processos relacionados HC 134591

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Uma das questões mais debatidas no âmbito dos crimes sexuais é o conceito do denominado “ato libidinoso”. Ao contrário da conjunção carnal, que pode ser definida como a cópula vaginal

característica da relação sexual entre sexos opostos, o ato libidinoso tem definição muito mais ampla.

A doutrina, de modo geral, define o ato libidinoso como aquele de cunho erótico praticado para a satisfação da lascívia. Ensina Mirabete, citando Fragoso e Hungria: “Define Fragoso o ato libidinoso como ‘toda ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso’. Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito inter- femora, cunnilingue, anilingue, hetero-masturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido. Estão incluídos os atos homossexuais como os de uranismo, pederastia, lesbianismo, tribadismo ou safismo. É considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico (RT 534/404). Afirma Hungria que ‘o ato libidinoso tem de ser praticado pela, com ou sobre a vítima coagida’. Isso não quer dizer, porém, que seja indispensável o contato físico, corporal, entre o agente e a ofendida” (Manual de Direito Penal – Parte Especial. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 2, p. 413).

A amplitude da expressão “ato libidinoso” sempre provocou sérias controvérsias na prática da justiça criminal. São incontáveis as decisões nas quais os tribunais tiveram de deliberar sobre a ocorrência de crime decorrente de um toque íntimo ou um beijo lascivo, normalmente em situações em que o constrangimento (violência ou ameaça) não era tão evidente. Isto ocorria quando ainda vigorava o tipo autônomo do atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e continuou ocorrendo após a Lei 12.015/09, que unificou no tipo do estupro a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos praticados com violência ou grave ameaça. E a controvérsia se estende ao estupro de vulnerável, cujo tipo penal faz menção à conjunção carnal e a “outro ato libidinoso”.

No que se refere ao estupro de vulnerável, os tribunais têm sido bastante rigorosos. O STJ, por exemplo, já decidiu pela consumação do crime numa situação em que o autor fora surpreendido enquanto contemplava a criança nua em um quarto de motel:

“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

## Boletim Criminal Comentado nº 068 – outubro 2019

dosimetria da pena, na hipótese de eventual procedência da ação penal” (RHC 70.976/MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 10/8/2016).

Há pouco tempo, o tribunal julgou recurso contra a condenação de um indivíduo que havia sido surpreendido tocando intimamente, sobre a roupa, o próprio neto de seis anos de idade. Pretendia-se a desclassificação do estupro de vulnerável para a importunação sexual, tipificada no art. 215-A do CP por meio da Lei 13.718/18. Embora não de forma unânime, decidiu-se ser incabível a pretendida desclassificação, com base na jurisprudência da 5ª a da 6ª Turmas, que têm desconsiderado qualquer circunstância que possa relativizar a punição de atos de libidinagem cometidos contra menores de quatorze anos. Não há possibilidade de conferir tratamento menos severo a alguém que pratica contra um menor vulnerável algum ato de conotação sexual, ainda que não corresponda a uma efetiva relação de natureza sexual.

Na decisão, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca ressaltou sua posição pessoal no sentido de que a desclassificação seria possível, pois não se recomenda a equiparação penal de condutas tão díspares quanto o ato propriamente sexual e um beijo ou um toque sobre a roupa. O ministro se referiu ao habeas corpus 134.591, à época pendente de julgamento na 1ª Turma do STF, em que o impetrante havia sido condenado por estupro de vulnerável por beijar lascivamente uma criança de cinco anos de idade, mas pretendia a desclassificação da conduta criminosa para a contravenção do art. 65 da Lei 3.688/41.

Pois bem, o julgamento do habeas corpus foi concluído ontem (01/10/19), e, por maioria, a 1ª Turma do STF denegou a ordem para manter a condenação original.

No voto que já havia proferido, o ministro Luiz Roberto Barroso denegou a ordem pretendida de início, mas a concedeu de ofício para desclassificar a conduta para o art. 215-A, uma punição intermediária entre a insuficiente contravenção e a severa pena do estupro:

“A doutrina sempre criticou a ausência de uma precisa diferenciação na lei das diversas modalidades de ato libidinoso. Por isso mesmo o julgador deve sempre procurar distinguir aquelas condutas mais graves e invasivas daquelas condutas menos reprováveis, preservando assim a razoabilidade e a proporcionalidade da resposta estatal.”

O ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, votou para manter a condenação por estupro de vulnerável, tendo em vista que o art. 215-A não foi criado para transformar atos claros de pedofilia em crime mais brando. Foi seguido pelos ministros Luiz Fux e Rosa Weber, os quais, assim como ele, identificaram o abuso de poder no ato de conotação sexual cometido contra a criança de apenas cinco anos de idade e consideraram imprópria a atribuição de crime muito menos grave, que – acrescentamos – foi inserido no Código Penal para lidar com situações de pessoas não

## Boletim Criminal **Comentado** n° 068 – outubro 2019

vulneráveis submetidas a atos de conotação sexual que, embora não violentos, são repugnantes, mas, antes, eram atípicos.



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 069

**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

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues

## NOTÍCIAS

---

O CAOCrim e o Núcleo de Gênero realizarão, no dia 15 de outubro deste ano, nesta próxima terça-feira, às 17h00, um **workshop** para debater os **principais aspectos do enfrentamento da violência doméstica**. A violência contra a mulher tem sido hoje um dos principais focos do trabalho do promotor de justiça criminal, pois o volume tem aumentado cada vez mais, inclusive nas promotorias do Júri. Iremos discutir as seguintes questões: **i)** competência; **ii)** as medidas protetivas e as boas iniciativas para assegurá-las; **iii)** e a prova. Confirmaram presença diversos integrantes de promotorias de justiça especializadas. Não perca essa oportunidade. A mediação do debate será de Rogério Sanches Cunha, Promotor Assessor no CAOCrim.

## ESTUDOS DO CAOCRIM

---

### 1-Tema: LEI 13.880, de 8 de outubro de 2019

**LEI Nº 13.880, DE 8 DE OUTUBRO DE 2019- Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, na forma em que especifica.**

Em seu art. 12, a Lei 11.340/06 disciplina as medidas que autoridade policial deve adotar em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. São medidas preliminares que possibilitam à autoridade reunir elementos que possam demonstrar os indícios de crime e que justifiquem a tomada de outras providências, como a concessão de medidas protetivas de urgência.

Uma dessas medidas é a identificação do agressor e a juntada de folha de antecedentes criminais que indiquem a existência de mandado de prisão e o registro de outras ocorrências policiais contra ele. No ensejo dessas pesquisas, a Lei 13.880/19 inseriu no art. 12 o inciso VII-A, à autoridade policial a obrigação de verificar se há em nome do agressor registro de posse ou porte de arma de fogo; e, em caso positivo, juntar aos autos essa informação, bem como notificar a ocorrência à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte.

Desta forma, uma vez praticada uma infração penal que se insira no conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, além das medidas de praxe para viabilizar a investigação, a autoridade policial deve pesquisar a existência de registro de arma de fogo em nome do agressor e, uma vez identificado o registro, a mesma autoridade deve notificar a Polícia Federal, que, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei 10.826/03 é o órgão competente para a expedição tanto do registro da arma quanto da autorização para o porte.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 069 – outubro 2019

Uma vez juntada a informação a respeito do registro da arma e adotadas as demais medidas cabíveis na forma do art. 12, os autos são remetidos ao juiz, que, conforme dispõe o novo inciso IV do art. 18 – também inserido pela Lei 13.880/19 – deve determinar a apreensão imediata de arma de fogo que estiver sob a posse do agressor. Não é, portanto, a autoridade policial a legitimada para determinar a apreensão; a ela cabe apenas adotar as providências iniciais para apurar se existe o registro.

Note-se que a medida não é exatamente uma novidade, mas sim uma forma de conferir maior efetividade a algo já presente na redação original da Lei 11.340/06. Isto porque o art. 22, que dispõe sobre as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, traz já no inciso I a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente. O que a Lei 13.880/19 permite é que, no mesmo expediente em que a ofendida requer a medida protetiva, o juiz determine simultaneamente a apreensão da arma.

Pressupõe-se que as restrições aqui mencionadas se refiram a uma arma regular, ou seja, devidamente registrada e com autorização para porte, se for o caso. Isto porque se a arma for ilegal a situação do agressor se agrava e sua conduta, a partir daí, passa a configurar um dos delitos tipificados nos arts. 12, 14 ou 16 da Lei 10.826/03. E mais, nesses casos, a arma apreendida deverá ser destruída, conforme dispõe o art. 25, caput, do Estatuto do Desarmamento.

Clique [aqui](#) para ter acesso a Lei 13.880/19

### **2-Tema: LEI 13.882, de 8 de outubro de 2019**

**LEI Nº 13.882, DE 8 DE OUTUBRO DE 2019 -Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio.**

No art. 9º, a Lei 11.340/06 trata da assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Esta assistência, segundo o próprio dispositivo, deve ser “prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção (...)”.

## Boletim Criminal Comentado nº 069 – outubro 2019

Seguindo a linha das políticas públicas de proteção, a Lei 13.882/19 inseriu mais dois parágrafos no art. 9º, que, aliás, em setembro de 2019 já havia sido alterado pela Lei 13.871, que impõe ao agressor a obrigação de ressarcir os custos de serviços de saúde e dispositivos de segurança nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. As novas disposições relativas à assistência à mulher dizem respeito à matrícula de seus dependentes em instituição de ensino básico.

Como dispõe o novo § 7º, a vítima de violência doméstica e familiar tem prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou para transferi-los para essa instituição, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso.

A medida tem em consideração situações em que a vítima de violência doméstica é obrigada a se afastar de seu domicílio para garantir maior segurança a ela mesma e à sua família. Nesses casos, é importante a implementação de medidas para garantir uma transição menos traumática e evitar a imposição de obstáculos que, somados à violência já sofrida, tornem ainda mais penosa a retomada da vida cotidiana.

O § 7º faz referência à educação básica, cujo conceito deve ser extraído da Lei de Diretrizes da Educação Nacional (Lei 9.394/96). De acordo com o disposto no art. 4º, inciso I, desta lei, a educação básica é prestada a indivíduos entre os quatro e os dezessete anos de idade, compreendendo a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio. Nota-se, portanto, que a prioridade estabelecida pelo § 7º da Lei 11.340/06 não beneficia apenas a mulher responsável por crianças, mas também a responsável por adolescentes até os dezessete anos.

O § 8º, também incluído pela Lei 13.882/19, dispõe que devem ser mantidos sob sigilo os dados da ofendida e de seus dependentes matriculados na forma do § 7º, e o acesso às informações será reservado ao juiz, ao Ministério Público e aos órgãos competentes do poder público. Pretende-se, evidentemente, impedir que o agressor obtenha os dados domiciliares da ofendida a partir do cadastro escolar dos dependentes.

A Lei 13.882/19 igualmente alterou o art. 23 da Lei 11.340/06, que trata das medidas protetivas de urgência à ofendida. O dispositivo passa a contar com o inciso V, segundo o qual o juiz pode determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de

## Boletim Criminal **Comentado** nº 069 – outubro 2019

educação básica mais próxima do seu domicílio, assim como pode determinar a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga.

No art. 23, que dispõe sobre as medidas de urgência e se caracteriza pela cautelaridade, existe um *plus* em relação ao § 7º do art. 9º, pois enquanto aquele dispositivo garante a prioridade na matrícula, este a impõe, ainda que não existam vagas. Trata-se, efetivamente, de duas coisas distintas, pois é possível que a vítima não requeira medidas protetivas, mas decida modificar seu domicílio para se distanciar do agressor. Neste caso, apresentados documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso, a direção da unidade de ensino deve zelar pela prioridade estabelecida na nova lei.

Clique [aqui](#) para ter acesso a Lei 13.882/19

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP. Ausência de indicação do dispositivo violado. Violação do sistema processual. Possibilidade.**

**INFORMATIVO 656 DO STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

É admissível a revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP ainda que, sem indicar nenhum dispositivo de lei penal violado, suas razões apontem tanto a supressão de instância quanto a ausência de esgotamento da prestação jurisdicional.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

A expressão "texto expresso da lei penal", contida no inciso I do art. 621 do CPP, não deve ser compreendida apenas como a norma penal escrita, abrangendo, também, qualquer ato normativo que tenha sido utilizado como fundamento da sentença condenatória (por exemplo, portarias, leis completivas empregadas na aplicação de uma lei penal em branco, etc.), a norma penal processual, a norma processual civil (aplicável subsidiariamente ao processo penal, na forma do art. 3º do CPP) e a norma constitucional. Nessa mesma linha, a melhor exegese da norma indica que o permissivo de revisão criminal constante no inciso I do art. 621 do CPP compreende, ainda, as normas processuais não escritas e que podem ser depreendidas do sistema processual como um todo, como ocorre com o direito ao duplo grau de jurisdição, a proibição de supressão de instância e a obrigação do julgador de fornecer uma prestação jurisdicional exauriente. Assim sendo, é admissível a revisão criminal fundada no art. 621, I, do CPP ainda que, sem indicar nenhum dispositivo de lei penal violado, suas razões apontem tanto a supressão de instância quanto a ausência de esgotamento da prestação jurisdicional como consequência de *error in procedendo* do julgado que se pretende rescindir.

PROCESSO: RvCr 4.944-MG, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 11/9/2019, DJe 20/9/2019.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

## Boletim Criminal Comentado nº 069 – outubro 2019

A primeira parte do art. 621 do CPP trata da possibilidade de revisão quando a sentença for contrária à lei. O alcance da expressão lei penal, contida no dispositivo em estudo, deve ser analisada de maneira ampla. Assim, não apenas a lei penal, quando afrontada, autoriza o pedido revisional, mas também a lei processual, civil, tributária, comercial, etc., desde que guardem relação com a tipicidade do fato delituoso pelo qual foi condenado o réu. E, por óbvio, abrange ainda a decisão que contraria um princípio constitucional. Não faria sentido que o réu pudesse se valer do pedido sob o argumento de que a decisão violou a lei penal e se visse inibido da mesma via impugnativa quando o decisum afrontasse um princípio constitucional, muito mais caro e relevante, na medida em que incluído na Carta Magna. Assim também uma lei de caráter tributário que impeça a deflagração de um processo-crime enquanto não julgado o recurso administrativo ou pelo tempo que perdurar o acordo de parcelamento do débito fiscal, terá inegável influência no âmbito penal. Ou uma lei cível que liberasse o jogo no país.

Nas palavras de José Frederico Marques, “tanto contrária à lei penal é a decisão que considera delituosa uma conduta atípica, como aquela que impõe ao condenado sanção penal não prevista para a infração praticada” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, p. 323). Assim, podem ser lembrados alguns exemplos em que o juiz julgou em oposição ao texto de lei, como ocorreria se ele reconhecesse, para majorar a pena do réu, uma agravante não prevista em lei, consistente na prática do crime contra a companheira. Ou que tivesse condenado o réu por abandono material de sua amante. Ou, ainda, que tivesse condenado o réu com base em provas ilícitas, em afronta, neste caso, ao texto constitucional.

Mas é preciso, para se admitir a revisão, que a decisão tenha, efetivamente, contrariado o texto legal (em sentido amplo). A mera adoção pelo juiz ou tribunal de um entendimento minoritário na jurisprudência, em se tratando de questão controvertida ou mesmo de uma tese que depois venha a ser superada pelos Tribunais, não autoriza a revisão. Nesse sentido a Súmula 343 do STF, que por tratar da ação rescisória, prima-irmã da revisão, tem aplicação no pedido revisional, *in verbis*: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. A matéria, porém, não é pacífica, merecendo lembrança a posição de Ada, Magalhães e Scarance, para quem “a contrariedade ao direito em tese há de ser frontal e inequívoca: não infringe o texto expresso a interpretação razoável, ainda que controvertida, dos tribunais. Mas, passando a haver adoção tranqüila da posição oposta, a revisão pode ser considerada cabível, numa interpretação extensiva do dispositivo”

(Recursos no Processo Penal, p. 317). Nesse sentido, ainda, o teor da Súmula 116 da Mesas de Processo Penal da USP).

#### **DIREITO PENAL:**

---

##### **1-Tema: Jurisprudência em Teses do STJ trata de crimes da Lei de Licitações**

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou a edição 134 de Jurisprudência em Teses, com o tema Crimes da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993). Nesta publicação, duas teses foram destacadas.

A primeira define que a fraude na licitação para fins de contratação de serviço não está abrangida pelo tipo penal previsto no artigo 96 da Lei 8.666/1993, uma vez que este apresenta hipóteses estreitas de penalidade, não podendo haver interpretação extensiva em prejuízo do réu, à luz do princípio penal da taxatividade.

Já a segunda tese estabelece que o crime do artigo 90 da Lei 8.666/1993 é formal e prescinde da existência de prejuízo ao erário, haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, causada pela frustração ou pela fraude no procedimento licitatório.

##### **EDIÇÃO N. 134: DOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÃO - LEI N. 8.666/1993**

##### **2-Tema: Restabelecida perda de cargo público a policial condenado portortura**

##### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 09/10/2019**

Com base nas disposições da Lei 9.455/1997 e no princípio da independência da esfera penal, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reformou acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (TJMT) e, por maioria de votos, restabeleceu a sanção de perda do cargo público imposta a um policial militar condenado pelo crime de tortura em Cuiabá.

Ao contrário do TJMT, que entendeu que a decretação de perda do cargo público seria pena mais grave do que a condenação principal – fixada em dois anos e quatro meses de reclusão em regime aberto –, a Sexta Turma concluiu que a perda do cargo é consequência automática e obrigatória da condenação pelo crime de tortura, ainda que o agente tenha



passado para a inatividade – condição que não foi totalmente esclarecida no processo, apesar dos argumentos da defesa do policial.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O § 5º do art. 1º. da Lei de Tortura (Lei 9.455/97) anuncia como efeito secundário da condenação a perda do cargo, da função ou do emprego público. A dúvida que surge é se tal efeito extrapenal decorre automaticamente da condenação ou não.

Os Tribunais Superiores (STF e STJ) têm entendido que a perda do cargo, da função ou do emprego público é efeito automático da sentença. Vejamos os arestos de ambos os Tribunais:

(...) 1. A condenação de policiais militares pela prática do crime de tortura, por ser crime comum, tem como efeito automático a perda do cargo, função ou emprego público, por força do disposto no artigo 1º, § 5º, da Lei 9.455/1997. (...) 3. Agravo regimental DESPROVIDO. ARE 799102 AgR-segundo / RN - RIO GRANDE DO NORTE SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 09/12/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma.

(...) A perda do cargo, função ou emprego público que configura efeito extrapenal secundário – constitui consequência necessária que resulta, automaticamente, de pleno direito, da condenação penal imposta ao agente público pela prática do crime de tortura, ainda que se cuide de integrante da Polícia Militar, não se lhe aplicando, a despeito de tratar-se de Oficial da Corporação, a cláusula inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição da República. (STF - AI: 769637 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 25/06/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 15-10-2013 PUBLIC 16-10-2013)

Além disso, a condenação pelo crime de tortura acarreta a interdição para o exercício de cargo, função ou emprego público pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Importante alertar que o Princípio do *Non Reformatio in Pejus* orienta que, havendo recurso exclusivo da defesa, não é possível que o Tribunal aplique pena mais grave que aquela imposta pelo Juízo a quo.

O Princípio do *Non Reformatio in Pejus* Indireto esclarece que, havendo recurso exclusivo da defesa que anule a decisão do Juízo de 1º grau, determinando um novo julgamento pelo

## Boletim Criminal Comentado nº 069 – outubro 2019

magistrado a quo, não é possível que a segunda decisão imponha pena mais severa que a infligida na sentença anulada.

Entendemos que, em relação à perda do cargo nos delitos de tortura, não é possível suscitar afronta aos princípios acima citados, tendo em vista que a perda do cargo, da função ou do emprego público é efeito automático da sentença e decorre diretamente da Lei n.º 9.455/97. Vale dizer, mesmo que o magistrado sentenciante não tenha declarado expressamente a referida perda, por se tratar de efeito *ex legis*, ela sempre ocorrerá. Portanto, não há que se falar em piora na situação jurídica do réu na segunda decisão, pois, seja em caso de análise pelo Tribunal (Non Reformatio in Pejus), seja em caso de novo julgamento pelo Juízo a quo, em razão de nulidade na sentença anterior (Non Reformatio in Pejus Indireta), havendo sentença condenatória, a sanção secundária de perda do cargo sempre ocorrerá.

O Superior Tribunal de Justiça já trabalhou essa questão:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL. TORTURA. PERDA DE CARGO PÚBLICO, COMO EFEITO DA CONDENAÇÃO. PENA ACESSÓRIA EFETIVAMENTE APLICADA, EM 1º GRAU. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A pena acessória de perda de cargo público, ao contrário do afirmado pelo agravante, foi devidamente aplicada, em 1º Grau, sendo, ademais, efeito da condenação pela prática do crime de tortura, conforme previsto no art. 1º, § 5º, da Lei 9.455/97. II. Não há reformatio in pejus, tendo em vista que o Tribunal de origem, ao apreciar a Apelação defensiva, apenas manteve a sentença, que já havia determinado a perda do cargo público, em desfavor do condenado. III. Agravo Regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 1.255.032/SE, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 11/3/2014).

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): RHC 80148

### **3-Tema: STJ - Adulteração da placa de semirreboque é conduta atípica**

“Veículos automotores e veículos do tipo reboque ou semirreboque são considerados categorias distintas, inclusive pelo próprio conceito que lhes é atribuído, já que o primeiro é dotado da aptidão de circular por seus próprios meios, ausente no segundo. Tal constatação impede a adequação típica da conduta prevista no aludido dispositivo do Código Penal à que se atribui ao paciente na exordial acusatória em apreço, em respeito ao princípio da

legalidade estrita, previsto no artigo 1º do Estatuto Repressor, na sua dimensão da taxatividade” (RHC 98.058/MG, j. 24/09/2019).

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 311 do Código Penal tipifica as condutas de adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor ou de componentes ou equipamentos que integrem o veículo. Em suma, trata-se do ato de alterar caracteres que possibilitam a individualização do veículo em meio aos demais.

Os objetos materiais do crime são o veículo automotor, seus componentes e seus equipamentos. No veículo, o tipo abarca a alteração ou a remarcação de chassi (estrutura que suporta os elementos que integram o veículo) e as placas. Componentes e equipamentos são peças características do veículo automotor, também identificadas com números, como motor, câmbio, vidros, portas, etc.

Todos esses objetos que podem ter o número de identificação adulterado ou remarcado devem ser ligados a um veículo automotor, elemento normativo cuja definição deve ser obtida na legislação de trânsito.

De acordo com o inciso I do art. 96 do Código de Trânsito, quanto à tração os veículos são classificados em (a) automotor, (b) elétrico, (c) de propulsão humana, (d) de tração animal, (e) reboque ou semirreboque.

O Anexo I do mesmo Código, por sua vez, traz as seguintes definições:

“VEÍCULO AUTOMOTOR – todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico).

REBOQUE – veículo destinado a ser engatado atrás de um veículo automotor.

SEMI-REBOQUE – veículo de um ou mais eixos que se apoia na sua unidade tratora ou é a ela ligado por meio de articulação.”

Vê-se, portanto, que reboques e semirreboques não podem ser considerados veículos automotores, pois, por definição, não podem circular por seus próprios meios, nem

## Boletim Criminal **Comentado** nº 069 – outubro 2019

tampouco podem ser considerados equipamentos, tendo em vista que a legislação de trânsito os trata como veículos com características próprias.

Em razão disso, a adulteração e a remarcação de sinal identificador de reboques e semirreboques não se ajustam ao art. 311 do Código Penal, que trata expressa e unicamente do veículo automotor. O princípio da reserva legal e a vedação à analogia in malam partem impedem que se estenda a incidência do tipo penal a objeto material que não se insere estritamente na definição legal.

Foi exatamente o que decidiu o STJ no julgamento do RHC 98.058/MG (j. 24/09/2019), em que dois indivíduos buscavam o reconhecimento da atipicidade em virtude da conduta que lhes havia sido imputada: a adulteração da placa de um semirreboque.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 070

**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: ENUNCIADOS DO CAOCrim E SETOR DO ARTIGO 28 DO CPP (CONFLITOS CRIMINAIS)**

**ENUNCIADO 33- USO DE ATESTADO MÉDICO FALSO**

O uso de atestado médico falsificado por particular se subsume ao crime do art. 304, do CP, c.c. arts. 297 ou 298 do CP, conforme a natureza pública ou privada do estabelecimento de saúde ao qual tenha sido atribuída a emissão do documento.

**ENUNCIADO 34 -FITA ADESIVA EM PLACAS DE VEÍCULO AUTOMOTOR - ART. 311, DO CP**

Constitui **adulteração de sinal identificador de veículo automotor (CP, art. 311)** a alteração dos sinais alfanuméricos de placas mediante aposição de fita isolante ou expediente similar, pois o tipo penal não exige que a adulteração ou remarcação tenha caráter permanente.

**ENUNCIADO 35- RECEPÇÃO DOLOSA DERIVADA DO ART. 311 DO CP**

Quando não esclarecida a autoria do crime de adulteração do sinal identificador de veículo automotor, remanesce a possibilidade, em caráter subsidiário, de imputar ao agente o crime de receptação dolosa (CP, art. 180), na modalidade de conduzir coisa que sabe ser produto de crime (no caso, o crime contra a fé pública).

**ENUNCIADO 36- LESÃO CORPORAL QUALIFICADA – ART. 129, §9º, DO CP (aviso)**

Nos casos que envolvam lesão corporal cometida contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, deve o Promotor de Justiça, observada sua independência funcional, atentar-se que o fato não constitui infração de menor potencial ofensivo, ainda que não se aplique ao caso a Lei Maria da Penha, pois a pena máxima cominada no tipo é de três anos de detenção.\*<sup>1\*</sup>

---

<sup>1\*\*</sup> O CAOCRIM observa, contudo, que este crime continua sendo perseguido mediante ação penal pública condicionada, pois é de natureza leve, nos termos do art. 88 da Lei 9.099/95, aplicado, a exemplo do art. 89, a crimes mesmo que não de menor potencial ofensivo.

**ENUNCIADO 37- FURTO SIMPLES CONSUMADO – REDUÇÃO DE PENA NOS TERMOS DO § 2º, DO ART. 155, DO CP, NÃO O TORNA CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO**

O crime de furto se consuma no momento em que o bem é retirado da esfera de disponibilidade da vítima, mesmo que haja, logo em seguida à subtração, a prisão em flagrante do furtador, de tal maneira que, mesmo quando incidente, em tese, o privilégio (CP, art. 155, §2.º), o fato não constitui infração de menor potencial ofensivo.

**ENUNCIADO 38- EXECUÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL**

A atribuição para oficiar na execução penal de penas restritivas de direitos e de multa impostas pelo Juizado Especial Criminal é do Promotor de Justiça oficiante neste Órgão, pois este é o competente para tais execuções penais (Súmula 81 do TJSP).

Súmula 81 do TJSP: Compete ao Juízo do Juizado Especial Criminal executar seus julgados apenas quando a pena aplicada é de multa ou restritiva de direitos, sendo irrelevante o fato de o réu estar preso em razão de outro processo.

**ENUNCIADO 39- MEDIDA ANTERIOR À PROPOSITURA DE AÇÃO PENAL E ATRIBUIÇÃO PARA FUNCIONAR NO INQUÉRITO POLICIAL**

A circunstância de ter o Promotor de Justiça funcionado em autos de medida anterior à propositura da ação penal faz com que ele tenha atribuição para funcionar no inquérito policial correlato àquela medida, salvo quando a divisão de atribuições da Promotoria de Justiça dispuser de forma diversa, quando o inquérito policial for distribuído a outro Juízo, perante o qual aquele Promotor de Justiça não tenha atribuição, ou quando a manifestação em medida cautelar houver sido exarada em plantão judiciário ou em acumulação ou auxílio em cargo distinto.

**ENUNCIADO 40- FORO COMPETENTE NO CRIME DE ESTELIONATO**

No crime de estelionato, segundo atual diretriz do Superior Tribunal de Justiça, a competência se define pelo lugar e momento da obtenção da vantagem indevida, onde se considera consumado o delito (STJ, CC 161.881/CE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 3.ª SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe de 25/03/2019; CC 162.076/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 3.ª SEÇÃO, julgado em

## Boletim Criminal **Comentado** n° 070 – outubro 2019

13/03/2019, DJe 25/03/2019; CC 167.025/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, 3.<sup>a</sup> SEÇÃO, julgado em 14/08/2019, DJe 28/08/2019). Admite-se, contudo, em situações excepcionais, a relativização desse critério, se as circunstâncias do caso concreto revelarem que a colheita da prova será mais viável e adequada em foro diverso daquele em que o agente obteve a vantagem indevida.

### **ENUNCIADO 41- GAECO E PROMOTOR NATURAL**

**Nos termos do Ato Normativo n.º 1.047/17 (GAECO), confere-se preponderância à atuação do Promotor Natural em detrimento do Grupo, o qual deverá officiar:** a) nos procedimentos investigatórios criminais por ele instaurados, nos inquéritos policiais por ele requisitados e nas subsequentes ações penais, até decisão final, mediante atuação integrada com o Promotor de Justiça Natural; b) nas representações por ele recebidas, nas peças de informações a ele endereçadas e nas notícias de fato autuadas até a deliberação pela eventual instauração de procedimento investigatório criminal ou requisição de inquérito policial; c) quanto a inquéritos policiais em curso, não requisitados pelo Grupo, sua intervenção somente ocorrerá quando esta se revelar útil ou conveniente a critério de seus integrantes.

### **ENUNCIADO 42- CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR**

A Lei nº 13.491/17 ampliou a competência da Justiça Militar e alcança os crimes militares por extensão, ou seja, aqueles que, embora não previstos no Código Penal Militar, mas no Código Penal ou em leis esparsas, sempre que praticados por policiais militares em serviço ou em local sujeito à Administração Militar, ressalvado que o crime de homicídio praticado por policial militar contra civil compete ao Tribunal do Júri.

### **ENUNCIADO 43- COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – AFASTADA EM CONCURSO DE CRIMES QUANDO AS PENAS MÁXIMAS ABSTRATAMENTE COMINADAS SUPERAM DOIS ANOS E QUANDO INCIDE CAUSA DE AUMENTO DE PENA**

A competência do Juizado Especial Criminal é afastada quando há concurso de crimes e a somatória das penas máximas abstratamente previstas para cada infração penal supera o limite de dois anos. Também é afastada quando há incidência de causa de aumento de pena que faz com que a pena máxima prevista para a infração penal supere dois anos.



**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Violência doméstica. Lesão corporal leve. Representação. Retratação no cartório da Vara. Irrelevância. Art. 16 da Lei n. 11.340/2006. Audiência específica. Necessidade.**

**INFORMATIVO 656 DO STJ -QUINTA TURMA**

Não atende ao disposto no art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da suposta ofendida ocorrida em cartório de Vara, sem a designação de audiência específica necessária para a confirmação do ato.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

A Lei Maria da Penha disciplina procedimento próprio para que a vítima possa eventualmente se retratar de representação já apresentada. Dispõe o art. 16 da Lei n. 11.340/2006 que, "só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade" (HC 371.470/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016). Dessarte, considerando que, no caso em apreço, a retratação da suposta ofendida com relação ao art. 129, § 9º, do Código Penal (lesão corporal de natureza leve praticada com violência doméstica) ocorreu somente no cartório da Vara, sem a designação de audiência específica necessária para a confirmação do ato ilegal, deve ser cassada a decisão que rejeitou a denúncia com base unicamente na retratação.

PROCESSO: HC 138.143-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 03/09/2019, DJe 10/9/2019.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A decisão em comento causa espécie. É que o crime, em tese cometido, foi o de lesão corporal de natureza leve no ambiente doméstico e familiar (art. 129, §9º., do CP). A sua persecução criminal não depende de pedido-autorização da vítima, pois inaplicável a Lei 9.099/95.

O STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 4424), pacificou a questão, reconhecendo que o art. 41 da Lei 11.340/06 (que proíbe a aplicação da Lei 9.099/95) não viola a Carta Maior. Decidiu que a ação penal nos crimes de lesão corporal dolosa (mesmo que de natureza leve) cometido contra a mulher no ambiente doméstico e familiar é pública incondicionada. Na mesma esteira, o STJ editou a súmula 542:

“A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”.

## Boletim Criminal **Comentado** n° 070 – outubro 2019

Dentro desse espírito, mesmo que exista (dispensável) representação, sua retratação não opera qualquer efeito.

### **2- Tema: Falta de perícia em área com vestígios de degradação leva à absolvição de acusado de crime ambiental**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Em razão da falta de perícia técnica ou de justificativa para não a realizar em área com vestígios de degradação ambiental, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) absolveu um réu condenado a dois anos de detenção, em regime aberto, pela prática dos crimes ambientais previstos nos artigos 38 e 38-A da Lei 9.605/1998.

"O delito deixou vestígios (imagens do local, laudo de verificação de denúncia, auto de infração do IAP), sendo possível a realização do exame direto. E não foram apresentadas justificativas idôneas para a não realização do exame pericial, impondo-se a absolvição do acusado diante da ausência de prova acerca da materialidade delitiva", afirmou o relator do recurso, ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

De acordo com o artigo 38 da Lei 9.605/1998, é crime destruir ou danificar floresta de preservação permanente – mesmo que em formação –, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção. Já o artigo 38-A prevê como delito destruir ou danificar vegetação primária ou secundária – em estágio avançado ou médio de regeneração – do bioma Mata Atlântica.

No caso dos autos, o réu teria destruído região de floresta considerada de preservação permanente, parte dela localizada dentro da Mata Atlântica. A devastação teria ocorrido em cerca de quatro hectares de uma propriedade particular, onde haveria, inclusive, uma nascente.

#### Tema complexo

Com base nos artigos 38 e 38-A da Lei 9.605/1998, o juiz de primeiro grau fixou a pena em dois anos de detenção, em regime aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e suspensão condicional da pena. A sentença foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Paraná.

O ministro Reynaldo Soares da Fonseca destacou que, de acordo com o texto dos artigos da Lei 9.605/1998 utilizados para fundamentar a condenação, "o tema é complexo, não facilmente identificável por leigos, sendo imprescindível a realização de perícia", na medida em que não é qualquer supressão ou destruição de mata que caracteriza os crimes previstos naqueles dispositivos.

#### Exame direto

## Boletim Criminal **Comentado** n° 070 – outubro 2019

O ministro ressaltou que o TJPR, ao manter a condenação, considerou o laudo pericial dispensável quando o auto de infração, elaborado por autoridade competente para apurar a infração ambiental, atesta a ocorrência do delito.

Entretanto, Reynaldo Soares da Fonseca ponderou que, nos casos em que a infração deixa vestígio, o artigo 158 do Código de Processo Penal estabelece a necessidade do exame de corpo de delito direto. Por outro lado, nos termos do artigo 167 do CPP, não sendo possível o exame de corpo de delito quando desaparecem os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir o atestado pericial.

O relator também trouxe precedentes da Terceira Seção do STJ no sentido de que, havendo vestígios do crime, a elaboração de perícia é imprescindível.

"Somente será possível a substituição de exame pericial por outros meios probatórios, na forma indireta, para fins de comprovação da materialidade dos crimes ambientais de natureza material – no caso, o artigo 38 da Lei 9.605/1998 –, quando a infração não deixar vestígios ou quando o lugar dos fatos tenha se tornado impróprio à análise pelos experts, circunstâncias excepcionais que não se enquadram na hipótese sub judice", concluiu o ministro ao decidir pela absolvição.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): AREsp 1571857.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A perícia direta será realizada quando os vestígios materiais estiverem presentes, admitindo-se, excepcionalmente, quando aqueles desaparecerem, o exame indireto, feito por meio de informes, dados ou elementos fornecidos por terceiros (art. 167 do CPP).

No caso em comento, embora o local onde ocorreu o dano ambiental estivesse preservado, não foi realizada perícia direta, tendo-se procedido a auto de verificação de dano indireto com base em outros elementos existentes no inquérito policial.

Assim, inexistindo laudo direto afirmando o grau da supressão ou destruição de mata, tampouco havendo justificativas acerca de eventual impossibilidade de sua elaboração, *constatou-se a ineficácia dos demais elementos de prova para a caracterização da materialidade do delito.*

Em resumo, tratando-se de delito ambiental, inserido entre os que deixam vestígios, apenas poderia ter sido comprovada a materialidade do crime por meio de exame pericial, já que os vestígios não haviam desaparecido.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Roubo e extorsão- Concurso Material - Exigência da entrega de cartões bancários com as senhas e apoderamento de demais bens**

**STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.827.183 - SP**

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO E EXTORSÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DOS ARTS. 157, § 2º, E 158, CAPUT C/C O § 1º, AMBOS DO CP. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL. PROCEDÊNCIA. EXIGÊNCIA DA ENTREGA DE CARTÕES BANCÁRIOS COM AS RESPECTIVAS SENHAS E APODERAMENTO DE DEMAIS BENS. CONDUTAS DIVERSAS. DELITOS AUTÔNOMOS. INCABÍVEL O RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. PRECEDENTES DO STJ. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA CONSTANTE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE.

Recurso especial provido nos termos do dispositivo.

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

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.

Apresenta os seguintes requisitos: **a)** pluralidade de condutas; **b)** pluralidade de crimes da mesma espécie; **c)** elo de continuidade.

O crime continuado 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, parece pacificado nos Tribunais Superiores que crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo tipo penal, protegendo igual bem jurídico.

No caso do roubo (art. 157 do CP) e da extorsão (art. 158 do CP), em que pese protegerem o mesmo bem jurídico, não estão previstos no mesmo tipo, sendo inviável, ainda que por ficção jurídica, falar-se num só crime. Deve prevalecer o sistema do cúmulo material (art. 69 do CP).

**2- Tema: Para Sexta Turma do STJ, prazo de prescrição não é suspenso durante o cumprimento de transação penal**

## Boletim Criminal Comentado nº 070 – outubro 2019

### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Durante o tempo transcorrido para o cumprimento das condições impostas em acordo de transação penal (artigo 76 da Lei 9.099/1995) não há, por falta de previsão legal, a suspensão do curso do prazo prescricional.

A tese foi fixada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao dar provimento a recurso em habeas corpus para reconhecer a prescrição e declarar a extinção da punibilidade em um caso de lesão corporal no trânsito.

Segundo o processo, o acusado bateu o carro e causou graves lesões na passageira que estava ao seu lado. Fugiu sem prestar socorro e, em seguida, retornou à Argentina, onde estudava, sem dar esclarecimentos à polícia nem o devido auxílio à vítima.

Foi celebrado acordo de transação penal, consistente no pagamento de R\$ 150 mil à vítima da lesão corporal, em 60 parcelas mensais. O acordo, porém, deixou de ser cumprido – o que levou o Ministério Público a pedir a instauração da ação penal. A defesa alegou que já teria ocorrido a prescrição da pretensão punitiva e pediu o trancamento da ação.

O Tribunal de Justiça do Ceará negou o pedido sob o argumento de que não se pode falar em prescrição durante período de prova e sem o cumprimento total da transação penal oferecida pelo Ministério Público.

No recurso em habeas corpus apresentado ao STJ, o recorrente alegou constrangimento ilegal por estar sendo indevidamente processado com base em pretensão punitiva já prescrita. Disse que já tinham transcorrido 12 anos desde o acidente e que não havia causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, motivo pelo qual pediu o trancamento da ação penal.

#### Sem previsão

Segundo o relator do recurso, ministro Antonio Saldanha Palheiro, a orientação jurisprudencial do STJ considera que as causas suspensivas da prescrição exigem expressa previsão legal.

O ministro explicou que, embora a transação penal implique o cumprimento de uma pena restritiva de direitos ou multa pelo acusado, não se pode falar em condenação, muito menos em período de prova, enquanto durar o cumprimento da medida imposta, razão pela qual não se revela adequada a aplicação do artigo 117, V, do Código Penal.

"A interrupção do curso da prescrição prevista no referido dispositivo legal deve ocorrer somente em relação às condenações impostas após o transcurso do processo, e não para os casos de transação penal, que justamente impede a sua instauração", afirmou.

## Boletim Criminal Comentado nº 070 – outubro 2019

Antonio Saldanha Palheiro destacou ainda que o regramento da transação penal prevê apenas que a aceitação da proposta não gera o efeito da reincidência, bem como impede a utilização do benefício novamente em um prazo de cinco anos.

Ele observou que, como disposto na Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal, se o acordo for descumprido, o Ministério Público poderá oferecer a denúncia, momento em que se dará início à persecução penal em juízo.

"Não há previsão legal de que, celebrado o acordo, e enquanto não cumprida integralmente a avença, ficará suspenso o curso do prazo prescricional", esclareceu.

### Princípio da legalidade

De acordo com o relator, ao tratar de um instituto diverso, a suspensão condicional do processo, a Lei 9.099/1995 previu de forma expressa, diferentemente da transação penal, que não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão. Semelhante previsão – destacou – consta do artigo 366 do Código de Processo Penal, que, ao cuidar da suspensão do processo, impõe, conjuntamente, a suspensão do curso do prazo prescricional.

"Assim, a permissão de suspensão do curso do prazo prescricional sem a existência de determinação legal consubstancia flagrante violação ao princípio da legalidade", concluiu.

Como, no caso analisado, o prazo prescricional é de oito anos, e entre a data do fato e a denúncia passaram-se mais de dez anos, a turma acompanhou o voto do relator e, de forma unânime, reconheceu a prescrição da pretensão punitiva.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): RHC 80148.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Cometido um crime de menor potencial ofensivo, isto é, cuja pena máxima não seja superior a dois anos, o art. 76 da Lei 9.099/95 permite ao Ministério Público a proposição de transação penal, desde que: **a)** o agente não tenha sido definitivamente condenado, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade; **b)** nem tenha sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação penal; **c)** indiquem 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.

A transação penal é medida despenalizadora que evita a deflagração da ação penal por meio do cumprimento de obrigações normalmente correspondentes a penas restritivas de direitos ou multa. Uma vez oferecida a proposta, designa-se audiência para que o agente tome ciência de seu conteúdo e se manifeste sobre se concorda em se submeter à medida indicada. Caso concorde, aguarda-se o

## Boletim Criminal Comentado nº 070 – outubro 2019

tempo necessário para o cumprimento da medida, que, a depender do caso, pode ser executada ao longo de meses.

Mas, ao contrário do que faz na suspensão condicional do processo (art. 89, § 6º), a Lei 9.099/95 não dispõe sobre a suspensão do prazo prescricional enquanto o agente cumpre a medida alternativa a que se obrigou na transação. Em razão da falta de previsão legal, e por se tratar de medida que prejudica o autor do crime, o STJ deu provimento a recurso em habeas corpus para afastar a possibilidade de suspensão do prazo e reconhecer a extinção da punibilidade.

No caso julgado, o agente havia provocado culposamente um acidente de trânsito do qual decorreram lesões corporais graves em uma pessoa. A transação penal consistiu no pagamento de R\$ 150.000,00 em sessenta prestações mensais, que não foram integralmente pagas, o que levou o Ministério Público a oferecer denúncia.

A defesa alegou que o prazo prescricional havia transcorrido integralmente, mas o Tribunal de Justiça local decidiu que não se poderia cogitar a prescrição durante o período em que o agente deveria cumprir a transação penal. Manteve, assim, a decisão de primeira instância:

“Em que pese o requerimento ministerial no sentido de que seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva após o decurso de oito anos contados da data do fato, cumpre reconhecer que indiciado se encontra em período de prova, e, portanto, em fase de cumprimento da pena alternativa imposta, cujo cumprimento efetivo e integral se constitui como causa extintiva da punibilidade do autor.

(...)

Proposta a transação penal pelo titular da ação penal, não há que se falar em inércia, mas na adoção de providência prevista em lei e cuja propositura se atribui de modo exclusivo ao Ministério Público, que, observados os requisitos autorizadores, poderá utilizar-se desse instituto – idealizado como alternativa menos gravosa ao oferecimento da denúncia – nos casos de infrações reconhecidas como sendo de menor potencial ofensivo.

Desse modo, admitir a consolidação do fenômeno prescricional durante o período de prova implicaria em injustificável esvaziamento da proposta de transação penal, tornando-a ineficiente, além de frustrar as justas expectativas de reparação da vítima.

Irrazoável que um instituto, no qual o autor da infração submete-se voluntariamente ao cumprimento de pena alternativa, ainda que de modo antecipado, como forma de evitar os constrangimentos decorrentes do ajuizamento de uma ação penal, tenha os seus efeitos exauridos por força de prescrição, no exato momento em que o agente é obrigado a suportar um ônus a ele imposto como condição suspensiva de um gravame ainda maior”.

## Boletim Criminal Comentado nº 070 – outubro 2019

O STJ, contudo, refutou a tese, pois a Lei 9.099/95 não dispõe a respeito da suspensão do prazo prescricional em decorrência da aceitação da transação penal. Admitir a suspensão, portanto, caracteriza ofensa ao princípio da legalidade:

“Vale destacar que o regramento do referido instituto despenalizador prevê somente que a aceitação da proposta não gerará o efeito da reincidência, bem como impedirá a utilização do benefício novamente em um prazo de 5 anos (art. 76, § 4º, da Lei n. 9.099/1995).

Além disso, de acordo com o disposto na Súmula Vinculante n. 35 do Supremo Tribunal Federal, descumprido o acordo, poderá o Ministério Público oferecer a denúncia, momento em que se dará início à persecução penal em juízo.

Portanto, não há previsão legal de que, celebrado o acordo, e enquanto não cumprida integralmente a avença, ficará suspenso o curso do prazo prescricional.

Impende rememorar, nesse sentido, que, “em observância ao princípio da legalidade, as causas suspensivas da prescrição demandam expressa previsão legal” (AgRg no REsp n. 1.371.909/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2018, DJe de 3/9/2018).

Cabe destacar que a Lei n. 9.099/1995, ao tratar da suspensão condicional do processo, instituto diverso, previu, expressamente, no art. 89, § 6º, que “não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo”. Assim, determinou, no caso específico do sursis processual, diferentemente da transação penal, que durante o seu cumprimento não correria o prazo prescricional.

Da mesma forma, semelhante previsão consta do art. 366 do Código de Processo Penal, que, ao cuidar da suspensão do processo, impõe, conjuntamente, a suspensão do curso do prazo prescricional.

Assim, a permissão de suspensão do curso do prazo prescricional sem a existência de determinação legal consubstancia flagrante violação ao princípio da legalidade”.



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 071

**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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

### AVISOS

No próximo dia 30 de outubro de 2019, às 10hs, no Auditório do Conselho Superior do MPSP, será realizado evento sobre **CIÊNCIA DE DADOS APLICADA ÀS COMPRAS PÚBLICAS E LAVAGEM DE DINHEIRO**. O Procurador-Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Smanio, fará a abertura dos debates. A presidência da mesa será ocupada pela Dra. Mylene Comploier, Diretora do CAEX. Os expositores serão Rafael Velasco, Consultor do Banco Mundial, e Danilo Carlotti, Professor do INSPER. Os debatedores serão Arthur Lemos Jr, Coordenador do CAOCRIM, Camila Moura, Promotora de Justiça de Carapicuíba, e Rodney Idankas, parceiro do MPSP no Tribunal de Contas do Estado. Trata-se de discussão coerente com a política criminal voltada a fiscalização da probidade administrativa, combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Na mesma data, dia 30 de outubro de 2019, em Recife, o Assessor do CAOCRIM e Promotor de Justiça de Campinas, Dr. Rogério Sanches Cunha, levará os estudos desenvolvidos no MPSP sobre a nova Lei de Abuso de Autoridade a todos os Juízes Criminais do Brasil. Ele participará do **FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS – FONAJUC** – [www.fonajuc.com.br](http://www.fonajuc.com.br).

### ESTUDOS DO CAOCRIM

---

#### 1-Tema: Art. 28 da Lei de Drogas e a “pena” de multa

O legislador, na Lei 11.343/06, optou pela política da despenalização moderada do crime de porte de drogas para uso próprio. Não prevê, para esse delito, sanção privativa de liberdade, mas somente advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida de comparecimento a programa ou curso educativo.

Ao cabo do devido processo legal, o juiz, dentre as sanções anunciadas, elegerá uma. Com exceção da advertência, as demais são aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses (§ 3º), podendo ser redobrado para 10 meses, em caso de reincidência (§ 4º). Aqui se percebe, claramente, a vedação da prisão, eis que, mesmo reincidente, poderá ser beneficiado com uma das penas previstas na lei, só que por prazo superior, de dez meses.

As penas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, dependendo, por exemplo, da quantidade de droga apreendida, das condições pessoais do condenado e demais circunstâncias que rodeiam o fato.

Na advertência, a ser feita exclusivamente pelo juiz sentenciante, o Magistrado esclarecerá ao agente sobre os efeitos nefastos do uso de drogas.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

Já a prestação de serviços à comunidade vem disciplinada no § 5º da lei. A lei não traz grande inovação quando comparada à prestação de serviços à comunidade prevista no art. 46 do Código Penal, seguindo, praticamente, o mesmo modelo. A diferença consiste no fato de que essa prestação de serviços deve ser realizada, preferencialmente, “em entidades que se ocupem da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas”.

Na medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, deverá o juiz indicar a periodicidade (datas e horário) às quais se submeterá o agente. Na eventualidade do juiz da condenação haver omitido a periodicidade de frequência a tal curso, cumprirá ao juiz da execução fazê-lo, na dicção do § 3º, do art. 86 da Lei de Execuções Penais, *in verbis*:

“Caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos”.

Caso descumpridas as sanções acima, o § 6º indica o caminho a ser seguido. O sentenciado deve ser admoestado (inc. I). Não se emendando - e somente depois da admoestação verbal (é o que se entende da expressão sucessivamente empregada pelo legislador) - caberá a aplicação de multa (inc. II). Trata-se de multa coercitiva, para obrigar ao cumprimento da sanção imposta na sentença.

Diante do exposto, não parece correto o pedido de multa como pena principal. Além de não prevista em lei, seu caráter no art. 28 é outro, qual seja, de “astreintes”, coercitiva, aplicada à parte que deixa de atender decisão judicial. O instituto serve para coibir o adiamento indefinido do cumprimento de obrigação imposta pelo Poder Judiciário. Nesse sentido:

### **TJSP- Apelação nº 0096282- 91.2016.8.26.0050**

Apelação- Porte de droga para consumo pessoal- Sentença condenatória pelo art. 28, da Lei n. 11.343/06 – Recurso Defensivo com pleito de diminuição da pena de multa, e o não pagamento das custas processuais, aduzindo ser pessoa pobre, nos termos da lei. Materialidade e autoria comprovadas. Apreensão de sete gramas e quatro decigramas de 'maconha' réu que confirmou que o entorpecente apreendido destinava-se ao consumo pessoal. Depoimentos dos Policiais Militares esclarecendo as circunstâncias da prisão em flagrante do réu e da apreensão das drogas. Delito consumado. Trata-se de crime de perigo abstrato e de mera conduta, não se exigindo para a configuração do tipo penal, a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Condenação que se mantém. Dosimetria-pena de advertência mantida. Em caso de necessidade, manutenção das sanções alternativas a serem aplicadas sucessivamente, tão somente em caso de recusa injustificada ao cumprimento da medida educativa. Pleito de isenção de custas que não pode ser acolhido. Ainda que eventualmente fosse cabível a isenção, ela somente poderá ser concedida na fase de execução, eis

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

que nela é que se aferirá a real situação financeira do condenado. Sentença mantida. Recurso improvido.

Essa questão foi enfrentada pelo colega **Florindo Campanella**, 3º. PJ do JECRIM da Capital, que disponibilizou sua manifestação no Colégio recursal ([clique aqui](#)).

**2-Tema: Inovação legislativa - Lei nº 13.886, de 17.10.2019** - Altera as Leis n os 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 10.826, de 22 de dezembro de 2003, 11.343, de 23 de agosto de 2006, 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), 8.745, de 9 de dezembro de 1993, e 13.756, de 12 de dezembro de 2018, para acelerar a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas. O CAOCRIM tem o contato de empresas especializadas na administração de bens sequestrados e cadastradas como leiloeiras oficiais, o que pode auxiliar os colegas em casos concretos. Clique [aqui](#) para ter acesso a Lei.

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Lavagem de dinheiro. Denúncia. Condutas praticadas antes da Lei n. 12.683/2012. Crime antecedente. Descrição exaustiva e pormenorizada. Desnecessidade. Lastro probatório mínimo. Aptidão.**

#### **INFORMATIVO 657 DO STJ- CORTE ESPECIAL**

A aptidão da denúncia relativa ao crime de lavagem de dinheiro não exige uma descrição exaustiva e pormenorizada do suposto crime prévio, bastando, com relação às condutas praticadas antes da Lei n. 12.683/2012, a presença de indícios suficientes de que o objeto material da lavagem seja proveniente, direta ou indiretamente, de uma daquelas infrações penais mencionadas nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/1998.

#### **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Previamente às modificações realizadas pela Lei n. 12.683/2012, a imputação do crime de lavagem de dinheiro exigia que a denúncia apontasse a suposta prática de um dos crimes antecedentes previstos expressamente nos incisos do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, pois, até então, a adequação típica de uma determinada conduta ao crime de lavagem exigia que os bens, direitos ou valores tivessem sido provenientes, direta ou indiretamente, de uma daquelas infrações penais enumeradas no rol do citado dispositivo legal. Segundo a jurisprudência desta Corte, "tendo o crime sido praticado

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

antes da alteração legislativa (Lei 12.683/2012), a denúncia [deve ter] o cuidado de imputar ao paciente a conduta conforme previsão legal à época dos fatos" (HC 276.245/MG, Quinta Turma, DJe 20/6/2017). O STF adota o posicionamento de que "o processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas" (STF, HC 93.368/PR, Primeira Turma, DJe de 25/8/2011). Desse modo, a inicial deve ser considerada apta se contiver narrativa que demonstre, de modo indiciário, a probabilidade da prática do crime antecedente e as condutas relacionadas ao suposto branqueamento de bens, direitos e valores que provavelmente seriam proveitos desse anterior crime previsto no rol do art. 1º da Lei n. 9.613/1998, permitindo a efetiva defesa do acusado.

PROCESSO: APn 923-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, por unanimidade, julgado em 23/9/2019, DJe 26/9/2019.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Não é exigível, para o início da investigação, processamento e, até mesmo, condenação pela prática da lavagem de dinheiro, que tenha sido ajuizada ação penal ou obtida condenação judicial em relação à infração penal antecedente. Na verdade, a lavagem de dinheiro perdurará mesmo que desconhecido o autor da infração antecedente ou isento seu autor de pena. Como parte integrante do aspecto subjetivo do delito de lavagem de dinheiro, torna-se necessária a demonstração de que o agente praticou a conduta típica munido de consciência e vontade, tendo plena ciência acerca da procedência ilícita dos bens objetos da lavagem.

Portanto, o que se faz necessário é a regular demonstração, quando da imputação da prática da lavagem, que o recurso financeiro, objeto de suas manobras, era de origem ilícita.

Diante desse quadro, a denúncia deve descrever os fatos que se amoldam ao tipo penal de lavagem de dinheiro, incluindo a narrativa relativa aos crimes antecedentes, de forma a demonstrar a presença de indícios robustos quanto à ilicitude dos recursos que objetos das operações de lavagem.

A jurisprudência pátria tem sido pacífica no sentido de que não se considera inepta denúncia que apresenta descrição detalhada dos atos de lavagem e informações suficientes quanto aos indícios da prática do crime antecedente. Nesse sentido temos diversos julgados do STF, merecendo registro a ementa de acórdão abaixo transcrito, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki:

*PENAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DOS DEFENSORES PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º, VI, DA LEI 9.613/1998 (REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.683/2012). EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE MÉRITO QUE DEVEM SER DECIDIDAS PELO JUIZ NATURAL DA CAUSA. 1. Por não depender de pauta,*

a jurisprudência desta Corte tem acolhido a tese de que somente haverá nulidade do julgamento de habeas corpus, por ausência de comunicação prévia, quando a defesa requerer que seja cientificada da data do julgamento. Assim, ausente requerimento de sustentação oral, não há falar em cerceamento de defesa. Precedentes. 2. **A denúncia descreve de forma individualizada e objetiva as condutas atribuídas ao recorrente, adequando-as, em tese, ao tipo de lavagem de dinheiro (art. 1º, VI, da Lei nº 9.613/96), na medida em que expõe a suposta utilização de subterfúgio autônomo com o objetivo de conferir aparência lícita a valores, em tese, provenientes de crime. Assim, por não se cuidar de mera utilização do produto do delito dito ‘antecedente’, as ações descritas possuem relevo para a esfera penal e, portanto, não cabe a esta Corte suprimir do Ministério Público a produção de prova dirigida à demonstração de suas alegações.** 3. Ademais, não há como avançar nas alegações postas no recurso sobre a licitude do recebimento dos valores ou a veracidade das acusações, pretensões, aliás, que demandariam o revolvimento de fatos e provas. Caberá ao juízo natural da causa, com observância ao princípio do contraditório, proceder ao exame dos elementos de prova colhidos e conferir a definição jurídica adequada para o caso. 4. Recurso ordinário improvido (RHC 124313, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, j. 10/3/2015, Proc. Eletrônico DJe-090, divulg. 14-5-2015, p. 15-5-2015).

No mesmo sentido do julgado acima, quando da apreciação de habeas corpus levada a julgamento na 1ª Turma do STF, o eminente Ministro Luiz Fux reafirma a independência da lavagem de dinheiro em relação à infração penal antecedente, ressaltando a desnecessidade de juízo de certeza em relação a esta quando do recebimento da exordial acusatória, *in verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. LEI Nº 7.492/86, ARTS. 4º, 16 E 22, PARÁGRAFO ÚNICO. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98, ART. 1º, VI E VII C/C ARTIGO 1º, § 1º, II C/C ARTIGO 1º, § 2º, II C/C ARTIGO 1º, § 4º. CONEXÃO HÁBIL A FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO PREVENTO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO VERIFICADA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA QUE PREJUDICA A ANÁLISE DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. COMPATIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DOS ARTIGOS 4º E 16 DA LEI 7.492/86. INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. (...) 4. **A denúncia que descreve minuciosamente fatos que se subsumem ao disposto no art. 1º, VI, da Lei 9.613/98, qual seja, o crime contra o sistema financeiro nacional, não é inepta, porquanto traz a narrativa dos crimes antecedentes. Para a instauração da ação penal ou para o ato de recebimento da denúncia, não se faz necessária a certeza quanto aos crimes antecedentes.** 5. **O processo e julgamento do crime de lavagem de dinheiro é regido pelo Princípio da Autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considerada apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas.** 6. **A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independente da existência de processo pelo crime antecedente.** 7. **É o que dispõe o artigo 2º, II, e § 1º, da Lei nº 9.613/98: “O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei: II - independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país; § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta**



*Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.” 8. A doutrina do tema assenta: “Da própria redação do dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem. (...) Na verdade, a palavra ‘indício’ usada na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato, ou seja, no momento do recebimento da denúncia, é necessário um início de prova que indique a probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes antecedentes. Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa ao crime antecedente, que pode inclusive sequer ser objeto desse processo (art. 2º, II, da Lei 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual arguição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento da ação penal por meio de habeas corpus. (...) De se ver que, no momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente” (in Luiz Flávio Gomes - Legislação Criminal Especial, Coordenador Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, Lavagem ou Ocultação de Bens – Renato Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 588/590). (HC 93368, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 9/8/2011, DJe-163, divulg. 24-8-2011, p. 25-8-2011, Vol. 2573-01, pp. 30).*

Aliás, a jurisprudência do STF, de maneira coerente com os princípios que regem a lavagem de dinheiro, tem decidido, quanto à imputação do tipo penal em questão, ser aceitável a demonstração dos indícios de crime antecedente que vem sendo processado em feito diverso da lavagem, não sendo estritamente necessária a reunião de processos em tal caso. Nesse sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. 1. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. ARGUMENTO DISTINTO DAQUELES APRESENTADOS NA INSTÂNCIA ANTECEDENTE: IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. ALEGAÇÃO DE IMPEDIMENTO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO PARA O JULGAMENTO DO SEGUNDO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO RECORRENTE: IMPROCEDÊNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DENEGADO. 1. Se não foi submetida à instância antecedente a alegação de ofensa ao princípio do juiz natural, não cabe ao Supremo Tribunal Federal dela conhecer originariamente, sob pena de supressão de instância. Precedentes. 2. O art. 252, inc. III, do Código de Processo Penal não preceitua qualquer ilegalidade em razão dos julgadores terem exercido a jurisdição na mesma instância, notadamente quando os recursos de apelação foram interpostos pela defesa contra sentenças penais proferidas em processos-crime distintos. 3. A jurisprudência deste Supremo Tribunal assentou a impossibilidade de criação pela via da interpretação de causas de impedimento. Precedentes. 4. **A Lei n. 9.613/98 estabelece expressamente a independência de processamento e julgamento dos crimes antecedentes em relação ao crime de lavagem de dinheiro.** 5. **A identificação do crime antecedente em processo diverso não impede o exercício da jurisdição no processo que trata do crime de lavagem de dinheiro.** 6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado” (RHC 105791, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-1-2013 PUBLIC 1-2-2013).

**2-Tema: Habeas Corpus. Prejudicado. Superveniência de acordo de transação penal**

**INFORMATIVO 657 DO STJ - SEXTA TURMA**

A concessão do benefício da transação penal impede a impetração de habeas corpus em que se busca o trancamento da ação penal (PROCESSO:HC 495.148-DF, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por maioria, julgado em 24/9/2019, DJe 3/10/2019).

A defesa impetrou, perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, habeas corpus, no qual aduziu a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa para a ação penal. Nesse interregno, sobreveio alteração da capitulação legal dos fatos narrados e, por conseguinte, a formulação de proposta de transação penal, que foi aceita pela defesa, razão pela qual o referido writ foi julgado prejudicado de forma monocrática.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, prevê a possibilidade de o autor da infração penal celebrar acordo com o Ministério Público (ou querelante), mediante a imposição de medida restritiva de direitos ou multa, obstando, assim, o oferecimento da denúncia (ou queixa).

Trata-se de instituto cuja aplicação, por natureza e como regra, ocorre na fase pré-processual. Por conseguinte, visa impedir a instauração da *persecutio criminis in iudicio*. E é por esse motivo que não se revela viável, após a celebração do acordo, pretender discutir em ação autônoma a existência de justa causa para ação penal. Como alertado, não há ação penal instaurada que se possa trancar.

Observou o STJ, ainda, que a impossibilidade de impetração de habeas corpus neste caso não significa violação à garantia constitucional insculpida no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal. Tal entendimento decorre da constatação de que, por acordo das partes, em hipótese de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, deixou-se de formular acusação contra o autor dos fatos, possibilitando a solução da “quaestio” em fase pré-processual, de forma consensual. Portanto, seria incompatível e contraditório com o instituto da transação permitir que se impugne em juízo a justa causa de ação penal que, a bem da verdade, não foi deflagrada.

**3 - Tema: Violência doméstica e familiar contra a mulher. Dano moral *in re ipsa*. Valor mínimo para a reparação civil. Art. 387, IV, do CPP. Posterior reconciliação. Irrelevância. Execução do título. Opção da vítima.**

**INFORMATIVO 657 DO STJ - SEXTA TURMA**



A reconciliação entre a vítima e o agressor, no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, não é fundamento suficiente para afastar a necessidade de fixação do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.

A Corte Cidadã, com fundamento nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8º), tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica na censura à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher.

“A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada,

passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa – sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o ‘onus probandi’ é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados (STJ, Terceira Seção, REsp 1643051/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 28/2/2018).

Pois bem. No julgado em comento, decidiu a mesma Corte que a posterior reconciliação entre a vítima e o agressor não é fundamento suficiente para afastar a necessidade de fixação do valor mínimo previsto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, seja porque não há previsão legal nesse sentido, seja porque compete à própria vítima decidir se irá promover a execução ou não do título executivo, sendo vedado ao Poder Judiciário omitir-se na aplicação da legislação processual penal que determina a fixação de valor mínimo em favor da vítima.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Associação para o tráfico- Livramento condicional**

**STJ- AgRg no HC 499.706/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/6/2019, DJe 27/6/2019**

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIME NÃO CONSIDERADO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. CUMPRIMENTO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990.

2. No entanto, a despeito de o crime de associação para o tráfico não ser considerado hediondo no que se refere à concessão do livramento condicional, deve-se, em razão do princípio da especialidade, observar a regra estabelecida pelo art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006, ou seja, exigir o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

**STJ- RECURSO ESPECIAL Nº 1.817.819 - SP**

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PLEITO MINISTERIAL. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CRIME DO ART. 34 DA LEI N. 11.343/2006. LAPSO PARA OBTENÇÃO DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. 2/3. CONDIÇÃO OBJETIVA. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 11.343/2006. SUMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Há quem sustente que o delito de associação para o tráfico (art. 35) é também equiparado a hediondo, sofrendo todos os consectários da Lei 8.072/90. A maioria, contudo, discorda. A CF/88 etiquetou, num rol taxativo, os crimes equiparados a hediondo, quais sejam, tortura, terrorismo e o tráfico ilícito de drogas e substâncias afins. Exclui-se, portanto, o delito de associação:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

“A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o crime de associação para o tráfico de entorpecentes (art. 35 da Lei n. 11.343/2006) não figura no rol de delitos hediondos ou a eles equiparados, tendo em vista que não se encontra expressamente previsto no rol taxativo do art. 2º da Lei n. 8.072/1990” (HC 429.672/SP, DJe 27/8/2018).

Apesar de excluído do rol dos crimes de máxima potencialidade lesiva, por força da atual Lei 11.343/06, este crime passou a ser inafiançável e insuscetível de sursis, graça, indulto e anistia (art. 44, caput).

No que tange ao livramento condicional para o condenado pela prática da associação para o tráfico, o STJ tem sido provocado a decidir a respeito da fração de cumprimento da pena a ser cumprida. Argumenta-se que, não se tratando de crime equiparado a hediondo, a regra aplicável deve ser a do Código Penal, isto é, cumprimento de mais de um terço da pena, caso o agente não seja reincidente em crime doloso e tenha bons antecedentes, ou mais de metade, se for reincidente em crime doloso.

O tribunal, no entanto, refuta a tese sob o fundamento de que o livramento condicional nos crimes relativos a drogas é disciplinado inteiramente pelo parágrafo único do art. 44, que estabelece o cumprimento de ao menos dois terços da pena, ainda que o agente não seja reincidente e não se trate de delito equiparado a hediondo.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor.

**2-Tema: Crime de assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura. Art. 359-C do Código Penal. Delito próprio. Sujeito ativo. Agente público titular de mandato ou legislatura.**

### **INFORMATIVO 657 DO STJ -QUINTA TURMA**

O delito do art. 359-C do Código Penal é próprio ou especial, só podendo ser cometido por agentes públicos titulares de mandato ou legislatura.

#### **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Registre-se, inicialmente, que não é cabível a tese de que o crime de assunção de obrigação admite como autor outros funcionários públicos que tenham poder de disposição sobre os recursos financeiros da Administração Pública. De acordo com a doutrina, o crime é próprio ou especial porque somente pode ser cometido pelos agentes públicos titulares de mandato ou legislatura, representantes dos órgãos e entidades indicados no art. 20 da Lei Complementar n. 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal -, pois apenas tais pessoas têm atribuição para assunção de obrigações. Ademais, o crime é cometido pelos gestores nomeados para o exercício de mandato, quando gozam de autonomia administrativa e financeira, além de ser unissubjetivo, possuindo um único sujeito.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

PROCESSO: AREsp 1.415.425-AP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 359-C do CP, com igual redação da LRF, tipifica a conduta consistente em ordenar (determinar) ou autorizar (permitir) a assunção de obrigação:

**a)** nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro. Assim agindo, o agente inviabiliza ou dificulta a gestão futura (criminosa passagem de encargos e despesas já compromissadas). Ressalte-se que, se a dívida for assumida em momento anterior aos dois últimos quadrimestres do mandato, o fato será atípico, pois faltará o elemento temporal do tipo;

**b)** nos últimos oito meses do mandato, que resulte em parcela a ser paga no exercício seguinte, sem contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

De acordo com a doutrina, trata-se de crime próprio, praticado por detentor de mandato (ainda que não eletivo), com poder de decisão administrativa sobre o ente público que representa. O tema foi explicado de forma impecável (com exemplos) nas lições de Cezar Roberto Bitencourt:

“Como todos os demais crimes deste novo capítulo do CP, trata-se de crime próprio, mas este é especialíssimo, na medida em que não basta ser funcionário público, mas deve ser titular de mandato (eletivo ou não), com poderes decisórios em nome da instituição ou Poder Público que representa. Assim, sujeitos ativos são o Presidente (da República, do Senado, da Câmara, de Assembleias Legislativas, de Câmaras de Vereadores, de Tribunais etc.), o Governador do Estado, os Procuradores-gerais de Justiça, da República, dos Estados, o Advogado-geral de União, o Defensor-geral da União, o Defensor-geral do Estado, do Município etc. (arts. 42 e 20, § 2º, da Lei Complementar 101/2000). Tratando-se de mandatos, sujeito ativo pode ser o eventual substituto legal.” (*Tratado de Direito Penal*, vol. 5, Saraiva, p. 474).

**3-Tema: Art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Delito considerado hediondo. Lei n. 8.072/1990 alterada pela Lei n. 13.497/2017. Alteração legislativa que abrange o caput e o parágrafo único.**

### **INFORMATIVO 657 DO STJ - SEXTA TURMA**

A qualificação de hediondez aos crimes do art. 16 da Lei n. 10.826/2003, inserida pela Lei n. 13.497/2017, abrange os tipos do caput e as condutas equiparadas previstas no seu parágrafo único.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:

O art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (Estatuto do desarmamento) prevê gravosas condutas de contato com "arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito", vindo seu parágrafo único a acrescer figuras equiparadas – em gravidade e resposta criminal. Dessa forma, ainda que algumas das condutas equiparadas possam ser praticadas com armas de uso permitido, o legislador as considerou graves ao ponto de torná-las com reprovação criminal equivalente às condutas do caput. No art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 13.497/2017, o legislador limitou-se a prever que o delito descrito no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 é considerado hediondo. Assim, como a equiparação é tratamento igual para todos os fins, considerando equivalente o dano social e equivalente também a necessária resposta penal, salvo ressalva expressa, ao ser qualificado como hediondo o art. 16 da Lei n. 10.826/2003, as condutas equiparadas devem receber igual tratamento.

Proc. HC 526.916-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 1/10/2019, DJe 8/10/2019.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Dentre os delitos tipificados na Lei 10.826/03, há 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, ainda, 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, detiver, 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;

## Boletim Criminal Comentado nº 071 – outubro 2019

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. Surge, 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 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 antes travada na doutrina e na jurisprudência a respeito da hediondez dos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Tratava-se, naquele caso, 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 daqueles delitos deveriam ser também incluídas entre os crimes hediondos.

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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 071 – outubro 2019

comércio ilegal e o tráfico internacional de armas de fogo, que lamentavelmente acabaram não sendo incluídos). 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, já havia decidido, recentemente, o STJ (HC 460.910 - PR 2018/0184654-0).



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 072

**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 - Lei 13.894/19: Altera a Lei Maria da Penha para dispor sobre assistência judiciária para divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável**

Entrou em vigor, em 30/10/2019, três alterações na Lei 11.340/06, todas relativas à assistência judiciária para o ajuizamento de ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável.

Uma delas diz respeito ao art. 9º, cujo § 2º passa a contar com o inciso III, segundo o qual o juiz deve assegurar à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica, o encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente.

Recordemos que o art. 9º da Lei 11.340/06 disciplina a assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Os mecanismos de assistência tripartem-se em: **(a)** assistência social (Lei 8.742/1993), com inclusão da ofendida no cadastro de programas assistenciais dos governos federal, estadual e municipal; **(b)** saúde, prestada por meio do Sistema Único de Saúde (Lei 8.080/90), compreendendo o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual; **(c)** segurança pública, garantindo à vítima proteção policial, bem como abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida, e, se necessário, acompanhamento da ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; **(d)** outros mecanismos e políticas públicas de proteção, inclusive emergencialmente quando for o caso.

A Lei 13.894/19 passa a estabelecer uma espécie de assistência jurídica que possibilite à vítima de violência doméstica e familiar adotar imediatamente as providências para se separar, dissolver ou anular o vínculo matrimonial ou dissolver a união estável. A intenção de possibilitar que a assistência seja imediata se extrai de outra modificação que a mesma lei impôs: dentre as providências que o juiz deve adotar no procedimento das medidas protetivas de urgência, segundo dispõe o art. 18 da Lei 11.340/06, está o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente (a menção expressa à finalidade da ação no inc. II do art. 18 foi incluída pela Lei 13.894/19).

A Lei 13.894/19 também altera a disciplina do atendimento pela autoridade policial, que passa a ser obrigada a informar a vítima acerca dos direitos de assistência judiciária para o eventual ajuizamento

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável (art. 11, inc. V, da Lei 11.340/06).

O propósito do legislador, com a nova Lei, não é outro senão evitar que a vítima seja obrigada a adotar providências adicionais para romper o vínculo pessoal com o agressor. Com o novo procedimento, a própria comunicação da violência, além de garantir as medidas protetivas necessárias para resguardar a integridade física e psicológica da vítima, pode dar ensejo às primeiras providências para a separação do casal, evitando que a mulher que sofreu a violência tenha de fazê-lo em procedimento apartado.

O projeto originalmente aprovado inseria na Lei 11.340/06 o art. 14-A, que estabelecia a opção de a ofendida ajuizar ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, excluindo-se qualquer pretensão relativa à partilha de bens. Mas o dispositivo foi vetado sob o argumento de que a complexidade de tais ações contraria a natureza dos Juizados:

“Os dispositivos propostos, ao permitirem e regularem a possibilidade da propositura de ação de divórcio ou de dissolução de união estável no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, guardam incompatibilidade com o objetivo desses Juizados, especialmente no que tange à ágil tramitação das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Portanto, a alteração proposta é contrária ao interesse público, pois compromete alguns dos princípios que regem a atuação desses juizados, tais como a celeridade, simplicidade, informalidade e economia processual, tendo em vista os inúmeros desdobramentos naturais às ações de Direito de Família.”

### **1-Tema: Apresentação tardia do rol de testemunhas**

É sabido que o Ministério Público deve arrolar suas testemunhas no ato da denúncia. A defesa, por sua vez, no ato da defesa escrita. Vejamos as consequências da apresentação da tardia na visão do STJ.

No caso do Ministério Público, a 5ª. T do Superior Tribunal de Justiça, valendo-se do novo Código de Processo Civil (art. 321), permitiu que, no processo penal, a acusação emende a inicial já ofertada – e recebida – para nela inserir o rol de testemunhas desde que antes da formação da relação processual. Nesse sentido: RHC n. 37-SC – Rel. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16.02.2016, DJe 22.02.2016.

Temos, contudo, decisões, mais antigas, em sentido contrário:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 072 – outubro 2019

“Conquanto possa o magistrado complementar a atividade probatória, é extreme de dúvidas que, no sistema acusatório, ainda que temperado, trata-se de atividade eminentemente a cargo das partes. Caso contrário, confundir-se-iam as figuras do acusador e do julgador, desequilibrando-se os pratos da balança. Ora, o Estado precisa de uma outra instituição, o Parquet, justamente para que o juiz permaneça equidistante das partes [...] Portanto, entendo que houve, sim, na espécie, a preclusão para o requerimento de produção de provas, no atinente ao Ministério Público. Não é possível, convenhamos, que o Parquet, após a concretização de ato jurídico perfeito, o oferecimento da denúncia, tenha uma segunda chance, passando-se por cima do fenômeno processual preclusão [...] O juiz cumpre papel fundamental na cristalização das garantias constitucionais. Logo, ele deve ser o principal patrocinador do devido processo legal, e, nunca, arvorar-se na condição ativa de sumo destinatário da prova, como se não houvesse algo muito maior do que ele, a Justiça, à qual deve prestar, sempre e sempre, reverência” (RHC n. 45.921-SP, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 29.5.2015).

No caso da defesa, a jurisprudência da Corte Cidadã é copiosa no sentido de que o rol deve constar do oferecimento da resposta à acusação (art. 396-A do CPP), sob pena de preclusão. Vejamos:

**STJ- HC 367.789/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/4/2017, DJe 3/5/2017**

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E ROUBO MAJORADO. OITIVA DE TESTEMUNHA. REQUERIMENTO A DESTEMPO. PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. A defesa, por ocasião do oferecimento da resposta à acusação, deve arrolar as testemunhas que pretenda sejam ouvidas (art. 396-A do CPP), sob pena de preclusão.
3. Verificada a preclusão no arrolamento de testemunhas, possível ao Magistrado, nos termos do artigo 209 do CPP, proceder à oitiva daquelas como testemunhas do juízo, desde que considere suas declarações imprescindíveis à busca da verdade real, não constituindo, entretanto, direito subjetivo da parte. No caso, o Magistrado considerou que a referida prova mostrava-se desnecessária, o que afasta o apontado constrangimento ilegal.
4. Habeas corpus não conhecido.

**STJ-AgRg no REsp 1667333/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/9/2017, DJe 22/9/2017.**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 072 – outubro 2019

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. APRESENTAÇÃO TARDIA DO ROL DE TESTEMUNHAS. PRECLUSÃO TEMPORAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Inexiste nulidade se afastada a oitiva de testemunha ante a preclusão temporal na apresentação do respectivo rol.
2. Diante do indeferimento de provas por decisão legalmente fundamentada, não há que se falar em ocorrência de cerceamento de defesa.
3. Agravo desprovido.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: TESES DO STJ sobre prisão preventiva.**

***I) A fuga do distrito da culpa é fundamentação idônea a justificar o decreto da custódia preventiva para a conveniência da instrução criminal e como garantia da aplicação da lei penal.***

Um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva é a necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Quando inexistente qualquer elemento indicativo de que o provável autor do crime, uma vez condenado, será efetivamente compelido a cumprir a pena, é possível a decretação de sua custódia cautelar. É uma forma de se assegurar a futura aplicação da pena, que será fatalmente frustrada caso, desde logo, não se prenda o agente. Tem cabimento, v.g., em casos nos quais o indivíduo não possui residência fixa ou ocupação lícita ou em que foge no curso do processo:

“1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas –, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. 2. Ao decretar a custódia provisória do paciente, o Juízo singular mencionou circunstâncias que denotam o intuito do acusado de se furtar à aplicação da lei penal, diante de sua fuga do interior da delegacia, no momento em que era lavrado o auto de prisão em flagrante, embora estivesse algemado e recolhido em uma cela no momento. 3. Apesar de a quantidade de droga apreendida não ser muito elevada, é idônea a motivação exarada para ensejar a custódia provisória, pois, se a autoridade judiciária competente decretou a prisão preventiva ante a fuga do suspeito, justifica-se a manutenção da cautela a fim de assegurar a instrução processual e a eventual aplicação da lei penal. 4. Pelos mesmos fundamentos, a adoção de medidas cautelares diversas não se prestaria a resguardar a instrução processual. 5. Ordem denegada.” (HC 516.305/RJ, j. 27/8/2019)

***II) As condições pessoais favoráveis não garantem a revogação da prisão preventiva quando há nos autos elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia.***

A decretação da prisão preventiva e a decisão que a revoga resultam da análise de um conjunto de fatores provenientes das circunstâncias do crime e das características pessoais de seu autor. São fatores que, sozinhos, não são capazes de determinar a decisão do juiz, pois sua análise isolada não é suficiente para que se conclua com segurança que alguém deve ser preso ou que, se já está preso, deve ser solto. É o caso, por exemplo, da gravidade do crime, que, abstrata e isoladamente, não pode fundamentar o decreto de prisão, que deve se referir a elementos específicos indicativos de certa

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

exacerbação em comparação a fatos de natureza semelhante. Da mesma forma, o fato de alguém ser primário, ter bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita não obriga que o juiz conceda a liberdade, pois algum outro fator pode indicar a necessidade da prisão:

“4. Verifica-se que a prisão cautelar foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, que demonstraram, com base em elementos concretos, sua necessidade para preservação da ordem pública, ante a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do paciente, evidenciadas pelo modus operandi dos delitos – agentes públicos encarregados da segurança Pública (Guardas Civis de Indaiatuba/SP) que adotaram condutas criminosas “agredindo, torturando extorquindo e ameaçando cidadãos” – circunstâncias que demonstram risco ao meio social e a necessidade de se interromper ou reduzir a atuação do grupo criminoso. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação. 5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.” (HC 516.672/SP, j. 27/8/2019)

***III) 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.***

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. Isto 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 o indivíduo receba, portanto, no local em que se encontra preso, a medicação prescrita, não há motivo para a concessão da prisão domiciliar.

Além da doença grave provocadora de extrema debilidade, o STJ exige que não haja possibilidade de tratamento no próprio estabelecimento prisional. Caso a estrutura do local permita o tratamento adequado às condições de saúde do preso, não é necessário substituir a prisão preventiva pela domiciliar. Isto é sempre avaliado, evidentemente, de acordo com as circunstâncias do caso concreto:

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

“Esta Corte Superior orienta-se sentido de que, à luz do disposto no art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, o preso deve comprovar, simultaneamente, o grave estado de saúde em que se encontra e a incompatibilidade entre o tratamento de saúde e o encarceramento, o que não se verificou na hipótese dos autos. Precedentes.” (HC 495.492/MS, j. 11/6/2019).

“1. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que, à luz do disposto no art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, o preso deve comprovar, simultaneamente, o grave estado de saúde em que se encontra e a incompatibilidade entre o tratamento de saúde e o encarceramento. Precedentes. 2. No caso, a situação merece atenção excepcional, pois, de acordo com laudo médico, o Paciente é portador de “insuficiência renal crônica terminal” e apresenta “risco aumentado de fraturas” e “de sangramentos, podendo evoluir a óbito”; necessita de “cuidados rigorosos com relação à alimentação e a ingestão de líquidos”, de higiene rigorosa “devido ao elevado risco de complicações infecciosas” e de “cela reservada devido às condições clínicas imunológicas, com risco de infecções respiratórias”. 3. Ordem de habeas corpus concedida para determinar a substituição da prisão preventiva do Paciente pela domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, até que seu quadro clínico permita o retorno ao estabelecimento prisional, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.” (HC 481.944/SP, j. 11/06/2019)

***IV) 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.***

Outra situação em que é possível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar é aquela em que o indivíduo preso é imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência (art. 318, inc. III, CPP). O dispositivo 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 e nem se refira ao sexo da pessoa presa. Note-se apenas que, atualmente, a substituição da prisão preventiva da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência é disciplinada mais diretamente no art. 318-A do CPP, cujos incisos impõem duas condições: que a mulher não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; e que não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Seja como for, trata-se de um benefício que 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 física necessita de cuidados especiais é presumida, isto é, não reclama comprovação. O que exige comprovação é a imprescindibilidade da presença do agente. De sorte que determinado pai pode ter um filho de três anos de idade que, no entanto, se acha sob a guarda da avó paterna. Ora, se a criança é cuidada pela guardiã e se o instituto da guarda “obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à



## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

criança” (art. 33 da Lei 8.069/90), parece óbvio ser prescindível o auxílio do pai. E, mesmo na hipótese de a 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. Pode ser que, a despeito do déficit que ostenta, seja perfeitamente capaz de viver sem a necessidade do auxílio de terceiros. Caso seja interdito, ao curador cumpre, em relação ao curatelado, “dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição” (art. 1.740 c.c. o art. 1.774, ambos do Código Civil). Ora, se o curador é outro que não o réu ou indiciado, não há razão para que a ele se conceda prisão domiciliar.

Vê-se que a comprovação da idade e da deficiência física não importa em maior dificuldade. O que se mostra bem mais complexa é a demonstração da imprescindibilidade. Pode ser necessária a elaboração de estudos técnicos, de caráter social ou psicológico a fim de averiguar se a situação é de tamanha gravidade que justifique a concessão do benefício. Em outras palavras: somente com a comprovação, primeiro, da idade da criança ou da presença da deficiência, e, segundo, de que a manutenção do réu ou investigado em casa é absolutamente necessária é que se defere o favor legal.

Destacamos uma vez mais que, em razão do disposto no art. 318-A do CPP (incluído pela Lei 13.769/18), a situação da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência se tornou peculiar. Neste caso, no qual a lei dispõe que a prisão “será substituída”, o STJ tem decidido que deve haver motivo justificado para não conceder a substituição:

“4. O afastamento da prisão domiciliar para mulher gestante ou mãe de criança menor de 12 anos exige fundamentação idônea e casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade da sua presença para prestar cuidados ao filho, sob pena de infringência ao art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, inserido pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016). 5. Ademais, a partir da Lei n. 13.769, de 19/12/2018, dispõe o Código de Processo Penal em seu art. 318-A, caput e incisos, que, em não havendo emprego de violência ou grave ameaça nem prática do delito contra os seus descendentes, a mãe fará jus à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. 6. Na presente hipótese, a paciente é mãe de criança menor de 12 anos, o fato narrado não foi exercido mediante emprego de violência ou grave ameaça, não houve prática de delito contra a sua descendência e não transparece nenhuma circunstância excepcional a justificar o afastamento dos preceitos normativos e jurisprudenciais expostos acima. 7. Ordem concedida para, confirmando a liminar deferida, substituir a prisão preventiva por domiciliar, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão pelo Juízo singular.” (HC 517.186/MG, j. 10/9/2019)

***V) As medidas cautelares diversas da prisão, ainda que mais benéficas, implicam em restrições de direitos individuais, sendo necessária fundamentação para sua imposição.***

O art. 282 do CPP inaugura as disposições legais a respeito das cautelares relativas à prisão e a medidas que a substituem. De acordo com o disposto em seus dois incisos, as cautelares podem ser impostas em razão da 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, e segundo a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A redação do inciso I apresenta grande semelhança com o art. 312 do CPP, que trata dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, a saber, “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal”. Indaga-se, então, qual o critério a ser utilizado pelo juiz quando da opção por uma ou outra medida cautelar. O norte a ser seguido é o que orienta a prisão preventiva como *ultima ratio*, isto é, a derradeira medida diante da inexistência de outra menos severa e adequada ao caso concreto.

O fato de que medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) tenham preferência não significa que possam ser impostas pura e simplesmente em virtude da prática do crime, pois, tendo natureza cautelar, essas medidas também se submetem aos requisitos gerais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Desta forma, estes requisitos é que devem guiar o juiz no momento em que, afastando a necessidade de segregação, impõe, por exemplo, a suspensão de atividade econômica para evitar a prática de crime e para viabilizar a investigação ou a instrução processual. Uma medida desta natureza não é decretada por simples conveniência, sem a observância de requisitos estritos, apenas porque substitui a prisão, sem dúvida muito mais grave. É imprescindível que o juiz fundamente a decisão em elementos concretos, exatamente como deve fazer quando decreta a prisão preventiva:

“1. Os requisitos cautelares indicados no art. 282, I, do CPP se aplicam a quaisquer medidas previstas em todo o Título IX do CPP; é imprescindível ao aplicador do direito indicar o *periculum libertatis* – que também justifica uma prisão preventiva – para decretar providências cautelares referidas no art. 319 do CPP, com o fim de resguardar a aplicação da lei penal, a investigação ou a instrução criminal ou, ainda, evitar a prática de infrações penais. 2. As medidas alternativas à prisão, portanto, não pressupõem a ausência de requisitos da custódia preventiva, mas, sim, a existência de uma providência igualmente eficaz para o fim colimado com a medida cautelar extrema, porém com menor grau de lesividade à esfera de liberdade do indivíduo.” (HC 483.993/SP, j. 25/06/2019)

***VI) A citação por edital do acusado não constitui fundamento idôneo para a decretação da prisão preventiva, uma vez que a sua não localização não gera presunção de fuga.***

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

Também conhecida como citação presumida ou ficta, a citação por edital se contrapõe, exatamente, à citação pessoal. De sorte que, não encontrado o réu para que seja citado pessoalmente, resta a alternativa de sua citação por edital, o que faz presumir tenha ele tomado conhecimento da imputação que lhe é irrogada. A despeito das críticas endereçadas a essa espécie de citação, trata-se de uma fórmula concebida para levar ao conhecimento do réu a acusação que lhe é formulada, ainda que se saiba, na prática, que dificilmente alguém atenda ao edital. Era mais grave antes da edição da Lei 9.271/96, quando o réu, citado por edital e, seguramente, desconhecendo a existência do processo, podia ser condenado. Com a atual redação do art. 366 do CPP, essa possibilidade não existe, pois se o acusado não comparece nem constitui advogado ficam suspensos o processo e o curso do prazo prescricional.

Exatamente porque a citação por edital é ficta e, como mostra a experiência, não cumpre a finalidade de fazer o réu tomar conhecimento da existência do processo, o STJ veda a decretação da prisão preventiva pelo simples fato de o indivíduo não ter sido encontrado, pois esta situação não pode ser confundida com a de quem, ciente da investigação ou do processo, foge para evitar as consequências de sua conduta. Se, no entanto, as circunstâncias do caso concreto indicarem a necessidade da prisão, o próprio art. 366 do CPP permite a decretação. É o caso, por exemplo, de quem é submetido a medidas cautelares diversas da prisão preventiva, descumpra as obrigações impostas, foge e não é encontrado para a citação pessoal. Trata-se, como sempre, de analisar as peculiaridades das situações para lhes conferir a devida solução:

“1. O art. 312 do Código de Processo Penal apresenta como pressupostos da prisão preventiva o periculum libertatis e o fumus commissi delicti, este caracterizado pela prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; aquele consiste no perigo que a permanência do agente em liberdade representa para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal, e para a segurança da própria coletividade (ordem pública). 2. A 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende “que o perigo para a aplicação da lei penal não deflui do simples fato de se encontrar o réu em lugar incerto e não sabido. Não há confundir evasão com não localização” (STJ, RHC 50.126/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/10/2015.) 3. No caso, as instâncias ordinárias fundamentaram a necessidade da prisão preventiva do Paciente com base na gravidade abstrata do delito e para garantir a aplicação da lei penal, tendo em vista que ele não foi localizado, mesmo tendo sido citado por edital. 4. Ordem de habeas corpus concedida para, confirmando a liminar, assegurar a liberdade do Paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo, entretanto, da aplicação de eventuais medidas cautelares diversas da prisão, a serem fixadas pelo Juízo Singular.” (HC 471.247/MS, j. 21/3/2019)

\*\*\*

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

“1. O Recorrente foi denunciado pela prática, em tese, do delito tipificado no art. 121, § 2.º, incisos I e IV, do Código Penal, porquanto, no dia 10/08/2015, por motivo de vingança, efetuou contra a vítima dois disparos de arma de fogo em um posto de gasolina, evadindo-se do distrito da culpa logo após o crime. 2. Recebida a denúncia, o Réu foi citado por edital porque não localizado. À minguada de manifestação, o Magistrado de primeiro grau, a um só tempo, suspendeu o prazo prescricional e decretou a prisão preventiva do Recorrente como forma de garantir a aplicação da lei penal, em razão da fuga do Réu do distrito da culpa após o suposto cometimento de crime grave. 3. A negativa do benefício da liberdade provisória está suficientemente motivada na circunstância de que o Paciente encontrava-se foragido, em local incerto e não sabido, após a prática do delito, tendo sido encontrado somente após expedição do mandado de prisão – fundamento considerado suficiente pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.” (RHC 106.926/PB, j. 13/8/2019)

***VII) A prisão preventiva não é legítima nos casos em que a sanção abstratamente prevista ou imposta na sentença condenatória recorrível não resulte em constrição pessoal, por força do princípio da homogeneidade.***

As decisões que precederam esta tese se referiam a situações em que a prisão preventiva havia sido decretada em ações penais nas quais, uma vez proferida a sentença condenatória, o réu acabaria em situação melhor do que estava quando submetido à medida cautelar. Por exemplo, no tráfico de drogas em que o réu havia permanecido preso durante a ação penal, a condenação teve como regime inicial o semiaberto, mas a prisão cautelar foi mantida até o julgamento do recurso; ou, também no tráfico de drogas, quando, devido às circunstâncias e às condições pessoais do agente, vislumbrava-se que a condenação não autorizaria a permanência no regime fechado. Nestas situações, o STJ considera desproporcional a manutenção da medida cautelar, que não pode ser mais grave do que a pena:

“1. Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar. A grande quantidade de droga apreendida (quase 6 quilos de maconha e 297 gramas de haxixe), aliada ao fato de ter o réu permanecido preso ao longo de toda a instrução, constitui, na espécie, fundamento idôneo para a manutenção da medida extrema. 2. Entretanto, ao condenado à pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime semiaberto, é assegurado, senão o recurso em liberdade, ao menos o direito de ser colocado de imediato no regime intermediário. Trata-se de ideia-força decorrente do princípio constitucional da proporcionalidade, visto que a prisão provisória, medida cautelar, nas circunstâncias, é mais gravosa que a reprimenda, finalidade precípua do processo penal. 3. Recurso a que se nega provimento. Ordem concedida, de ofício, para determinar a colocação do recorrente, desde já, no regime semiaberto, outrora fixado na sentença e mantido em sede de apelação.” (RHC 34.226/RJ, j. 28/5/2013).

***VIII) Os fatos que justificam a prisão preventiva devem ser contemporâneos à decisão que a decreta.***

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 prisão cautelar de natureza processual e, por conta disso, deve preencher os requisitos típicos de toda e qualquer medida cautelar, a saber, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O perigo da demora se revela exatamente pela necessidade de se adotarem medidas de pronto, ante o risco causado por eventual demora, existente, por exemplo, na concreta possibilidade de fuga, de modo a frustrar a futura aplicação da lei penal. Diz-se que o correto seria falar *periculum libertatis*, isto é, o perigo que a condição de liberdade do agente, enquanto solto, possa acarretar à sociedade.

Só é possível considerar preenchido este requisito se o fato utilizado como fundamento para a prisão é contemporâneo à decretação. Do contrário, desaparecem as circunstâncias excepcionais que podem justificar a custódia cautelar, que perde seu caráter de urgência:

“1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas –, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal. 2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a urgência intrínseca às cautelares exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende evitar com a segregação processual. 3. O Juiz sentenciante, mais de dois anos após os delitos, decretou a custódia provisória do réu, sem indicar fatos novos para evidenciar que ele, durante o longo período em que permaneceu solto, colocou em risco a ordem pública ou a instrução criminal. 4. A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de natureza grave ensejariam o aprisionamento cautelar de seus respectivos autores em qualquer tempo, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade. 5. Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, cassar a decisão que decretou a prisão preventiva, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Extensão dos efeitos aos corréus presos pela mesma decisão.” (HC 509.878/SP, j. 5/9/2019)

### ***IX) A alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva.***

Esta tese vem na esteira de milhares de decisões nas quais prisões preventivas são revertidas porque as decretações se baseiam em simples alusões aos fundamentos elencados no Código de Processo Penal, à pena cominada ao crime e à repercussão de sua prática. Atualmente, é orientação unânime dos tribunais superiores que os fundamentos da prisão preventiva e outros elementos de caráter abstrato devem ser cotejados com dados concretos que indiquem a necessidade de encarcerar determinado indivíduo antes da formação definitiva da culpa:

“2. As prisões cautelares materializam-se como exceção às regras constitucionais e, como tal, sua incidência em cada caso concreto deve vir fulcrada em elementos que demonstrem a sua efetiva necessidade no contexto fático-probatório apreciado, sendo inadmissível sem a existência de razão sólida e individualizada a motivá-la, especialmente com a edição e entrada em vigor da Lei n. 12.403/2011. 4. No caso, da leitura das decisões que ordenaram e mantiveram a segregação cautelar do paciente, constata-se que não foi apresentado qualquer fundamento idôneo para tanto, limitando-se o Juiz singular a fazer referência à gravidade em abstrato do delito que lhe foi imputado, ao clamor público e à credibilidade da justiça, o que, por si só, não justifica a segregação antecipada.” (HC 497.006/MS, j. 7/5/2019)

\*\*\*

“3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 4. No caso, destacou-se a repercussão social e a maneira pela qual foi realizado o crime, uma vez que ao paciente é imputada conduta de exacerbada culpabilidade, a indicar sua periculosidade e justificar a prisão como forma de garantia da ordem pública. De fato, ao examinar a conduta apontada como fundamento para indeferir-se o direito de recorrer em liberdade, o magistrado singular destacou que “há, pois, elevado grau de culpabilidade, em razão da quantidade de droga transportada pelo acusado, eis que fora apreendido 20kg (vinte) quilos de substância entorpecente – crack – separadas em tabletes de 01 kg (um) quilo cada”. Ressalte-se que, em razão da natureza altamente destrutiva e extremamente concentrada da



## Boletim Criminal **Comentado** n° 072 – outubro 2019

droga, a quantidade, por si só expressiva, revela-se enorme, evidenciando a necessidade da prisão.” (AgRg no HC 507.725/TO, j. 04/06/2019)

***X) A prisão preventiva pode ser decretada em crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para o fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.***

O inc. III do art. 313 do CPP alargou as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, possibilitando ao juiz, de ofício ou provocado, decretar a medida 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.

Assim, cometido, por exemplo, um delito de lesão corporal leve contra a mulher, em situação que caracterize violência doméstica e familiar, pode o autor ter decretada a prisão preventiva, embora este crime seja apenado com detenção máxima de um ano. Esta espécie de prisão provisória, na redação anterior do art. 313 do CPP, praticamente não existia para os crimes apenados com detenção (a menos que o agente já tivesse sido condenado pela prática de crime doloso ou que fosse vadio ou pairasse dúvida quanto à sua identidade, hipótese raríssima de se verificar). A tese foi editada principalmente em razão de situações como a de nosso exemplo, que, normalmente, não são abarcadas pela prisão cautelar:

“A despeito de os crimes pelos quais responde o Paciente serem punidos com detenção, não se perca de vista que o próprio ordenamento jurídico – art. 313, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 11.340/2006 – prevê a possibilidade de decretação de prisão preventiva mesmo diante de crimes apenados com detenção, em circunstâncias especiais, tais como a hipótese ora em apreço, com vistas a garantir a execução de medidas protetivas de urgência. Precedentes.” (HC 490.988/MS, j. 27/8/2019)

***XI) A prisão cautelar deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade.***

A tese nº 11 pode ser considerada apenas um reforço da nº 9. A alusão genérica à gravidade do delito, ao clamor público ou à comoção social não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva porque a decisão deve ser fundamentada em elementos concretos que justifiquem, efetivamente, sua necessidade.

***XII) A prisão cautelar pode ser decretada para garantia da ordem pública potencialmente ofendida, especialmente nos casos de: reiteração delitiva, participação em organizações criminosas, gravidade em concreto da conduta, periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (modus operandi).***

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

A tese nº 12 reúne algumas circunstâncias que o juiz pode utilizar para fundamentar a prisão preventiva na manutenção da ordem pública.

Ordem pública é a paz social, a tranquilidade 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, dada a periculosidade que ostenta em razão de diversas condenações, o agente se sente incentivado a prosseguir em suas práticas delituosas; ou quando a investigação aponta a participação em organização criminosa, que, além de ser um crime em si mesma, é normalmente constituída para a prática de crimes graves; ou ainda quando peculiaridades de determinado crime revelam extrema gravidade e permitem identificar um intenso desvio de caráter e a probabilidade de reiteração:

“2. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 3. No caso em apreço, conforme se tem da leitura do decreto preventivo e do acórdão impugnado, verifica-se que a custódia cautelar foi adequadamente motivada pelas instâncias ordinárias, tendo sido demonstradas, com base em elementos concretos, a periculosidade da recorrente e a gravidade dos delitos, consubstanciadas nos fortes indícios de que integraria organização criminosa altamente articulada e voltada para prática de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, sendo apreendidos, inclusive, veículos, elevadas quantias em espécie e grande quantidade de cocaína, avaliada em mais de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais); o que demonstra concreto risco ao meio social. Nesse contexto, forçoso concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, não havendo falar, portanto, em existência de evidente flagrante ilegalidade capaz de justificar a sua revogação.” (RHC 116.383/MG, j. 5/9/2019)

### ***XIII) Não pode o tribunal de segundo grau, em sede de habeas corpus, inovar ou suprir a falta de fundamentação da decisão de prisão preventiva do juízo singular.***

Vimos nas teses anteriores que o juiz de primeiro grau deve fundamentar adequadamente o decreto de prisão preventiva, sempre baseado em elementos concretos que correspondam ao periculum in mora e ao fumus boni iuris. Em regra, os indivíduos presos não se conformam com a imposição e, para alcançar a liberdade, impetram habeas corpus na instância superior apontando falhas nos fundamentos da decisão. Caso o Tribunal de Justiça identifique tais falhas, não pode, no lugar de conceder a ordem, suprir a falta de fundamentação do juiz para manter a prisão decretada. O STJ



## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

considera que este procedimento contraria a natureza do habeas corpus, concebido para tutelar a liberdade individual cerceada por um ato de constrangimento ilegal:

“A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o acréscimo de fundamentos, pelo Tribunal local, não se presta a suprir a ausente motivação do Juízo natural, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constitutivo ao direito de locomoção do paciente.” (HC 518.979/SP, j. 20/8/2019).

***XIV) 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.***

Os antecedentes são uma circunstância judicial que representa a vida pregressa do agente, sua vida antes do crime. Num Estado democrático norteado pelo princípio da presunção de inocência (ou de não culpabilidade), inquéritos policiais em andamento ou já arquivados (seja qual for o motivo) não devem ser considerados como maus antecedentes. O mesmo raciocínio se aplica às ações penais em curso ou já encerradas com decisão absolutória (seja qual for o fundamento). É o que dispõe a súmula nº 444 do STJ.

Isto não se aplica, no entanto, na análise das circunstâncias para a decretação da prisão preventiva, em que inquéritos e processos em andamento são elementos que, não obstante precários, podem ser utilizados para fundamentar a prisão em virtude da probabilidade de reiteração delitiva:

“8. Embora a defesa tenha demonstrado que a condenação anterior da recorrente por furto qualificado pelo concurso de pessoas e mediante fraude fora anulada a partir da sentença por revisão criminal, a anulação mencionada não invalida a fundamentação expedida pelas instâncias ordinárias. Isso porque “inquéritos policiais e processos penais em andamento, muito embora não possam exasperar a pena-base, a teor da Súmula 444/STJ, constituem elementos aptos a revelar o efetivo risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva” (RHC n. 68550/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 31/3/2016). 9. Desse modo, o histórico da recorrente – ainda mais em conjunto com o de outros 3 acusados que também ostentam registros criminais prévios – indica personalidade voltada para o crime e reforça a necessidade da segregação como forma de prevenir a reiteração delitiva.” (RHC 114.168/PR, j. 20/8/2019)

\*\*\*

“2. Os fundamentos utilizados para decretar a prisão preventiva não se mostram ilegais ou desarrazoados, especialmente porque ressaltado, pelas instâncias ordinárias, que o Paciente possui ações penais em andamento pelos crimes de ameaça, resistência e homicídio, circunstâncias aptas a justificar, a princípio, a imposição da medida extrema para a garantia da ordem pública, pois tais fatos revelam o risco concreto de reiteração delitiva do Recorrente. 3. A existência de maus

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso denota o risco de reiteração delitiva e constitui fundamentação idônea a justificar a segregação cautelar. Precedentes.” (RHC 105.591/GO, j. 13/8/2019)

***XV) A segregação cautelar é medida excepcional, mesmo no tocante aos crimes de tráfico de entorpecente e associação para o tráfico, e o decreto de prisão processual exige a especificação de que a custódia atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.***

A tese nº 15 também não acrescenta muito ao que já escrevemos, pois reitera que a prisão preventiva deve ser decretada com fundamento em elementos de gravidade concreta. A natureza do crime, por si, não é suficiente para sustentar a cautelar.

Não obstante a aparente redundância, a tese foi editada porque são muito frequentes as prisões preventivas no crime de tráfico de drogas, cuja prática é de acentuada gravidade, mas que, isoladamente, não tem servido para amparar as prisões. Mesmo em delitos desta natureza, é preciso fundamentar a prisão em um plus, como, por exemplo, a prática simultânea da associação para o tráfico, a internacionalidade ou a interestadualidade do crime, a grande quantidade e a diversidade de drogas, a apreensão de instrumentos e matéria-prima para a fabricação e a preparação de drogas, todos elementos indicativos de que não se trata de alguém que foi surpreendido enquanto praticava eventualmente a mercancia de drogas:

“No caso, a manutenção da constrição cautelar está baseada em elementos vinculados à realidade, pois as instâncias ordinárias fazem referências às circunstâncias fáticas justificadoras, destacando, além da quantidade de drogas encontradas (113 g de crack), apreensão de apetrechos para o tráfico de entorpecentes e munições de uso restrito. Tudo a revelar a periculosidade in concreto do agente.” (RHC 114.285/RS, j. 05/09/2019)

\*\*\*

“2. A quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas podem servir para o magistrado reconhecer a gravidade concreta da ação e a dedicação do agente a atividade criminosa, elementos capazes de justificar a necessidade da custódia preventiva para garantia da ordem pública. 3. No caso, os Recorrentes foram presos em flagrante, no dia 04/01/2019, pela prática, em tese, dos delitos descritos no art. 33, caput, c.c o art. 40, da Lei n.º 11.343/2006, após serem surpreendidos fazendo o transporte de 9,9kg (nove quilos e novecentos gramas) de maconha adquiridos no Paraguai, que por si demonstra a perniciosidade social da ação.” (RHC 115.528/MS, j. 03/09/2019)

O afastamento da prisão preventiva fundamentada apenas na prática do tráfico, sem elementos adicionais que apontem maior gravidade, é decorrente da atual política criminal que pune menos severamente traficantes primários, de bons antecedentes, que não integram organização criminosa e não se dedicam à prática delituosa. Estes traficantes são beneficiados pela causa de diminuição de

## Boletim Criminal **Comentado** nº 072 – outubro 2019

pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e podem ser beneficiados até mesmo pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

**DIREITO PENAL:**

---

**1- Tema: Art. 68 da Lei de Crimes Ambientais e inaplicabilidade do princípio da insignificância**

**STJ- REsp 1816357/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019:**

RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE RELEVANTE INTERESSE AMBIENTAL. ART. 68 DA LEI N.º 9.605/98. EMBARCAÇÃO PESQUEIRA. PLANO NACIONAL DE RASTREAMENTO DE EMBARCAÇÕES PESQUEIRAS - PREPS. OMISSÃO NA INSTALAÇÃO DE RASTREADOR. OBRIGAÇÃO COM FUNDAMENTO LEGAL. TIPICIDADE FORMAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Tendo em vista que há previsão legal para a imposição da instalação de equipamento rastreador em embarcações pesqueiras nos arts. n.os 31 a 33 da Lei n.º 11.959/09, o não atendimento a esta determinação caracteriza a conduta omissiva tipificada no art. 68 da Lei n.º 9.605/98.
2. O delito previsto no art. 68 da Lei n.º 9.605/98 é crime contra a Administração Ambiental, possuindo como bem jurídico tutelado não apenas o meio ambiente, mas, também, a moralidade administrativa, razão pela qual não é possível a aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto.
3. Recurso especial provido para cassar a sentença absolutória e o acórdão recorrido, determinando-se o imediato retorno da marcha processual na ação penal n.º 5005441-03.2016.4.04.7101/RS.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 68 da Lei dos Crimes Ambientais tipifica a conduta do sujeito ativo que, apesar de ter o dever legal ou contratual para tanto, deixa de cumprir (omite-se no cumprimento) de obrigação de relevante interesse ambiental.

A obrigação de relevante interesse ambiental (norma penal em branco), a despeito de cuidar de conceito indeterminado, deve estar prevista em contrato ou em lei. Como bem alerta Rafael Kurkowski, colega do MP de Sergipe:

“A denúncia deve descrever essa obrigação de forma suficiente a permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório por parte do réu. Freitas fornece exemplo de previsão contratual dessa obrigação: autorizado o funcionamento de um restaurante no interior de uma AEIT (Área Especial de Interesse Turístico, regulamentada na Lei n. 6.513/1977), o contrato prevê que o arrendatário se comprometa a zelar pela preservação ambiental dessa área; se o arrendatário tomar conhecimento de uma ação

## Boletim Criminal Comentado nº 072 – outubro 2019

predatória e omitir-se na respectiva comunicação ao órgão ambiental, incorrerá na prática do crime tipificado este art. 68. (1)

A previsão legal desse tipo de obrigação deve ser específica, e não genérica, razão pela qual o dever genérico de a coletividade proteger o meio ambiente, conforme o art. 225, caput, da CF, não permite a caracterização do crime sob estudo. Vejamos alguns exemplos de obrigação descumpridas que autorizam a caracterização do delito:

**a)** O art. 52 da Lei n. 12.305/10:

“A observância do disposto no caput do art. 23 e no § 2º do art. 39 desta Lei é considerada obrigação de relevante interesse ambiental para efeitos do art. 68 da Lei nº 9.605, de 1998, sem prejuízo da aplicação de outras sanções cabíveis nas esferas penal e administrativa”.

**b)** Também o caput do art. 23 da Lei n. 12.305/2010:

“Os responsáveis por plano de gerenciamento de resíduos sólidos manterão atualizadas e disponíveis ao órgão municipal competente, ao órgão licenciador do Sisnama e a outras autoridades, informações completas sobre a implementação e a operacionalização do plano sob sua responsabilidade”.

**c)** Já o § 2º do art. 39 da Lei n. 12.305/2010 prevê as seguintes obrigações às pessoas jurídicas mencionadas no art. 38 (pessoas jurídicas que operam com resíduos perigosos) dessa mesma Lei:

“I - manter registro atualizado e facilmente acessível de todos os procedimentos relacionados à implementação e à operacionalização do plano previsto no caput; II - informar anualmente ao órgão competente do Sisnama e, se couber, do SNVS, sobre a quantidade, a natureza e a destinação temporária ou final dos resíduos sob sua responsabilidade; III - adotar medidas destinadas a reduzir o volume e a periculosidade dos resíduos sob sua responsabilidade, bem como a aperfeiçoar seu gerenciamento; IV - informar imediatamente aos órgãos competentes sobre a ocorrência de acidentes ou outros sinistros relacionados aos resíduos perigosos”.

De acordo com o STJ, o crime do art. 68 classifica-se “como crime omissivo impróprio em que o agente deixa de praticar o ato, contrariando o dever de fazê-lo para evitar o resultado lesivo ao meio ambiente” (STJ, 5ª T., REsp 1032651/SC, Rel. Laurita Vaz, J. em 28/02/2012). O STJ reiterou esse entendimento, em julgado de 2017, em caso no qual a omissão do agente em cumprir norma de relevante interesse ambiental terminou por provocar poluição (STJ, 6ª T., REsp 1618975/PR, Rel. Sebastião Reis Júnior, J. em 7/3/2017). Não obstante, o crime do art. 68 pode ser omissivo próprio:

---

<sup>1</sup> *Leis Penais Especiais Comentadas artigo por artigo – Lei dos Crimes Ambientais*. 2 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019. p. 1421.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 072 – outubro 2019

“O Programa Nacional de Rastreamento de Embarcação Pesqueira por Satélite - PREPS, previsto pela Instrução Normativa Conjunta SEAP-PR/MB/MMA nº 2/2006, tem fundamento na Lei nº 11.959/09, de forma que não possuir instalado o aparelho rastreador ligado ao PREPS, o que consiste requisito para o regular exercício da atividade pesqueira, configura o crime descrito nos art. 68 da Lei nº 9.605/98” (TRF4, 7ª T., RSE 5004161-31.2015.404.7101, Rel. José Gimeses, J. em 24/5/2016).

O STJ, no julgado em comento, decidiu que o delito do art. 68, tutelando paralelamente ao meio ambiente também a Administração Pública Ambiental, negou a aplicação do princípio da insignificância. Essa postura da Corte é coerente com recente súmula do Tribunal:

**Súmula 599: O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública.**

O STF, este ano, já havia decidido no mesmo sentido, negando a aplicação do princípio na conduta do réu que não providenciou a instalação em embarcação de equipamento que permite a emissão de sinais por sistema de satélite, cuja obrigatoriedade decorre da Instrução Normativa Conjunta SEAP-PR/MB/MMA nº 2, de 4 de setembro de 2006. Considerou, no caso, a elevada periculosidade social para a proteção da fauna aquática e para o controle da Administração Ambiental (STF, 2ª T., HC 150147).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 073

**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: ADCs 43, 44 e 54. Impossibilidade de execução antecipada da pena. Resumo da decisão e orientação do CAOCRIM**

A possibilidade de execução da pena após a decisão do recurso em segunda instância foi inicialmente estabelecida pelo STF no julgamento do habeas corpus 126.292, em 17 de fevereiro de 2016. À época, o tribunal modificou orientação firmada em 2009, quando, ao julgar o habeas corpus 84.078, havia considerado impossível que se executasse a pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e estabeleceu a possibilidade de encarceramento apenas se verificada a necessidade de que isso ocorresse por meio de cautelar (prisão preventiva).

A decisão proferida em 2016 provocou muita controvérsia e suscitou debates a respeito da constitucionalidade da execução da pena antes de percorrida toda a cadeia recursal. O argumento central dos que advogam a tese de que a pena não pode ser executada até que a sentença condenatória se torne definitiva se baseia no art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Tamanha foi a celeuma que, no mesmo ano, foram ajuizadas duas ações declaratórias de constitucionalidade (43 e 44), nas quais se pretendia a declaração de plena vigência e compatibilidade constitucional do art. 283 do CPP, que dispõe: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no habeas corpus já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância.

À época, o pleno do STF indeferiu medida cautelar para que fossem suspensas execuções antecipadas em curso e para que fossem impedidas novas execuções enquanto não julgado o mérito das ações constitucionais. Considerou-se, basicamente, que a presunção de inocência tem sentido dinâmico, modificando-se conforme se avança a marcha processual. Dessa forma, se no início do processo a presunção pende efetivamente para a inocência, uma vez proferido julgamento em recurso de segunda instância essa presunção passa a ser de não culpa, pois, nessa altura, encerrou-se a análise de questões fáticas e probatórias. Portanto, uma vez que o tribunal (TJ/TRF) tenha considerado bem provados o fato e suas circunstâncias, os recursos constitucionais não abordarão esses aspectos, pois estarão adstritos aos limites que lhe são impostos constitucional e legalmente. O acórdão foi publicado nos seguintes termos:

“1. No julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal retomou orientação antes predominante na Corte e assentou a tese 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”. 2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional. 3. Inexiste antinomia entre a especial regra que confere eficácia imediata aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais e a disposição geral que exige o trânsito em julgado como pressuposto para a produção de efeitos da prisão decorrente de sentença condenatória a que alude o art. 283 do CPP. 4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula. 5. A irretroatividade figura como matéria atrelada à aplicação da lei penal no tempo, ato normativo idôneo a inovar a ordem jurídica, descabendo atribuir ultratividade a compreensões jurisprudenciais cujo objeto não tenha reflexo na compreensão da ilicitude das condutas. Na espécie, o debate cinge-se ao plano processual, sem reflexo, direto, na existência ou intensidade do direito de punir, mas, tão somente, no momento de punir. 6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível. 7. Medida cautelar indeferida”.

Em abril de 2018, nova ação declaratória de constitucionalidade (54) foi ajuizada com o mesmo propósito das anteriores. Em dezembro do mesmo ano, o ministro Marco Aurélio (relator) chegou a deferir liminar para suspender as execuções penais em curso, mas a decisão foi imediatamente suspensa pelo presidente da Corte.

Nas últimas sessões plenárias, o tribunal julgou o mérito das três ações e, contrariando a tendência que se desenhava desde 2016, decidiu que a pena só pode ser executada após esgotados todos os recursos, marco do trânsito em julgado.

Na qualidade de relator de todas as ações, o ministro Marco Aurélio foi o primeiro a votar para julgar procedentes os pedidos e, conseqüentemente, declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP, com a conseqüente proibição de que penas sejam executadas antes do julgamento dos recursos (trânsito em julgado da sentença condenatória). De acordo com o ministro, o art. 5º, inc. LVII, da Constituição Federal, é claro e não deixa margem para dúvidas a respeito da necessidade da condenação definitiva.

## Boletim Criminal Comentado nº 073 – novembro 2019

Abrindo a divergência, o ministro Alexandre de Moraes votou pela possibilidade de que a pena seja executada após o julgamento dos recursos em segunda instância. O argumento é basicamente o mesmo que fundamentou o indeferimento da cautelar em 2016: observado o devido processo legal, a decisão condenatória em segunda instância afasta o princípio da presunção de inocência e abre o caminho para a execução da pena. Para o ministro Alexandre, é necessário dar efetividade às decisões das instâncias ordinárias, competentes para o exame dos fatos e das provas, decisões estas que, em caso de ilegalidade ou inconstitucionalidade, podem ser atacadas por meio de habeas corpus ou medida cautelar para que se aguarde o pronunciamento dos tribunais superiores em recursos de índole extraordinária.

Na mesma linha seguiu o ministro Edson Fachin, para quem a execução antecipada da pena é legítima a não ser que se confira efeito suspensivo ao recurso cabível contra a decisão de segunda instância. É inviável, no seu entendimento, impor que se aguarde a prisão até que “o último recurso da última corte constitucional tenha sido examinado”.

Também alinhado a decisões anteriores, o ministro Luís Roberto Barroso acompanhou a divergência e ressaltou que o requisito para a imposição de prisão não é o trânsito em julgado, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial. Não se confunde, portanto, o inciso LVII do art. 5º, segundo o qual não é possível considerar alguém culpado até o trânsito em julgado, com o inciso LXI, que trata da garantia de que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade competente. Condicionar a execução da pena ao trânsito em julgado serve apenas para incentivar a interposição de recursos protelatórios e contribui para a promoção da impunidade.

A ministra Rosa Weber, por sua vez, votou pela procedência das ações e, portanto, pela proibição da execução penal prévia ao trânsito em julgado. Após destacar que, até este momento, aderiu às decisões anteriormente proferidas pelo tribunal em respeito ao princípio da colegialidade, afirmou que o julgamento de mérito das ações constitucionais é o momento adequado para fazer valer sua interpretação de que a Constituição Federal garante a presunção de inocência até que a sentença condenatória tome caráter definitivo. A ministra ressaltou como um ponto capital, no seu entender, a diferença entre a prisão de natureza cautelar e a prisão com propósito punitivo, que só pode ser imposta quando formada definitivamente a culpa; qualquer prisão antes disso só pode ser decretada se presentes as circunstâncias características da cautelar.

O ministro Luiz Fux manteve sua orientação e divergiu do relator. Enxerga como viável a execução antecipada da pena. Mencionou diversos exemplos de graves crimes cujos autores estariam soltos se se exigisse o trânsito em julgado, não parecendo razoável impor limitação tão severa à imposição da consequência penal. A presunção de inocência não tem relação com a possibilidade de execução da pena após o pronunciamento de segunda instância, mas decorre do fato de que outrora cabia ao

## Boletim Criminal Comentado nº 073 – novembro 2019

réu provar sua inocência, o que atualmente não ocorre, tendo em vista que o ônus recai na acusação. Isto quer dizer que até o trânsito em julgado o réu tem a possibilidade de contestar a acusação. Mas trata-se de uma presunção que admite prova em contrário, e à medida em que o processo tramita ocorre uma mitigação da mesma presunção. Esgotadas as instâncias ordinárias, há declaração de que o réu é culpado e sua prisão é necessária, seguindo-se, com isso, outras regras que relativizam a necessidade do trânsito em julgado, como a Lei Complementar 135/10 (“Lei da Ficha Limpa”). Concluiu destacando que a modificação da jurisprudência do tribunal é injustificável e prejudicial à segurança jurídica.

Votando em seguida, o ministro Ricardo Lewandowski manteve o tom de suas decisões anteriores sobre o tema, ou seja, considerou inconstitucional a execução antecipada da pena. Para o ministro, não de ser consideradas as circunstâncias do sistema judiciário brasileiro, extremamente congestionado e disfuncional, com metas de produtividade cada vez mais severas, em que a possibilidade de erros na primeira e na segunda instâncias se multiplica. Nestas circunstâncias, a presunção de inocência como óbice à execução antecipada da pena serve como garantia de que inocentes não sejam submetidos a penas ilegítimas. Ainda segundo o ministro, a execução antecipada é um retrocesso que contraria frontalmente a vontade do legislador constituinte originário no sentido de que não é possível restringir a liberdade pela aplicação da pena antes da formação cabal da culpa.

A ministra Cármen Lúcia manteve seu convencimento já exposto nos julgamentos anteriores. Segundo a ministra, a disposição constitucional de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser lida em conjunto com outros dispositivos, como o inciso LXI do art. 5º, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Isto revela que pode haver prisão independentemente do trânsito em julgado, bastando a obediência ao devido processo legal, que se cumpre com o esgotamento da matéria de fato nas instâncias ordinárias. Exigir o trânsito em julgado para a execução da pena desvirtua a ordem processual na medida em que confere a recursos de índole extraordinária um efeito suspensivo que não lhes é característico, embora seja possível, excepcionalmente, quando presente alguma justificativa, o que, aliás, afasta alegações de que direitos fundamentais seriam necessariamente ofendidos com a execução antecipada. A ministra fez, ainda, referência à necessidade de segurança jurídica e de efetividade do Direito Penal, que, no caso, se afirmam pela certeza da aplicação da pena e pela imposição de limites para que alguns indivíduos não se valham do intrincado e sofisticado sistema recursal para adiar indefinidamente as consequências de seus atos criminosos.

O ministro Gilmar Mendes modificou sua orientação – como, aliás, já vinha sinalizando – para considerar inconstitucional a execução antecipada da pena. O ministro iniciou sua explanação elencando situações em que o tribunal modificou sua própria orientação a respeito de questões de

fundamental importância, bem como mencionou situações não menos relevantes em que o tribunal foi obrigado a decidir sobre a recepção de normas anteriores à atual ordem constitucional. O ministro seguiu seu voto afirmando que desde os primeiros debates sobre a matéria demonstrou sua inquietação a respeito da determinação automática de execuções penais após o julgamento em segunda instância, sem a devida individualização frente aos casos concretos. Na sua aceção, mudanças nos contextos normativo e fático subjacentes ao debate fizeram com que sua posição evoluísse diante da necessidade de proteção real do princípio da presunção de inocência. O que o tribunal admitiu nos julgamentos anteriores foi a possibilidade de que a pena fosse executada após a decisão de segunda instância, mas não a obrigatoriedade de que isso fosse feito. A imposição indiscriminada da execução antecipada e a decretação de prisões preventivas que, na sua visão, assumiam caráter permanente e eram decretadas sem fundamentação concreta fizeram com que se enfraquecesse sua esperança de que os tribunais de segunda instância seriam capazes de evitar abusos. Considerou, portanto, impossível a execução da pena até que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O ministro Celso de Mello também votou pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Iniciou afirmando que não se há de confundir o princípio da presunção de inocência com óbice às atividades investigativas e jurisdicionais contra a prática de crimes. O princípio revela uma garantia de todos os cidadãos contra a arbitrariedade e não impõe nenhuma barreira à punição decorrente do devido processo legal. Após ressaltar os efeitos nefastos da dominação da atividade política pelos atos de corrupção amplamente divulgados nos últimos anos, destacou que todos os ministros da corte, independentemente de sua orientação a respeito da necessidade do trânsito em julgado, são comprometidos com a repressão da prática da corrupção governamental e com a efetividade da justiça penal. A respeito especificamente do mérito das ações, o ministro assentou que o princípio da presunção de inocência impede que o poder público trate o réu como culpado até que a decisão condenatória se torne definitiva, e certamente a execução da pena tem como pressuposto a formação da culpa. Apontou ainda que não é possível relacionar a execução antecipada da pena a uma forma de evitar a impunidade em virtude da interposição de recursos de natureza extraordinária, destacando que restringir o trâmite desses recursos não é um problema a ser resolvido pelo Judiciário, mas pelo Legislativo, que pode limitar as possibilidades recursais. Também afirmou que o fato de impedir a execução da pena antes do trânsito em julgado não significa que ninguém pode ser preso, pois há situações que, em plena consonância com a ordem constitucional, autorizam as prisões cautelares, bastando que se cumpram os requisitos característicos desses meios restritivos de liberdade. Por isso, votou pela procedência das ações para considerar inconstitucional a execução da pena após a condenação na segunda instância.

Finalmente, o ministro Dias Toffoli modificou sua orientação anterior para votar pela procedência das ações e, conseqüentemente, pela inconstitucionalidade da execução antecipada da pena. Segundo o ministro, a redação do art. 283 do CPP é clara ao dispor que ninguém poderá ser preso

## Boletim Criminal Comentado nº 073 – novembro 2019

senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. O dispositivo, considerado compatível com a Constituição Federal, não trata de considerar alguém culpado somente após o trânsito em julgado, mas, sim, estabelece limites à própria prisão, que só pode ser imposta em flagrante delito, em prisão cautelar ou em decorrência de sentença condenatória definitiva. Isto, segundo os termos do voto, revela que a vontade do legislador, que impôs esta redação ao art. 283 em 2012, é de que a execução da pena se torne possível apenas com a formação definitiva da responsabilidade penal.

Com a decisão, portanto, voltamos à situação em que estávamos até o julgamento do habeas corpus 126.292: a prisão para execução da pena só pode ser determinada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Qualquer prisão antes disso deve ser fundamentada, inicialmente, no artigo 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria; ou ainda em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. A isto se deve somar o disposto no art. 313, segundo o qual a prisão preventiva é cabível: nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; se o agente tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; 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.

**Diante desse novo cenário, revela-se necessário promover a verificação, caso a caso, da presença dos requisitos determinantes à decretação da prisão preventiva, ante a impossibilidade de, agora, reconhecer-se a automatização do recolhimento ao cárcere pela tão só condenação em segunda instância.**

Assim, por se compreender que não se revela juridicamente adequada a soltura dos réus que cumprem pena com base no entendimento hoje superado, sem que se proceda com a providência retromencionada, o CAOCRIM encaminhou aos colegas, no dia seguinte à decisão ora comentada, modelo, no qual consta argumentação desenvolvida pelo CAO, e também no âmbito do GNCCRIM, voltada a provocar a manifestação jurisdicional acerca da necessidade da prisão.

**Clique [aqui](#) para acessar o modelo.**

Além disso, sugere-se que o retromencionado pedido seja direcionado ao juízo da Vara Criminal (ou equivalente) que proferiu a sentença, consoante compreensão advinda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

**“Em matéria de prisão preventiva, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, uma vez que está presente no local onde o crime é cometido e conhece as peculiaridades do caso concreto, sendo quem melhor pode avaliar a necessidade da decretação da segregação cautelar” (STJ – HC nº 243446-SE, Rel. Marilza Maynard, j. 15.8.2013, DJe 30.8.2013).**

**2-Tema: Atuação do mesmo representante do Ministério Público em instâncias distintas. Consequências.**

Constatando-se que um único membro do Ministério Público, numa mesma peça processual, apresentou contrarrazões ao recurso de apelação e ofertou parecer sobre o caso, configura ofensa ao disposto nos artigos 127 da Constituição Federal e 257 do Código de Processo Penal.

Em razão da diversidade de funções exercidas pelos representantes do Ministério Público, afigura-se inviável, por parte de qualquer agente público ou político, o exercício de uma fiscalização isenta após este mesmo agente ter atuado na defesa de interesse controvertido no seio de uma relação processual instituída em juízo.

Embora seja certo que a atuação do órgão Ministério Público no segundo grau de jurisdição não tenha nenhuma carga vinculativa para o julgamento da insurgência, já que exprime o que a instituição reputa por correto no caso concreto, trata-se de verdadeira instância de controle, essencial para a manutenção ou reparação da ordem jurídica, cuja defesa lhe é inerente.

A função fiscalizatória exercida pelo parquet também deve ser marcada pela imparcialidade, sob pena de se inviabilizar o alcance das suas incumbências constitucionais (artigo 127, caput, da Constituição Federal).

Diferente, contudo, é a situação em que atua como órgão de acusação em primeiro e em segundo grau. Não se vislumbra justificativa para que o impedimento disposto no art. 252, III, do CPP tenha aplicabilidade em relação a membro do Ministério Público que, nas duas instâncias, atua no exercício, unicamente, da função acusatória - não fiscalizatória -, tendo em vista o disposto no art. 258 do CPP, que determina a extensão aos membros do Parquet, "no que lhes for aplicável", das prescrições relativas à suspeição e aos impedimentos dos juízes.

Deve ser lembrado, por fim, que a jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, o que não se verifica na espécie.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 073 – novembro 2019

Nesse sentido:

**STJ- REsp 1542007/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018**

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. PARÂMETRO DE APLICAÇÃO. QUANTUM FINAL DE PENA FIXADO PELA DECISÃO ANULADA. PRESCRIÇÃO. CONSIDERAÇÃO DE PARTE DA PENA FIXADA EM SENTENÇA ANULADA. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DO MESMO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM INSTÂNCIAS DISTINTAS, MAS APENAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO ACUSATÓRIA. IMPEDIMENTO. INOCORRÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO § 4º DO ART. 33 DA NOVA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

**STJ- HC 242.352/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 23/04/2014**

HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33 E 35, COMBINADOS COM O ARTIGO 40, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). APELAÇÕES DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA. OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES E PARECER NUMA ÚNICA PEÇA PELO MESMO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE. OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 258, COMBINADO COM O ARTIGO 252, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM.



**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Sexta Turma considera ilegal busca e apreensão coletiva**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 6/11/2019**

Para a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é ilegal a decisão judicial que autoriza busca e apreensão coletiva em residências, feita de forma genérica e indiscriminada. O colegiado concedeu habeas corpus nesta terça-feira (5) para anular decisão que autorizou a medida em domicílios nas comunidades de Jacarezinho e no Conjunto Habitacional Morar Carioca, no Rio de Janeiro, sem identificar o nome de investigados e os endereços a serem objeto da abordagem policial.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro impetrou o habeas corpus coletivo em benefício dos moradores dessas comunidades pobres, argumentando que, além de ofender a garantia constitucional que protege o domicílio, o ato representou a legitimação de uma série de violações gravíssimas, sistemáticas e generalizadas de direitos humanos.

Segundo a DP, a medida foi tomada, em agosto de 2017, após a morte de um policial em operação das forças de segurança nas favelas de Jacarezinho, Manguinhos, Mandela, Bandeira 2 e Morar Carioca, o que levou à concessão da ordem judicial de busca e apreensão domiciliar generalizada na região. A ordem era para que a polícia tentasse encontrar armas, documentos, celulares e outras provas contra facções criminosas.

Na decisão que autorizou a revista indiscriminada de residências nas áreas indicadas pela polícia, a juíza responsável fez menção à forma desorganizada como as comunidades pobres ganham novas casas constantemente, sem registro ou numeração que as individualize. Segundo ela, a revista coletiva seria necessária para a própria segurança dos moradores da região e dos policiais que ali atuam.

Carta branca inadmissível

O relator do habeas corpus coletivo, ministro Sebastião Reis Júnior, reconheceu, inicialmente, que a jurisprudência consolidada no STJ não admite a impetração de habeas corpus coletivo sem a indicação de nomes e da situação individual de cada paciente. No entanto, afirmou, "não há como aqui exigir a identificação dos pacientes se a própria decisão contestada também não identifica quem será revistado, sendo questionada justamente a generalidade da ordem de busca e apreensão".

Sebastião Reis Júnior declarou que a ausência de individualização das medidas de busca e apreensão contraria diversos dispositivos legais, como os artigos 240, 242, 244, 245, 248 e 249 do Código de



## Boletim Criminal **Comentado** nº 073 – novembro 2019

Processo Penal, bem como o artigo 5º, XI, da Constituição Federal, que traz como direito fundamental a inviolabilidade do domicílio.

Em seu voto, o ministro citou doutrina segundo a qual é indispensável que o mandado de busca e apreensão tenha objetivo certo e pessoa determinada, não se admitindo ordem judicial genérica.

"Reitero, portanto, o meu entendimento de que não é possível a concessão de ordem indiscriminada de busca e apreensão para a entrada da polícia em qualquer residência. A carta branca à polícia é inadmissível, devendo-se respeitar os direitos individuais. A suspeita de que na comunidade existam criminosos e que crimes estejam sendo praticados diariamente, por si só, não autoriza que toda e qualquer residência do local seja objeto de busca e apreensão", disse.

### Exclusão social

Ao aderir ao voto do relator, o ministro Rogerio Schietti Cruz ressaltou que a medida de busca e apreensão coletiva "é notoriamente ilegal e merece repúdio como providência utilitarista e ofensiva a um dos mais sagrados direitos de qualquer indivíduo – seja ele rico ou pobre, morador de mansão ou de barraco: o direito a não ter sua residência, sua intimidade e sua dignidade violadas por ações do Estado, fora das hipóteses previstas na Constituição da República e nas leis".

Schietti ressaltou que o estado do Rio de Janeiro vive tempos sombrios na economia e na política, com reflexos na Justiça criminal e no sistema penitenciário, além de altos índices de violência. Para ele, não é possível "sacrificar ainda mais as pessoas que, por exclusão social, moram em comunidades carentes, submissas ao crime organizado, sem serviços públicos minimamente eficientes, sujeitando-as, além de tudo isso, a terem a intimidade de seus lares invadida por forças policiais".

Com o habeas corpus, concedido de forma unânime, a Sexta Turma anulou a decisão que decretou a busca e apreensão coletiva – o que afeta eventuais provas e ações penais decorrentes das diligências.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De fato, o mandado de busca deve observar, rigorosamente, os requisitos do art. 243 do CPP, individualizando o objeto da diligência. Ocorre que, em algumas situações, o cumprimento à risca do mandamento legal torna absolutamente inviável a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de gravíssimas infrações penais. Basta lembrar uma realidade nacional: a ocupação de morros por milhares de pessoas, que se instalaram precariamente, sem endereço definido, em barracos quase sempre dispostos de forma a tornar impossível qualquer individualização. Este tipo de ocupação, aliás, somada à omissão de sucessivos governos na área de segurança pública – e em várias outras –, propiciou que facções criminosas simplesmente tomassem para si o controle de praticamente todo o território ocupado. O que se vê são pessoas submetidas a um poder paralelo criminoso. Algumas simplesmente aderem a esse poder e passam a integrá-lo, enquanto outras

## Boletim Criminal Comentado nº 073 – novembro 2019

vivem sob tensão permanente, na expectativa de que em algum momento sejam atingidas pelas práticas criminosas que vigoram nesses locais. Os que se integram abrigam criminosos e permitem que em suas residências sejam escondidas armas e drogas; os que vivem sob jugo muitas vezes são obrigados a colaborar.

Tais circunstâncias trazem em si uma imensa dificuldade para as operações de combate ao crime. É nesse contexto que nasce a discussão sobre a legalidade (ou não) do mandado de busca e apreensão coletivo, expedido sem especificar quais imóveis serão objeto de devassa e quais pessoas suportarão a medida.

Este procedimento, que vai de encontro à disposição legal que exige precisão no mandado de busca e apreensão, tem sido utilizado diante da impossibilidade de empreender de outra forma as diligências. Já ocorreu no Estado do Rio de Janeiro em várias ocasiões, nas quais os mandados faziam referência apenas a bairros ou ruas, quando possível a identificação.

É fato que muitas pessoas são atingidas simplesmente porque residem no local, sem que lhes recaia nenhuma suspeita específica da prática de crime. Mas também não se pode negar que, ponderando os interesses em jogo, não é irrazoável que prevaleça a iniciativa de dismantelar organizações criminosas que impõem o caos e o terror generalizado. Nessas localidades, a ação policial baseada no mandado coletivo é a única forma de fazer cessar atividades criminosas de extrema gravidade e que vitimam inclusive os moradores injustamente atingidos pela busca domiciliar.

Os tribunais, no entanto, se dividem a respeito do cabimento desse tipo de medida. O STJ, antes mesmo da decisão ora comentada, chegou a deferir liminar em habeas corpus – que, por prejudicialidade, não teve o mérito julgado –, na qual restabelecia decisão também liminar proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que havia suspenso a execução de mandados de busca e apreensão coletivos:

“(…) Com efeito, como observado na decisão do eminente Desembargador João Batista Damasceno, que deferiu a liminar na origem, em regime de plantão, o padrão genérico e padronizado com que se fundamentam decisões de busca e apreensão em ambiente domiciliar em favelas e bairros da periferia – sem suficiente lastro probatório e razões que as amparam – expressam grave violação ao direito dos moradores da periferia. A busca e apreensão domiciliar somente estará amparada no ordenamento jurídico se suficientemente descrito endereço ou moradia no qual deve ser cumprido em relação a cada uma das pessoas que será sacrificada em suas garantias. E, ainda que não se possa qualificá-la adequadamente é necessário que os sinais que a individualize sejam explicitados (fl. 160).

Da mesma decisão, extraio mais os seguintes trechos (fls.160): No presente caso, temos um mandado judicial genérico, expedido com eficácia territorial ampla, geograficamente impreciso, que não se preocupa em determinar o fato concreto a ser apurado. Pelo seu alto grau de dano a valores

## Boletim Criminal Comentado nº 073 – novembro 2019

constitucionais, é absolutamente inadmitido o mandado genérico para tantas comunidades quanto são descritas na decisão recorrida. Faz-se imprescindível que a decisão e o mandado determinem qual a correlação dos indícios probatórios que se pretendem obter com a invasão de cada um dos domicílios a serem buscados. E, isto, não ocorreu.

Assim, entendo presente o *fumus boni iuris*, em razão da ausência de individualização das medidas de apreensão a serem cumpridas, o que contraria diversos dispositivos legais, dentre eles os arts. 242, 244, 245, 248 e 249 do CPP, além do art. 5º, XI, da Constituição Federal: 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. Na minha concepção, também caracterizado o *periculum in mora*, diante da possibilidade concreta e iminente de ofensa ao direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. Ante o exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos da decisão ora impugnada, restabelecendo a liminar deferida pelo eminente Desembargador João Batista Damasceno em 25/8/2017 (fls. 147/162)” (HC 416.483/RJ, j. 18/9/2017).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem decisões ora admitindo, ora rechaçando a possibilidade de expedir mandados coletivos:

“(…) 5. Forçoso reconhecer que, no caso, o deferimento da medida cautelar de busca domiciliar não se revela idôneo, já que não individualiza minimamente a unidade domiciliar objeto de violação, qual seja, a *‘casa’*, nos moldes definidos pelo inciso I do art. 243 do Código de Processo Penal, que deve ser indicada *‘o mais precisamente possível’*, tampouco informa o *‘nome do respectivo proprietário ou morador’*. 6. Busca domiciliar que possui como característica precípua a referibilidade, não sendo, portanto, um fim em si mesma, estando, ao revés, vinculada ao procedimento investigatório cuja efetividade se procura assegurar. Logo, a medida em questão não pode constituir uma autorização genérica para que se reúna as fundadas razões que deveriam justificá-la, sob pena de subversão total de sua lógica e, ainda, de delegação à autoridade policial não apenas da executoriedade do ato, mas da própria delimitação de seu objeto – a casa -, dos cidadãos que terão os seus direitos fundamentais mitigados e, por conseguinte, do alcance da medida sujeita à cláusula da primazia judiciária (...)” (HC 0061167-57.2016.8.19.0000, j. 2/2/2017).

“(…) Bem verdade que deve o mandado de busca e apreensão indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do proprietário ou morador. Todavia, como muito bem realçado pela Juíza de primeiro grau, no plantão noturno, numa realidade em que o domínio, há mais de 30 (trinta) anos, de facção criminosa armada “impede a permanência do poder público para regulação e instalação de equipamentos de indicação e individualização de ruas e localidades; numa realidade em que todos os mínimos espaços foram ocupados de forma irregular, sendo impossível o acesso senão por becos aleatórios e acidentados, numa realidade em que novas “casas”

são fundadas de forma independente, e quase imediata, pelo simples acréscimo de materiais a lajes de outras casas, sem que sejam registradas e ordenadas, não há como individualizar e indicar numerações sem uma incursão ao local”. Neste ponto, é interessante mencionar que a busca e apreensão possui, em regra, natureza jurídica de meio de prova, mas também pode revestir-se de caráter assecuratório de direitos. No caso em questão, esta segunda natureza, associada à primeira, demonstra que ambas se amoldam à medida deferida, em virtude de buscar resguardar os interesses dos proprietários que estão sendo burlados em seus direitos absolutos e plenos de usar, gozar e dispor de seus bens, sendo coagidos a permitir que membros da facção criminosa deles se utilizem para guardar armas e substâncias tóxicas, ou como abrigos estrategicamente localizados, garantindo-lhes superioridade tática. ORDEM DENEGADA, com a determinação do imediato cumprimento da decisão aqui proferida, com determinação de expedição de ofícios” (0048172-75.2017.8.19.0000, j. 26/9/2017).

Note-se que a segunda decisão transcrita faz referência exatamente ao fato de que muitos moradores são coagidos pelos membros das organizações criminosas a permitir que suas casas sejam utilizadas para acobertar e disfarçar atividades ilícitas. Sem que se permita examinar as residências que integram as localidades dominadas por essas organizações, é impossível obter qualquer sucesso em operações de índole policial. E, uma vez impraticável a individualização dos imóveis, a única medida viável é realmente a expedição de mandados coletivos, que façam referência apenas ao bairro ou mesmo à rua, caso seja possível.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Retratação no crime de falso testemunho. Condições.**

**EMENTA**

RECURSO ESPECIAL. FALSO TESTEMUNHO. ART. 342, § 2º, DO CP. RETRATAÇÃO EM PROCESSO DIVERSOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. PARECER ACOLHIDO. ACÓRDÃO E SENTENÇA CASSADOS. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO PROCESSANTE PARA JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. AFASTADA A TESE DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Recurso especial provido nos termos do dispositivo

**Esta jurisprudência foi incluída a pedido do Setor de Recursos Criminais Extraordinários e Especiais.**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O § 2º do art. 342 do CP prevê extinção de punibilidade nas hipóteses em que o agente se retrata do conteúdo declarado antes de proferida a sentença.

Retratar-se, no caso, não significa apenas negar ou confessar a prática do delito. É muito mais. É escusar-se, retirando do mundo o que afirmou (retroceder na mentira), ou revelando o que ocultou, demonstrando sincero arrependimento.

Como bem realça Magalhães Noronha:

“Há de ser completa: sem reticências, ambiguidades e dubiedades: o que se colima é o restabelecimento do verdadeiro.”<sup>1</sup>.

A retratação acerca de declaração que caracteriza o falso testemunho deve ser realizada no mesmo processo em que o agente fez a afirmação falsa e desde que realizada antes da sentença.

Vale dizer, não há extinção da punibilidade quando a retratação do réu se dá em outro processo, qual seja, na ação penal a que responde pela prática do delito do artigo 342, §2º do Código Penal.

Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é imperioso que a retratação ocorra nos mesmos autos em que feita a declaração falsa da testemunha. Se faltou com a verdade num processo de divórcio, por exemplo, deve se retratar nesse feito, e não no processo crime pelo delito cometido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão.

---

<sup>1</sup>. *Direito penal*, v. 4, p. 393.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 074

**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**

---

O Procurador-Geral de Justiça, no uso de suas atribuições legais e a pedido do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça Criminais, **AVISA** aos membros do Ministério Público de São Paulo que o 6º Congresso Internacional Freemind será realizado nos dias 04 a 07 de dezembro de 2019, na cidade de Águas de Lindoia-SP, sob o tema **“Perder o futuro seria uma droga. Qual o impacto do álcool e do tabaco junto aos nossos filhos”?**.

Aos membros do Ministério Público do Estado de São Paulo será oferecido desconto no valor da inscrição ou reembolso integral para os filiados à Associação Paulista do Ministério Público.

**Informações, formulário para inscrição, programação e palestrantes** estão disponíveis no site do evento [www.freemind.com.br](http://www.freemind.com.br); outros esclarecimentos, com a equipe Freemind pelo telefone (19) 99793-0240.

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1-Tema: Enunciados CAO CRIM- Lei de Abuso de autoridade - (LEI 13.869/2019)**

O Grupo de Trabalho instituído pelo procurador-geral de Justiça, Gianpaolo Smanio, por meio do ato normativo 77/2019 concluiu a elaboração dos enunciados acerca da lei de abuso de autoridade, aprovada neste ano pelo Legislativo Federal. O documento traz uma série de orientações para a atuação dos promotores e procuradores de Justiça.

Os enunciados configuram uma ferramenta importante para que os membros do Ministério Público continuem a desempenhar o seu papel de combate sem tréguas aos que cometem crimes, mesmo diante de um cenário em que a alteração da lei não se apoiou na melhor técnica legislativa.

Participaram do Grupo de Trabalho: Amauri Silveira Filho (coordenador do Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado), Arthur Barbosa (assessor do Centro de Apoio Operacional Cível - CAO Cível), Artur Lemos Junior (coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal - CAOCrim), Carolina Guerra Zanin Lopes, Fernanda Narezi (CAOCrim), Fernando Viana (assessor Corregedoria), Jaqueline Martinelli (procuradora de Justiça), José Mário Barbuto, Miguel de Oliveira (assessor da PGJ), Ricardo Silves (CAOCrim), Rogério Sanches (CAOCrim), Sandra Reimberg e Sérgio Simas (assessor Corregedoria).

**A numeração obedece a ordem cronológica dos enunciados que constam na página eletrônica do CAO CRIM.**

**ENUNCIADO 44 (art. 1º.)**

Os tipos incriminadores da Lei de Abuso de Autoridade exigem finalidade específica do agente, restringindo o alcance da norma.

**ENUNCIADO 45 (art. 1º.)**

A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas, salvo quando teratológica, não configura abuso de autoridade, ficando excluído o dolo.

**ENUNCIADO 46 (art. 3º.)**

Os crimes da Lei de Abuso de Autoridade são perseguidos mediante ação penal pública incondicionada. A queixa subsidiária pressupõe comprovada inércia do Ministério Público, caracterizada pela inexistência de qualquer manifestação ministerial.

**ENUNCIADO 47 (art. 4º.)**

O requerimento do ofendido para a reparação dos danos causados pela infração penal dispensa qualquer rigor formal.

**ENUNCIADO 48 (art. 9º.)**

O sujeito ativo do art. 9º., “caput”, da Lei de Abuso de Autoridade, diferentemente do parágrafo único, não alcança somente autoridade judiciária. O verbo nuclear “decretar” tem o sentido de determinar, decidir e ordenar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais.

**ENUNCIADO 49 (art. 10)**

Os investigados e réus não podem ser conduzidos coercitivamente à presença da autoridade policial ou judicial para serem interrogados. Outras hipóteses de condução coercitiva, mesmo de



## Boletim Criminal **Comentado** n° 074 – novembro 2019

investigados ou réus para atos diversos do interrogatório, são possíveis, observando-se as formalidades legais.

- **Enunciado de acordo com as ADPFs 395 e 444**

### **ENUNCIADO 50 (art. 10)**

A condução coercitiva pressupõe motivação e descumprimento de prévia notificação.

### **ENUNCIADO 51 (art. 12)**

Com o fim de preservar a sua identidade, imagem e dados pessoais, é possível, nas exceções legais, que da nota de culpa não conste o nome do condutor, das testemunhas e das vítimas.

### **ENUNCIADO 52 (art. 13)**

Constranger o preso ou o detento, mediante violência ou grave ameaça, a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro pode configurar delito de abuso de autoridade (Lei 13.869/19) ou crime de tortura (Lei 9.455/97), a depender das circunstâncias do caso concreto.

### **ENUNCIADO 53 (art. 18)**

Para efeitos do artigo 18 da Lei de Abuso de Autoridade, compreende-se por repouso noturno o período de 21h00 a 5h00, nos termos do artigo 22, § 1º, III, da mesma Lei.

### **ENUNCIADO 54 (art. 18)**

Ressalvadas as hipóteses de prisão em flagrante e concordância do interrogado devidamente assistido, o interrogatório extrajudicial do preso iniciado antes, não pode adentrar o período de repouso noturno, devendo ser o ato encerrado e, se necessário, complementado no dia seguinte.

**ENUNCIADO 55 (art. 21)**

A violação à regra de separação de custodiados, acompanhada de sofrimento físico ou mental do preso, não tipifica o crime do art. 21 da Lei de Abuso de Autoridade, mas o delito de tortura (art. 1º, §1º, I), infração penal equiparada a hediondo, sofrendo os consectários da Lei 8.072/1990.

**ENUNCIADO 56 (art. 22)**

A elementar “imóvel” do artigo 22 da Lei de Abuso de Autoridade deve ser conceituada nos termos do artigo 79 do Código Civil.

**ENUNCIADO 57 (art. 22)**

O mandado de busca e apreensão deverá ser cumprido durante o dia (art. 5º, XI, CF/88). Mesmo havendo luz solar, veda-se seu cumprimento entre 21h00 e 5h00, sob pena de caracterizar abuso de autoridade (art. 22, §1º, inc. III).

**ENUNCIADO 58 (art. 25)**

O uso da prova derivada da ilícita está abrangido pelo tipo penal incriminador do art. 25 da Lei de Abuso de Autoridade, devendo o agente ter conhecimento inequívoco da sua origem.

**ENUNCIADO 59 (art. 27)**

Não configurará abuso de autoridade a deflagração de investigação criminal com base em matéria jornalística.

**ENUNCIADO 60 (art. 28)**

## Boletim Criminal **Comentado** n° 074 – novembro 2019

O crime do art. 28 da Lei de Abuso de Autoridade (Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado) pressupõe interceptação legal (legítima e lícita), ocorrendo abuso no manuseio do conteúdo obtido com a medida.

### **ENUNCIADO 61 (ART. 29)**

O legislador, na tipificação do crime do art. 29 da Lei de Abuso de Autoridade, optou por restringir o alcance do tipo, pressupondo por parte do agente a finalidade única de prejudicar interesse de investigado. Agindo com a finalidade de beneficiar, pode responder por outro delito, como prevaricação (art. 319 do CP), a depender das circunstâncias do caso concreto.

### **ENUNCIADO 62 (art. 30)**

O crime do art. 30 da Lei de Abuso de Autoridade deve ser declarado, incidentalmente, inconstitucional. Não apenas em razão da elementar “justa causa” ser expressão vaga e indeterminada, como também porque gera retrocesso na tutela dos bens jurídicos envolvidos, já protegidos pelo art. 339 do CP, punido, inclusive, com pena em dobro.

### **ENUNCIADO 63 (art. 31)**

O excesso de prazo na instrução do procedimento investigatório não resultará de simples operação aritmética, impondo-se considerar a complexidade do feito, atos procrastinatórios não atribuíveis ao presidente da investigação e número de pessoas envolvidas na apuração, fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o seu encerramento.

### **ENUNCIADO 64 (art. 33)**

Quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido pratica abuso de autoridade (art. 33, parágrafo único) se o comportamento não estiver atrelado à finalidade de

## Boletim Criminal **Comentado** n° 074 – novembro 2019

contraprestação do agente ou autoridade. Caso contrário, outro será o crime, como corrupção passiva (art. 317 do CP).

### **ENUNCIADO 65 (art. 36)**

O delito do art. 36 da Lei de Abuso de Autoridade (abusiva indisponibilidade de ativos financeiros) pressupõe, objetivamente, uma ação (decretar) seguida de uma omissão (deixar de corrigir).

### **ENUNCIADO 66 (art. 39)**

Os crimes de abuso de autoridade com pena máxima superior a dois anos, salvo no caso de foro por prerrogativa de função, são processados pelo rito dos crimes funcionais, observando-se a defesa preliminar do art. 514 do CPP.

### **ENUNCIADO 67 (art. 39)**

Por ser privativa do servidor público, o particular concorrente no crime de abuso de autoridade não faz jus à preliminar contestação prevista no art. 514 do CPP.

### **ENUNCIADO 68 (art. 39)**

A inobservância do disposto no artigo 514 do CPP é causa de nulidade relativa, devendo ser alegada no tempo oportuno, comprovando-se o prejuízo, sob pena de preclusão.

### **ENUNCIADO 69 (art. 39)**

A formalidade do art. 514 do CPP é dispensável quando a denúncia envolver, além do crime funcional, delito de outra natureza, ambos em curso.

**ENUNCIADO 70 (ANPP)**

Crimes de abuso de autoridade, cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, presentes os pressupostos do art. 18 da Res. 181/17 do CNMP, admitirão o acordo de não persecução penal, salvo se a sua celebração não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

**ENUNCIADO 71 (representações indevidas)**

Representações indevidas por abuso de autoridade podem, em tese, caracterizar crime de denúncia caluniosa (CP, art. 339), dano civil indenizável (CC, art. 953) e, caso o reclamante seja agente público, infração disciplinar ou político-administrativa.

**ENUNCIADO 72 (art. 256 CPP)**

A representação indevida por abuso de autoridade contra juiz, promotor de Justiça, delegados ou agentes públicos em geral, não enseja a suspeição ante a aplicação da regra de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, nos termos do que disposto, inclusive, no art. 256 do CPP.

**STF/STJ/TJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Crime do art 24 -A da Lei Maria da Penha- Competência**

**TJSP- Conflito de Jurisdição nº 0028406-70.2019.8.26.0000**

Conflito negativo de jurisdição. Procedimento criminal que visa a apurar eventual prática do crime de descumprimento de medidas protetivas aplicadas com fundamento no art. 24-A da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Feito que tramitava perante a Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha. Determinação de remessa dos autos ao Juizado Especial Cível e Criminal da mesma Comarca, ao fundamento de que o delito praticado é de menor potencial ofensivo. Impossibilidade. Atos imputados praticados após a publicação da Lei nº 13.641/2018, que alterou a Lei nº 11.340/2006, para incluir o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. Crime, portanto, objeto de tipificação expressa na norma criada para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006). Fatos descritos, ademais, que decorrem do gênero e violam os direitos da mulher, ensejando a proteção especial. Impossibilidade de se considerar crime de menor potencial ofensivo e cuja prática ofende apenas a Administração Pública. Competência da Vara Criminal. Conflito precedente. Competência do juízo suscitado (Vara Criminal da Comarca de Franco da Rocha).

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O crime previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha (aliás, crime próprio, pois só pode ser cometido por quem deve observância às medidas protetivas decretadas), tem pena de detenção que varia entre três meses a dois anos. Logo surgiu corrente sustentando a possibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Criminais (Lei n. 9.099/1995), em virtude da pena objetivamente cominada ao crime. É que o art. 61, da Lei dos Juizados Criminais, considera infração penal de menor potencial ofensivo, o crime cuja comine pena máxima não superior a dois anos. Demais disso, não se trataria, especificamente, de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, mas sim de crime contra a Administração Pública, de forma que a vedação do art. 41 da lei em análise, que impede a aplicação da Lei 9.099/1995, não incidiria neste caso. Não seria possível, assim, se estender a interpretação do art. 41 para abranger infrações penais que em nada se relacionam com a definição de violência doméstica de que trata o art. 5º da mesma lei.

## Boletim Criminal **Comentado** n° 074 – novembro 2019

O CAO vem sustentando tese diversa. Temos como inaplicáveis as disposições da Lei dos Juizados Criminais à conduta em exame. Importaria em verdadeiro contrassenso que uma inovação que tenha vindo – se imagina – em proteção à vítima de violência doméstica, pudesse admitir a imposição de medidas despenalizadoras, reservadas a condutas menos graves, de menor potencial ofensivo.

De resto, o art. 41 é expresso ao proibir a aplicação da Lei n. 9.099/1995 aos crimes perpetrados no âmbito da violência doméstica. A nosso ver, a disposição que veda a concessão de fiança pela autoridade policial, após a prisão em flagrante do agente (§ 2º), revela a intenção do legislador de, efetivamente, retirar o crime do art. 24-A da esfera das infrações de menor potencial ofensivo, tal como ocorre com as demais infrações penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Ora, se a Lei n. 9.099/1995, no parágrafo único, de seu art. 69, proíbe a prisão em flagrante desde que o autor do fato assumira o compromisso de comparecer em Juízo e, ao revés, o § 2º acima prevê a prisão em flagrante (ao aludir à fiança), conclui-se, sem maior esforço, pela incompatibilidade dos favores da Lei dos Juizados Criminais com os delitos perpetrados sob o timbre da violência doméstica.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: STJ repudia tese de legítima defesa da honra em caso de feminicídio**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 12/11/2019**

Ao rejeitar o recurso especial de um homem denunciado por matar a esposa estrangulada após uma festa, o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogerio Schietti Cruz repudiou o argumento da defesa segundo o qual a vítima teria adotado "atitudes repulsivas" e provocativas contra o marido, o que justificaria o reconhecimento de legítima defesa da honra e a absolvição sumária do réu.

"Embora seja livre a tribuna e desimpedido o uso de argumentos defensivos, surpreende saber que ainda se postula, em pleno ano de 2019, a absolvição sumária de quem retira a vida da companheira por, supostamente, ter sua honra ferida pelo comportamento da vítima. Em um país que registrou, em 2018, a quantidade de 1.206 mulheres vítimas de feminicídio, soa no mínimo anacrônico alguém ainda sustentar a possibilidade de que se mate uma mulher em nome da honra do seu consorte", afirmou o ministro.

De acordo com o processo, durante uma festa, a vítima teria dançado e conversado com outro rapaz, o que gerou a ira e despertou os ciúmes do marido, que estaria alcoolizado. Ela também teria dito que queria romper o relacionamento. Em casa, o homem pegou uma corda e laçou o pescoço da mulher, matando-a por asfixia.

Atos primitivos

Após a instrução processual, o magistrado proferiu decisão determinando que o réu seja julgado no tribunal do júri pela prática de homicídio qualificado (motivo fútil, asfixia, recurso que dificultou a defesa da vítima e feminicídio). A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que rejeitou o pedido de absolvição sumária com base em legítima defesa da honra.

No recurso dirigido ao STJ, a defesa alegou que as atitudes da vítima ao longo de muitos anos causaram danos graves à honra do marido, deixando-o abalado psicologicamente e fazendo despertar a impulsividade e a violenta emoção que levaram à prática de "atos primitivos".

Ainda segundo a defesa, muito embora a materialidade do crime e a autoria sejam indiscutíveis, haveria uma causa excludente de ilicitude, na modalidade legítima defesa da honra. Por isso, pediu o reconhecimento dessa excludente e, conseqüentemente, a reforma da decisão que mandou o réu ao júri.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 074 – novembro 2019

Subsidiariamente, a defesa pleiteou que, antes do julgamento popular, o TJSC pudesse analisar seus pedidos de afastamento das qualificadoras do crime de homicídio e de diminuição de pena com base no artigo 121, §1º., do Código Penal.

### Tese esdrúxula

O ministro Rogerio Schietti disse que razões processuais impedem o conhecimento do recurso (**Súmula 182** do STJ). Ainda assim, ele lembrou que, pelo menos desde 1991, o tribunal refuta com veemência a tese de legítima defesa da honra como fundamento para a absolvição em casos de homicídio cometido pelo marido contra a esposa.

"Não vivemos mais períodos de triste memória, em que réus eram absolvidos em plenários do tribunal do júri com esse tipo de argumentação", afirmou Schietti, dizendo-se surpreso em ver que esse tipo de fundamento ainda é sustentado pela defesa técnica em uma corte superior, como se a decisão judicial que afastou a "esdrúxula" tese fosse contrária à lei penal.

"Como pretender lícito, ou conforme ao direito, o comportamento de ceifar covardemente a vida da companheira, simplesmente porque ela dançou com outro homem e porque desejava romper o relacionamento?" – questionou o ministro, lembrando que, segundo a acusação, o réu esganou a vítima até ela morrer.

Leia a **decisão**.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, justifica a sua conduta pela legítima defesa, segundo preceitua o artigo 25 do Código Penal.

Nucci, lembrando Jescheck, explica os fundamentos da discriminante:

“A legítima defesa tem dois ângulos distintos, mas que trabalham conjuntamente:

a) no prisma jurídico individual, é o direito que todo homem possui de defender seus bens juridicamente tutelados. Deve ser exercida no contexto individual, não sendo cabível invocá-la para a defesa de interesses coletivos, como a ordem pública ou o ordenamento jurídico;

b) no prisma jurídico-social, é justamente o preceito de que o ordenamento jurídico não deve ceder ao injusto, daí por que a legítima defesa manifesta-se somente quando for essencialmente necessária, devendo cessar no momento em que desaparecer o interesse de afirmação do direito ou, ainda, em caso de manifesta desproporção entre os bens em conflito. É desse contexto que

## Boletim Criminal Comentado nº 074 – novembro 2019

se extrai o princípio de que a legítima defesa merece ser exercida da forma menos lesiva possível” (1).

Por óbvio, como bem asseverou o Ministro Relator, incabível a legítima defesa da honra nos crimes contra a vida, pois manifesta a desproporção entre os bens em conflito.

---

<sup>1</sup> Código Penal Comentado, p. 242.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 075

**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: Acórdão TJSP- Art 157, § 2º, inciso V, artigo 158, e artigo 213, caput, na forma do artigo 69, todos do Código Penal - Clique [aqui](#)**

#### **Palavra da vítima: valor probatório**

A doutrina mais tradicional sempre recebeu com enormes reservas a palavra do ofendido e, em virtude disso, conferiu-lhe pouco ou mesmo nenhum valor probatório.

Sem embargo de tais ressalvas e sob determinadas condições, tem a doutrina e a jurisprudência reconhecido grande valia no depoimento do ofendido, conforme realça Tourinho Filho:

“Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos – **qui clam comittit solent** – que se cometem longe dos olhares de testemunhas –, a palavra da vítima é de valor extraordinário” (Processo Penal, p. 296).

Portanto, nesses delitos, cometidos às ocultas e naqueles em que não se vislumbra, no proceder da vítima, nenhuma intenção em incriminar pessoa até então desconhecida, seu depoimento assume valor decisivo. Conclui-se com as palavras de Julio Fabbrini Mirabete para quem “embora os depoimentos das vítimas em princípio sejam suspeitos, dependendo do caso concreto, estando em sintonia com outras provas dos autos, merecem fé, podendo servir de suporte a de seu espírito, pode encontrar o caminho certo a seguir a fim de alcançar a realização da justiça ao valorar as declarações da vítima, para concluir, sem prevenções, se merecem fé ou não” (Código de Processo Penal, p. 278).

Afinal, na correta advertência do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Vicente Piragibe, “todos nós, que somos juízes, sabemos disto: não se pode deixar de tomar em muita consideração as declarações da ofendida, desde que sejam verossímeis e minuciosas” (Dicionário de jurisprudência penal do Brasil, 1934, n. 3.178).

#### **Palavra da vítima: delitos sexuais**

Em sua conhecida “Jurisprudência de Teses”, o Superior Tribunal de Justiça divulgou, em outubro de 2018, a edição 111 com o tema “Provas no Processo Penal”, na qual se concluiu que “em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas dos autos”.

#### **Palavra da vítima: jurisprudência**

“Os delitos contra os costumes, pela própria natureza, em regra, são praticados sem a presença de testemunhas, razão pela qual a declaração da vítima assume extrema importância, sobretudo se

## Boletim Criminal **Comentado** n° 075 – novembro 2019

corroborada por outros elementos de prova” (STJ – AgRG no REsp n° 1177693-MT, Rel. Og Fernandes, j. 11.06.2013, DJe 21.06.08.2013).

“No que tange aos crimes de violência doméstica e familiar, entende esta Corte que a palavra da vítima assume especial importância, pois normalmente são cometidos sem testemunhas” (STJ – AgRG no AREsp n° 213796-DF, Rel. Campos Marques, j. 19.02.2013, DJe 22.02.2013).

Prova – Roubo qualificado – Palavra da vítima – Valor – “Se a palavra da vítima é aceita como suficiente para marcar a autoria do roubo, também deve ser acolhida a propósito das demais circunstâncias do crime, como as qualificadoras, quando nada nos autos exista para demonstrar de forma contrária” (TACRIM-SP – Rel. Barbosa de Almeida – RJD 25/288).

“O crime de maus-tratos é cometido geralmente no recôndito do lar, longe da vista de outras pessoas não pertencentes ao convívio familiar, pelo que a falta de testemunhas presenciais não invalida os elementos de convicção coligidos” (TACRIM-SP – Rel. Thyrso Silva – RJD 26/170).

“Constitui prova inequívoca e inquestionável da autoria, o reconhecimento do acusado pela vítima de sequestro, se esta permaneceu junto daquele por mais de duas semanas e teve oportunidade de vê-lo sem capuz destinado a lhe ocultar a face” (TARJ – Rel. Antonio Izaias da Costa Abreu – RT 722/530).

“Perante divergência frontal entre a palavra da vítima e a do acusado, de se dar prevalência à do sujeito passivo, pois visando este apenas recuperação do que lhe foi subtraído e incidindo a sua palavra sobre proceder de desconhecidos, seu único interesse é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar inocentes. Impõe-se a solução, máxime quando se trate de réu com antecedentes policiais” (TACRIM-SP – Rel. Juiz Roberto Martins – JUTACRIM 44/427).

### **Crimes de roubo e extorsão: inviabilidade da continuidade delitiva**

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.

Aparece como um dos requisitos da continuidade delitiva a pluralidade de condutas e 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.

A orientação dominante considerava crimes da mesma espécie aqueles inseridos no mesmo tipo penal, com exceções pontuais. Atualmente, no entanto, o STJ tem decidido que tais crimes são aqueles que protegem o mesmo bem jurídico, ainda que por meio de tipos penais diversos:

## Boletim Criminal **Comentado** n° 075 – novembro 2019

“1. 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. 2. Para fins da aplicação do instituto do crime continuado, art. 71 do Código Penal, pode-se afirmar que os delitos de estupro de vulnerável e estupro, descritos nos arts. 217-A e 213 do CP, respectivamente, são crimes da mesma espécie” (REsp 1.767.902/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 13/12/2018).

Em resumo: crimes da mesma espécie = tutela do mesmo bem jurídico.

Há de se destacar, porém, a existência de crimes que, não obstante tutelem o mesmo bem jurídico, são considerados de espécies distintas pelo STJ, que, em razão disso, impede a incidência da continuidade delitiva. Roubo e extorsão estão nesse rol:

“Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois embora sejam delitos do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que inviabiliza a aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal. Precedentes” (HC 461.794/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 07/02/2019).

### **2 - Tema: Acordo de não persecução penal e a bem-sucedida experiência na comarca de Dracena**

Acordos de não persecução penal firmados pela Promotoria de Justiça de Dracena com autores de crimes de falsidade ideológica e corrupção ativa já possibilitaram a obtenção de R\$ 246.500,00, valor que vem sendo pago de forma parcelada. De acordo com os promotores de Justiça Ruy Bodini, Rufino Campos e Antonio Simini Junior, novos acordos podem levar a arrecadação à marca de R\$ 1 milhão. As quantias serão divididas entre as entidades assistenciais devidamente credenciadas junto à comarca de Dracena.

O Centro de Apoio Operacional Criminal (CAO Crim) do MPSP auxiliou os promotores fornecendo modelos que embasaram os acordos firmados e também computadores específicos para este fim.

Os acordos estão sendo entabulados com indivíduos que agiram de forma ilícita ao transferirem suas CNHs, originalmente de São Paulo, para Mato Grosso do Sul, com o objetivo de burlar sanções decorrentes de autuações que haviam recebido no Estado de origem. Alguns deles estavam com habilitações suspensas, cassadas ou prestes a ter tais sanções impostas.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 075 – novembro 2019

A organização criminosa dedicada ao esquema foi desbaratada na Operação Dedo Podre, deflagrada com participação da Polícia Civil. Por meio de interceptação de comunicações, as autoridades verificaram que quatro pessoas se uniram para transferir, de maneira ilícita e mediante o pagamento de propina, CNHs de condutores do Estado de São Paulo para Mato Grosso do Sul. Um dos integrantes da associação criminosa era conhecido morador da cidade de Dracena, bacharel em Direito que se identificava como advogado especialista no ramo de recursos em multas de trânsito. Ele conseguiu cooptar 2 mil motoristas do município e da região, realizando as intermediações para as transferências das carteiras de habilitações para o Estado vizinho.

Após a tramitação de inquérito policial, Campos ofereceu denúncia contra os quatro indivíduos, obtendo junto ao Judiciário a decretação da prisão preventiva de todos. Eles estão detidos desde agosto deste ano. O mesmo promotor requisitou a instauração de inquéritos policiais para cada um dos 131 condutores de veículos que comprovadamente haviam utilizado os serviços da quadrilha, solicitando o bloqueio judicial provisório nos cadastros das CNHs no banco de dados dos Estados de Mato Grosso do Sul, Goiás, Paraná e Pará, com a consequente apreensão do documento pela autoridade policial.

Os motoristas praticaram crimes de falsidade ideológica (ao apresentar endereço falso junto ao Detran/MS, alegando que moravam na cidade de Selvíria e solicitando a transferência da CNH) e de corrupção ativa (caracterizado pelo aos criminosos, sendo que um deles, servidor público do Detran/MS, fazia vistas grossas às pontuações ou penalidades registradas no banco de dados do Estado de São Paulo, aceitando o pedido de transferência dos condutores).

A ideia de firmar acordos de não persecução penal com os envolvidos surgiu a partir do recebimento de várias reclamações de investigados que são profissionais dedicados a atividades que exigem o uso da CNH (caminhoneiros, motoristas, taxistas, etc.). Foram impostas condições como o pagamento de prestação pecuniária fixada no valor mínimo de R\$ 5 mil. Em um esforço que envolveu ainda Judiciário, delegados de polícia, Detran e OAB, em um único mês foram entabulados 30 acordos de não persecução penal, todos realizados na sede da Promotoria de Justiça de Dracena.

Clique na **[PASTA JUSTIÇA NEGOCIADA](#)**, na página do CAOCRIM, para ter acesso aos roteiros e modelos de ANPP.

### **3 - Tema: Associações habitacionais – aspectos criminais**

É sabido, inclusive com previsão no Manual de Atuação Funcional do Ministério Público do Estado de São Paulo, que a implantação de parcelamento do solo para fins urbanos (loteamentos e desmembramentos) exige a aprovação da Prefeitura Municipal, dos órgãos estaduais e,

## Boletim Criminal Comentado nº 075 – novembro 2019

eventualmente, de órgãos federais, quer seja efetuado por pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, associações, cooperativas ou outras formas associativas (art. 460).

Não se questiona, portanto, a legitimidade da associação para esse fim. Questiona-se, na verdade, o que vem, copiosamente, ocorrendo na prática. Associações “de fachada” adquirem imóvel (em regra, grandes glebas rurais). Em seguida, num simples projeto, parcelam o imóvel em lotes menores, para fins urbanos. Desenhado o empreendimento, passam a comercializar as unidades como se fossem cotas da associação existente. Independentemente de seguir para a aprovação nos órgãos competentes, já existe crime.

Reza o art. 50 da Lei 6.766/79:

**Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública.**

**I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;**

**II - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;**

**III - fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.**

**Pena: Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.**

**Parágrafo único - O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido.**

**I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.**

**II - com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ressalvado o disposto no art. 18, §§ 4º e 5º, desta Lei, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.**

**Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.**

Deve ser destacado, para o presente estudo, o parágrafo único do art. 50, que contempla qualificadoras. No inciso I, aparecem como delito qualificado as condutas do alienante consistentes na venda, promessa de venda ou reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

A inexistência de “affectio societatis” sugere a sua utilização para burlar consumidores e o Poder Público. Com efeito, não havendo o vínculo entre os “associados”, a associação será de “fachada”,



## Boletim Criminal **Comentado** nº 075 – novembro 2019

servindo para comercializar lotes de empreendimento não registrado, prática que é vedada por lei (art. 37 da Lei nº 6.766/79).

Nesse caso, a venda de cotas não só configura citado delito, como dá ao adquirente nenhuma garantia, não havendo vínculo real.

Na comarca de Monte Mor, o Município ajuizou ação em face de associação e de seu responsável, que foi julgada procedente e condenou à regularização do empreendimento ou, caso não seja possível, à indenização dos lesados. A matrícula do imóvel foi bloqueada (autos nº 0000302-92.2014.8.26.372).

Clique [aqui](#) para ter acesso ao roteiro elaborado pelos CAOs Criminal e Cível.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Revista íntima. Denúncia anônima. Fundamento exclusivo. Impossibilidade. Ilicitude das provas obtidas.**

**INFORMATIVO 659 STJ- SEXTA TURMA**

É ilícita a prova obtida por meio de revista íntima realizada com base unicamente em denúncia anônima.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

De início, é inarredável a afirmação de que a revista íntima, eventualmente, constitui conduta atentatória à dignidade da pessoa humana, em razão de, em certas ocasiões, violar brutalmente o direito à intimidade, à inviolabilidade corporal e à convivência familiar entre visitante e preso. Em verdade, a adoção de revistas íntimas vexatórias e humilhantes viola tratados internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil e contraria recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos, das Organizações das Nações Unidas e da Corte Europeia de Direitos Humanos. Para compatibilizar os direitos e deveres envolvidos na questão relativa ao controle de ingresso de visitantes em estabelecimentos penitenciários, existem, basicamente, duas correntes. A primeira considera não ser possível a realização de revista íntima em presídios, por ser ela vexatória e atentatória à dignidade da pessoa humana, valor básico ensejador dos direitos fundamentais. Ainda, invoca a proibição constitucional de se submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Há, no entanto, uma segunda corrente, para a qual é possível, sim, a realização de revista íntima em estabelecimentos prisionais, com base em uma ponderação de interesses, pois existe a necessidade de controlar a entrada de produtos proibidos nos presídios – armas, bebidas, drogas etc. –, de forma que, por questão de segurança pública e em nome da segurança prisional, estaria autorizada a medida (desde que, obviamente, fossem tomadas as cautelas devidas, tais como a realização de revista em mulheres por agentes públicos do sexo feminino). No caso, a acusada foi submetida à realização de revista íntima com base, tão somente, em uma denúncia anônima feita ao presídio no dia dos fatos informando que ela tentaria entrar no presídio com drogas, sem a realização de outras diligências prévias para apurar a veracidade e a plausibilidade dessa informação. Portanto, se não havia fundadas suspeitas para a realização de revista na acusada, não há como se admitir que a mera constatação de situação de flagrância, posterior à revista, justifique a medida, sob pena de esvaziar-se o direito constitucional à intimidade, à honra e à imagem do indivíduo.

PROCESSO: REsp 1.695.349-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 08/10/2019, DJe 14/10/2019

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Entende-se por revista íntima, em síntese, a inspeção reservada em pessoas (notadamente familiares) que visitam os habitantes prisionais. Dessa revista não escapa ninguém, mulheres e homens, sejam crianças, adolescentes, jovens, adultos ou idosos. Todos são inspecionados!

De acordo com a praxe, os visitantes inspecionados são obrigados a se despir por completo e agachar repetidamente sobre um espelho, abrir com as mãos o ânus e a vagina, contraindo os músculos para que servidores do estabelecimento penal possam verificar se estão carregando instrumentos ilegais (drogas, material bélicos, acessórios para celulares etc.) ou qualquer outro objeto proibido para dentro do presídio.

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).

Temos corrente lecionando que submeter familiares do preso ao sistema de inspeção vexatória e humilhante é, de certa forma, fazer com que a pena do preso, mesmo que indiretamente, passe para terceiros, violando o art. 5º, XLV, da nossa Bíblia Política.

Vale lembrar que a Argentina, por exemplo, já foi condenada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos por ter submetido mulheres e crianças a procedimento similar. Trata-se de um caso envolvendo a Sra. X e sua filha Y, de 13 anos, que foram submetidas a “revistas vaginais”.

A Comissão concluiu que, “ao impor uma condição ilegal para a realização das visitas à penitenciária sem dispor de mandado judicial ou oferecer as garantias médicas apropriadas, e ao efetuar revistas e inspeções nessas condições, o Estado argentino violou os direitos da Senhora X e sua filha Y consagrados nos artigos 5, 11 e 17 da Convenção, em correlação com o artigo 1.1, que dispõe pela obrigação do Estado argentino de respeitar e garantir o pleno e livre exercício de todas as disposições reconhecidas na Convenção. No caso da menor Y, a Comissão conclui que o Estado argentino também transgrediu o artigo 19 da Convenção”.

Alguns estados já adotam a “revista íntima humanizada”, isto é, 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,

## Boletim Criminal **Comentado** n° 075 – novembro 2019

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 proibem 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. A ideia contida na lei parece ideal, mas, infelizmente, ainda não é realidade no Estado, em que pese, no mês de janeiro de 2016, ter sido condenado a pagar indenização no valor de 10 mil reais por danos morais a uma mulher que, ao visitar o filho em uma penitenciária, foi submetida a revista íntima excessiva e vexatória por suspeita de portar entorpecentes (Apelação nº 0006133-85.2011.8.26.0224).

**2- Tema: Compete à Justiça Federal julgar crime contra a vida em desfavor de policiais militares, consumado ou tentado, praticado no contexto de crime de roubo armado contra órgãos, autarquias ou empresas públicas da União.**

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A Terceira Seção já definiu ser da competência da Justiça comum estadual julgar crimes de homicídio praticados contra Policiais Militares estaduais no exercício de suas funções, mesmo que ocorridos no contexto do crime federal de contrabando.

Não obstante, no PROCESSO: CC 165.117-RS a Corte, através da sua 3ª. Seção destacou situação específica, que redundava em conclusão diversa (diametralmente oposta). Trata-se do caso em que o crime contra a vida é praticado no contexto do crime de roubo armado contra órgãos, autarquias ou empresas públicas da União, cuja tipificação traz as elementares da violência ou da grave ameaça, impera o reconhecimento da competência do Juízo Federal. De acordo com a doutrina, quando um crime ocorre para garantir a impunidade ou vantagem de outro, tem-se a conexão objetiva consequencial ou sequencial. No caso de roubo praticado em detrimento de empresa pública federal - por exemplo, Empresa de Correios e Telégrafos, Caixa Econômica Federal -, havendo a imediata perseguição com troca de tiros, eventual homicídio, consumado ou tentado, implicará conexão consequencial entre os dois delitos. O crime contra a vida, nessa hipótese, só existe em razão do

## Boletim Criminal **Comentado** n° 075 – novembro 2019

delito contra a empresa federal e seu objetivo último é o exaurimento da infração patrimonial. Em outros termos, no mundo fenomenológico, esse homicídio orbita em torno do roubo em detrimento da empresa pública federal em total dependência deste.

PROCESSO: CC 165.117-RS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 23/10/2019, DJe 30/10/2019

### **3- Tema: Lei de Drogas. Interrogatório realizado no início da instrução penal. Nulidade**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 22/11/2019**

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu o Habeas Corpus (HC) 162650 para determinar a realização de uma nova audiência de instrução e julgamento, com a efetivação do interrogatório judicial como último ato da instrução processual penal, em um processo envolvendo um condenado por tráfico de drogas.

No caso, o interrogatório foi feito no início da instrução. Segundo o decano, o artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP) define o interrogatório judicial do réu como o último ato da instrução processual penal e se aplica aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial, como a Lei de Drogas (Lei 11.343/2006).

Assim, para o ministro Celso de Mello, houve clara nulidade processual absoluta, pois o interrogatório foi praticado prematuramente, privando o réu da possibilidade de conhecer todos os elementos eventualmente incriminadores contra ele produzidos em juízo, como provas documentais, exames periciais, declarações da vítima e depoimentos testemunhais.

O relator apontou que o interrogatório é ato de defesa do réu, que, além de não ser obrigado a responder a qualquer indagação feita pelo magistrado, também não pode sofrer qualquer restrição em sua esfera jurídica em virtude do exercício, sempre legítimo, dessa prerrogativa.

O decano frisou que a estrita observância das formas processuais representa, no contexto do ordenamento positivo brasileiro, a certeza de respeito aos direitos, prerrogativas e garantias que o sistema normativo confere a qualquer pessoa sob persecução criminal.

O ministro Celso de Mello anulou a sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal de Tupã (SP), que havia condenado o acusado a 12 anos de reclusão, e o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), o qual havia reduzido a pena para 6 anos e 9 meses. Determinou, ainda, que o acusado seja colocado em liberdade se não estiver preso por outro motivo.

Leia [a íntegra](#) da decisão.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 075 – novembro 2019

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O interrogatório tem natureza mista: meio de obtenção de prova e meio de defesa. Essa orientação está presente no STF e no STJ. A sua violação tem sido causa de nulidade. Por conta desse cenário, o CAO-CRIM, não apenas realizou estudo em boletins pretéritos, como também solicitou ao PGJ a publicação de AVISO aos órgãos de execução do Ministério Público, nos seguintes termos:

#### **AVISO nº 0258/2019 –PGJ**

O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, a pedido do Centro de Apoio Operacional Criminal, AVISA aos Promotores de Justiça Criminais que, considerando o entendimento preponderante do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que no rito processual de crime previsto na Lei nº 11.343/2006, o interrogatório deve ser o último ato da instrução, à luz, especialmente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, solicita-se que tal entendimento seja observado para se evitar anulação da prova produzida. Outras considerações poderão ser obtidas no Boletim do CAOCrim de Setembro de 2018 – semana 4

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim\\_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20\\_4.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/CAOCrim%20informativo%20setembro%202018%20_4.pdf)

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Tráfico de drogas. Crime praticado em presídio por meio de telefone. Art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/2006. Majorante. Incidência.**

**INFORMATIVO 659 STJ-QUINTA TURMA**

Não é necessário que a droga passe por dentro do presídio para que incida a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

O art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006 dispõe que as penas previstas nos arts. 33 a 37 da Lei são aumentadas de um sexto a dois terços se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

No caso objeto do julgado em comento, parte dos acusados de integrar associação criminosa que movimentava grandes volumes de entorpecentes entre estados diversos da federação estavam presos e organizavam a dinâmica da associação valendo-se de telefones celulares possuídos clandestinamente.

Assim, estando os autores dos crimes incluídos no sistema penitenciário, não se pode afastar a conclusão de que seus atos foram praticados no interior do presídio, ainda que os efeitos destes atos tenham se manifestado a quilômetros de distância.

O inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 não faz a exigência de que as drogas, objeto do crime, efetivamente passem por dentro dos locais que se busca dar maior proteção, mas apenas que o cometimento dos crimes tenha ocorrido em seu interior.

PROCESSO: HC 440.888-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 076

**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: TJSP - Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2103746-20.2018.8.26.0000 - Execução Penal - Natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena**

Existe na jurisprudência indisfarçável divergência acerca da natureza jurídica da decisão que defere a progressão de regime de cumprimento de pena, questão que não tem somente interesse acadêmico, mas relevante importância prática.

Para quem entende ser a decisão meramente declaratória, define-se o marco inicial da progressão a partir do implemente dos requisitos do art. 112 da LEP.

Contudo, para quem entende ser constitutiva, a partir da sua publicação começa a contar o prazo para novo benefício.

A questão debatida no TJ-SP, mais precisamente no **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 2103746-20.2018.8.26.0000-Execução Penal**, que acabou adotando a primeira corrente, seguindo precedentes do STJ:

“Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Divergência acerca da natureza da decisão que defere a progressão do regime de cumprimento de pena, para se definir o marco inicial a ser considerado como do implemento dos requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

Indicação da existência de posicionamentos divergentes entre Câmaras de Direito Criminal deste Tribunal. Risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica configurado. Tese jurídica A decisão que defere a progressão de regime tem natureza meramente declaratória. O lapso temporal para aquisição de benefícios deve ser a data em que foi efetivamente alcançado o requisito objetivo para a concessão da benesse. Deferido o direito de progressão, o lapso inicial para contagem deve retroagir ao tempo que o reeducando alcançou o direito à progressão. Orientação do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Recurso de origem: Fixada a tese jurídica supracitada, considera-se como meramente declaratória a decisão que deferiu a progressão de regime ao sentenciado. Cabível a reforma almejada pela defesa para determinar como marco inicial para a contagem de requisito objetivo de benefícios a data em que efetivamente alcançado o lapso para a progressão requerida. Agravo ministerial improvido. Agravo defensivo provido”.

Contudo, alertamos existir um detalhe: o TJ SP contentou-se com a data do preenchimento dos requisitos objetivos da progressão, ignorando os subjetivos. O STJ, citado pela Corte paulista, pressupõe o preenchimento de todos os requisitos (objetivos e subjetivos). Esse detalhe não passou despercebido do MP SP, que ofereceu embargos e firmou posição nessa questão, que é

## Boletim Criminal Comentado nº 076 – novembro 2019

acompanhada de perto pela equipe do CAOCRIM ([clique aqui para ter acesso aos embargos e clique aqui para ter acesso ao acórdão do TJSP](#)).

### 2- Tema: Tabela - Competência de foro por prerrogativa de função

AUTORIDADES	TIPO DE CRIME	ÓRGÃO JULGADOR
1. Presidente	Crime funcional	STF, Plenário (art. 102, I, b, e 86, CF)
2. Vice-Presidente	Crime funcional	STF, Plenário (art. 102, I, b, CF)
3. Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica	Crime funcional	STF, Turma (art. 102, I, c, CF)
4. Governador de Estado e do Distrito Federal	Crime funcional	STJ, Corte Especial (art. 105, I, a, CF)
5. Vice-Governador de Estado	Crime funcional	Art. 74, I, da Constituição de SP (Tribunal de Justiça)
6. Secretários de Estado	Crime funcional	Art. 74, I, da Constituição SP (Tribunal de Justiça).
7. Prefeito	Crime funcional	TJ (art. 29, X, CF)
8. Oficiais Gerais das Forças Armadas	Crimes militares	STM (art. 6º, I, a, Lei 8.457/92)
9. Demais Oficiais das Forças Armadas	Crimes militares	Conselho Especial de Justiça (art. 27, I, Lei 8.457/92).
10. Ministros do STF	Crime funcional	STF, Plenário (art. 102, I, b, CF)

## Boletim Criminal Comentado nº 076 – novembro 2019

11. Membros de Tribunais Superiores (STJ, TSE, STM, TST)	Crime funcional	STF, Turma (art. 102, I, c, CF)
12. Procurador-Geral da República	Crime funcional	STF, Plenário (art. 102, I, b, CF)
13. Membros do CNJ e membros do CNMP	Crime funcional	De acordo com o cargo de origem
14. Advogado-Geral da União	Crime funcional	STF, Turma (art. 102, I, b, CF)
15. Membros dos TRFs, do TRT e do TRE	Crime funcional	STJ, Corte Especial (art. 105, I, a, CF)
16. Desembargadores dos TJs	Crime funcional	STJ, Corte Especial (art. 105, I, a, CF)
17. Juízes Federais, incluídos da Just. do Trabalho e da Just. Militar	Crime funcional	TRF (art. 108, I, a, CF), exceto crimes eleitorais (TRE)
18. Membros MPU que oficiem perante Tribunais Superiores	Crime funcional	STJ (art. 105, I, a, CF)
	Crimes eleitorais	TRE
19. Juízes estaduais e do DF	Crime funcional	TJ (art. 96, III, CF)
	Crimes eleitorais	TRE
20. Procurador-Geral de Justiça	Crime funcional	TJ (art. 96, III, CF)
21. Membros do MP Estadual	Crime funcional	TJ (art. 96, III, CF c/c art. 40, IV, da Lei 8.625/93)

Boletim Criminal **Comentado** nº 076 – novembro 2019

	Crimes eleitorais	TRE
22. Defensor Público Geral	Crime funcional	Art. 74, I da Constituição de SP. (Tribunal de Justiça).
23. Deputados Federais e Senadores	Crime funcional	STF, Turma (art. 102, I, b, CF)
24. Deputados Estaduais	Crime funcional	Artigo 14, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo (Tribunal de Justiça).
25. Vereadores	Qualquer infração	Não há prerrogativa de função no Estado de SP
26. Membros do TCU	Crime funcional	STF, Turma (art. 102, I, c, CF)

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: STF considera legítimo compartilhamento de dados bancários e fiscais com Ministério Público. Resumo dos votos dos ministros:**

**DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 28/11/2019**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que é legítimo o compartilhamento com o Ministério Público e as autoridades policiais, para fins de investigação criminal, da integralidade dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF), sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário. A tese de repercussão geral será discutida na próxima quarta-feira. Estamos acompanhando de perto essa questão, pois o acesso a tais informações, sem intervenção judicial, retrata a realidade dos países desenvolvidos e democráticos; o combate à corrupção e à criminalidade complexa, seja de massa ou de colarinho branco, exige vigilância por parte da Unidade de Inteligência Financeira, das pessoas obrigadas e constante troca de informações.

A Lei de Lavagem de Dinheiro confere instrumentos eficientes à investigação criminal, especialmente no âmbito do Ministério Público de São Paulo. De fato, nos anos de 2016/2017/2018, o GAECO realizou uma média de uma operação a cada três dias; foram realizadas quase 3 mil buscas e apreensões; apreendidos quase 1300 veículos; 460 imóveis foram sequestrados; quase R\$ 100 milhões apreendidos em espécie.

Pois bem. O julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1055941 foi concluído nesta quinta-feira (28) com os votos da ministra Cármen Lúcia e dos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por maioria, o recurso foi julgado procedente para restabelecer sentença condenatória fundamentada em dados compartilhados pela Receita sem prévia autorização judicial.

Formaram a corrente vencedora os ministros Alexandre de Moraes (**íntegra do voto**), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, relator do recurso e presidente do STF. Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Na sessão, o ministro Toffoli reajustou seu voto para dar provimento integral ao recurso e restabelecer a sentença. Com a retificação, o presidente ressaltou sua posição pessoal, mas adotou o entendimento da maioria, admitindo que a Receita compartilhe a íntegra do procedimento administrativo fiscal sem autorização judicial.

## Boletim Criminal **Comentado** n° 076 – novembro 2019

Com a conclusão do julgamento, foi revogada a liminar deferida pelo relator, que havia determinado a suspensão nacional de todos os processos judiciais e dos inquéritos e procedimentos de investigação criminal instaurados sem a autorização prévia do Poder Judiciário sobre o compartilhamento de dados detalhados pelos órgãos de fiscalização e controle protegidos por sigilo fiscal e bancário.

Confira, abaixo, o resumo dos votos proferidos na sessão de quinta-feira.

### **Ministra Cármen Lúcia:**

A ministra Cármen Lúcia entende que não há irregularidade no compartilhamento integral de informações obtidas legalmente pelos órgãos de fiscalização com o Ministério Público e a polícia quando forem detectados indícios da prática de delitos criminais. Segundo ela, a comunicação às autoridades competentes de informações que revelem a prática de ilícitos não viola o dever de sigilo, pois o direito fundamental à privacidade e ao sigilo não deixa os cidadãos imunes à atuação do Estado com o objetivo de combater a criminalidade.

A ministra salientou que a legislação brasileira estabelece como dever funcional a comunicação de quaisquer atividades suspeitas de práticas ilícitas aos órgãos competentes para abrir investigações criminais. Por outro lado, a lei prevê a obrigatoriedade da manutenção do sigilo pela autoridade que receber as informações, sob pena de responsabilização civil e penal.

### **Ministro Ricardo Lewandowski:**

Ao votar pelo provimento integral do RE, o ministro Ricardo Lewandowski lembrou que a matéria em discussão é semelhante à apreciada pelo Supremo no RE 601314, também com repercussão geral, quando o Plenário declarou a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001 e considerou dispensável a autorização judicial para que a Receita coletasse informações bancárias de contribuintes. Em decorrência dessa decisão, o ministro passou a considerar lícita, também, a transferência dos dados obtidos legalmente pela Receita ao Ministério Público, para fins persecução penal.

Segundo Lewandowski, não se está diante de prova obtida ilegalmente ou de quebra indevida de sigilo bancário e fiscal por parte da Receita, pois o órgão agiu mediante a instauração de prévio processo administrativo fiscal e nos estritos termos da legislação. “Aqui, não se cogita de compartilhamento indiscriminado ou aleatório de dados bancários e fiscais entre a Receita e o Ministério Público, mas tão somente de transferência ou repasse daquela repartição para este órgão de provas relativas à sonegação fiscal de contribuintes para o efeito de promoção de sua responsabilidade penal”, destacou.

Leia a [íntegra do voto do ministro Ricardo Lewandowski](#).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 076 – novembro 2019

### **Ministro Gilmar Mendes**

No entendimento do ministro Gilmar Mendes, a Receita Federal deve repassar ao Ministério Público todas as informações imprescindíveis para viabilizar a ação penal e dados que demonstrem a constituição definitiva do crédito tributário. Contudo, ele considera temerário estabelecer de forma antecipada quais informações podem constar da Representação Fiscal para Fins Penais.

No caso da UIF, o ministro frisou que o órgão tem o dever legal de disseminar informações. Mas, segundo Gilmar Mendes, o Relatório de Inteligência Fiscal deve ser entendido como mera peça de inteligência financeira – “como diz seu nome” -, e exatamente por sua natureza, não pode ser usado como elemento indiciário ou probatório para fins de instauração de inquérito ou ação penal.

### **Ministro Marco Aurélio:**

O ministro Marco Aurélio ficou totalmente vencido, ao votar pelo desprovimento do recurso extraordinário por entender que o sigilo de dados só pode ser afastado excepcionalmente – com objetivo específico e por decisão judicial -, sob pena de insegurança jurídica. “Devo ter presente, acima de tudo, não a busca, a ferro e fogo, da responsabilidade penal, mas o ditame constitucional”, afirmou.

Para o ministro, o TRF-3, na decisão objeto do recurso, não transgrediu a Constituição, pois, ao aplicar o inciso XII do artigo 5º, preservou a garantia do sigilo.

### **Ministro Celso de Mello:**

O ministro Celso de Mello também votou pelo não provimento ao recurso. Entretanto, considerou plenamente legítimo o compartilhamento pela UIF do conteúdo de seus relatórios de inteligência financeira com os órgãos de persecução criminal, recaindo sobre o Ministério Público e a Polícia Judiciária o dever de preservar o sigilo dos dados e das informações transmitidos.

Em razão das garantias constitucionais de proteção ao sigilo bancário e fiscal, o ministro entende que a representação fiscal para fins penais deve conter somente a descrição objetiva do fato alegadamente delituoso e outros dados informativos referentes ao contribuinte, sem a remessa, portanto, de documentos protegidos por sigilo, como extratos bancários, declarações de Imposto de Renda, livros contábeis e notas fiscais. Para o decano, a exigência de prévia autorização judicial não frustra nem impede o exercício pleno, por qualquer órgão do Estado, dos poderes investigatórios, fiscalizatórios e punitivos.

Leia a [íntegra do voto do ministro Celso de Mello](#).

**2-Tema: Ação penal de competência do Júri. Estatuto do índio. Estudo antropológico. Relevância. Compreensão dos contornos socioculturais dos fatos analisados. Momento oportuno. Sentença de pronúncia.**

**INFORMATIVO 659 STJ- SEXTA TURMA**

Embora não possua caráter vinculante, a realização de perícia antropológica constitui-se em importante instrumento para assistir as partes nos debates em plenário e também o julgador na imposição de eventual reprimenda, podendo, no caso, ser realizado após a pronúncia do réu, sem prejuízo ao andamento processual.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Embora a perícia antropológica não possua caráter vinculante, constitui importante instrumento para assistir o julgador no processo decisório. A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RR, relativo ao processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, destacou a importância da realização do estudo antropológico, dado que "a inclusão de determinada área entre as 'terras tradicionalmente ocupadas pelos índios' não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório". Merece também relevo, mormente no âmbito penal, a Resolução n. 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça, a qual estabelece que, "[a]o receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, a autoridade judicial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica, que fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada". Portanto, resulta acentuada a relevância do estudo antropológico para a adequada compreensão dos contornos socioculturais tanto dos fatos analisados quanto dos indivíduos a quem são imputados, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, "[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola". Ante a concreta possibilidade de virem a ser julgados e, eventualmente, condenados pela prática dos crimes de que são acusados, será fundamental, para a precisa individualização das sanções criminais, que o juiz-presidente do Tribunal do Júri tenha as informações necessárias para efetuar o juízo de reprovação que consubstancia a ideia (lato sensu) de culpabilidade. Não se verifica, assim, prejuízo ao andamento processual que, uma vez (e se) pronunciados os réus, seja determinada a realização do Estudo Antropológico, *pari passu* aos atos necessários à preparação do julgamento, para o qual, então, deverá o laudo estar concluído e colocado à disposição não apenas dos juízes, leigos e togados, mas também das partes, ao escopo de auxiliá-las nos debates que se desenvolverão em sessão plenária.



## Boletim Criminal **Comentado** n° 076 – novembro 2019

Proc. RHC 86.305-RS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª T., por maioria, julgado em 1/10/2019, DJe 18/10/2019.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A condição de índio não integrado não gera presunção de incapacidade penal. A regra é a sua imputabilidade, que poderá ser afastada quando doente mental, menor de 18 anos na data dos fatos ou tomado por embriaguez acidental completa, como ocorre com todas as pessoas.

Não se descarta, entretanto, diante do caso concreto, que a sua não integração seja causa excludente da culpabilidade, mas por ausência de potencial consciência da ilicitude ou inexistência de conduta diversa. Nesse sentido, explica Víctor Gabriel Rodríguez:

“No Brasil, em que ainda resta alguma população indígena não de todo integrada ao resto da sociedade, há que se questionar acerca da imputabilidade do índio. Mas esse questionamento deve necessariamente partir do abandono da antiga concepção de que o índio não integrado não tem desenvolvimento mental completo. Ainda que se reconheça, por questões antropológicas que aqui não cabe aprofundar, que a sociedade indígena se encontra em uma fase anterior de desenvolvimento – o que ainda assim é muito relativo –, não há qualquer sustentáculo, sequer jurídico, para que ao indígena não integrado se o considere de algum modo mentalmente incapacitado.

O que pode ocorrer ao índio não integrado é que a ignorância acerca dos valores vigentes na sociedade não indígena possam impedir o conhecimento da proibição de alguns delitos. Não se trata apenas de conhecer a lei penal – que nesse contexto é o menor dos problemas –, mas da absorção ou não dos valores que são subjacentes à norma jurídico penal. Se o ser humano aprende por imitação, há que se saber reconhecer que uma atitude que nos pareça abjeta pode representar um valor positivo a outra cultura. Em algumas tribos da Amazônia, matar o recém-nascido, o ancião ou o doente é atitude socialmente valorada para a manutenção do grupo” (*Fundamentos e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 284-5).

Recentemente, o STJ deu parcial provimento a recurso em habeas corpus no qual a defesa de dezenove índios acusados de assassinar dois agricultores no Rio Grande do Sul pedia a realização de exame antropológico por meio do qual fosse possível apurar elementos culturais e de organização social dos acusados. Um dos argumentos utilizados foi o de que “dizer que a conduta matar alguém é reprovável em qualquer povo indígena, induz a uma lógica equivocada e, com todo respeito, a conclusões presunçosas. Tal tipo de aferição só poderia ser feita para cada povo, em perícia técnica através de laudo antropológico e de maneira contextualizada. Vale lembrar que na nossa própria cultura há caso em que a conduta matar alguém é tida como não reprovável, como é o caso da legítima defesa, estado de necessidade etc.”.

## Boletim Criminal Comentado nº 076 – novembro 2019

A segunda instância havia negado o mesmo pedido argumentando que não havia elementos indicativos de que os acusados vivessem isolados e desconhecessem as regras e costumes da sociedade não indígena. Mas o STJ enxergou relevância no exame. Não para aferir a especificamente a imputabilidade, mas para analisar aspectos mais abrangentes que podem envolver a sociedade indígena da qual os acusados eram provenientes, o que pode provocar efeitos na responsabilidade penal. Citando precedente do Supremo Tribunal Federal e parecer do Ministério Público Federal, afirmou o ministro Rogério Schietti Cruz:

“Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Embargos de Declaração na Petição n. 3.388/RR, relativo ao processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, destacou a importância da realização do estudo antropológico, dado que “a inclusão de determinada área entre as ‘terras tradicionalmente ocupadas pelos índios’ não depende de uma avaliação puramente política das autoridades envolvidas, e sim de um estudo técnico antropológico. Sendo assim, a modificação da área demarcada não pode decorrer apenas das preferências políticas do agente decisório” (Pet n. 3.388 ED, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013, DJe-023 DIVULG 3/2/2014 PUBLIC 4/2/2014).

Ainda sobre a importância da perícia, salienta o Ministério Público Federal que “é insatisfatório saber se o indígena era integrado ou isolado, ou ainda o grau de contato com a sociedade não índia, na medida em que a perícia não visa aferir o grau de imputabilidade dos acusados, mas sim obter uma compreensão da diversidade cultural que permeia os fatos, notadamente os elementos étnicos, históricos e culturais relevantes, que, no caso ora sob análise, são essenciais para o deslinde da questão” (fl. 331, destaquei).

Destaco ainda que a já mencionada Resolução n. 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que, “[a]o receber denúncia ou queixa em desfavor de pessoa indígena, a autoridade judicial poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica, que fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada” (fl. 537, destaquei).

Portanto, resulta acentuada a relevância do estudo antropológico para a adequada compreensão dos contornos socioculturais tanto dos fatos analisados quanto dos indivíduos a quem são imputados, de modo a auxiliar o Juízo de primeiro grau na imposição de eventual reprimenda, mormente diante do que prescreve o art. 56 do Estatuto do Índio, segundo o qual, “[n]o caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola” (grifei).”

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Terceira Seção do STJ aprova súmula sobre transferência e permanência de detentos em presídios federais**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a Súmula 639, que dispõe sobre a transferência ou permanência de presidiário em penitenciária federal sem anterior consulta ao advogado.

O enunciado tem a seguinte redação: **“Não fere o contraditório e o devido processo decisão que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal”**.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De acordo com o art. 3.º da Lei 8.072/90, a União deve manter estabelecimentos penais de segurança máxima, destinados ao cumprimento de penas por condenados cuja periculosidade ponha em risco a ordem ou a incolumidade pública em caso de permanência nos presídios estaduais. A falta de presídios federais, além de acarretar o risco à ordem e à incolumidade públicas, ocasiona a transferência diuturna de presos, não somente entre estabelecimentos do próprio Estado, como também entre diversas Unidades da Federação, como já pudemos testemunhar, o que traz, sem nenhuma dúvida, despesas e riscos muito elevados, que podem ser evitados se o sistema dispõe de estabelecimentos adequados para que a lei seja devidamente cumprida.

Para disciplinar com maior rigor o funcionamento dos estabelecimentos penais federais, editou-se a Lei 11.671/08, que especifica as condições para a inclusão do preso no sistema. Nesses estabelecimentos, são os juízes federais os responsáveis pela execução penal (art. 2º), que abrange apenas as situações em que a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio preso, condenado ou provisório (art. 3º). O art. 3º do Decreto 6.877/09 – que regulamenta a lei – estabelece que a inclusão no sistema federal ocorre nas situações em que o preso esteja inserido em ao menos uma das seguintes circunstâncias:

**I** – ter desempenhado função de liderança ou participado de forma relevante em organização criminosa;

**II** – ter praticado crime que coloque em risco a sua integridade física no ambiente prisional de origem;

**III** – estar submetido ao Regime Disciplinar Diferenciado – RDD;

**IV** – ser membro de quadrilha ou bando, envolvido na prática reiterada de crimes com violência ou grave ameaça;

## Boletim Criminal Comentado nº 076 – novembro 2019

**V** – ser réu colaborador ou delator premiado, desde que essa condição represente risco à sua integridade física no ambiente prisional de origem; ou

**VI** – estar envolvido em incidentes de fuga, de violência ou de grave indisciplina no sistema prisional de origem.

A transferência deve ser previamente admitida pelo próprio juiz federal com jurisdição sobre o estabelecimento penal (art. 4º), sendo que no caso de prisão provisória o juízo de origem deprecia apenas a execução e a fiscalização da medida, mantendo-se competente para o processo. Excepcionalmente, em caso de extrema necessidade, o juiz federal pode autorizar a inclusão do preso no estabelecimento antes do processo de instrução da transferência (art. 5º, § 6º), que pode ser provocado, após admissibilidade pelo juiz da origem, pela autoridade administrativa, pelo Ministério Público e pelo próprio preso, cabendo à Defensoria Pública da União prestar a assistência judiciária necessária.

Nada impede que a defesa seja ouvida antes da transferência, mas, como é comum em situações desta natureza, as circunstâncias podem demandar o deslocamento imediato do preso, normalmente envolvido em atividades criminosas dentro do próprio estabelecimento em que originalmente cumpre a pena ou está cautelarmente recolhido. Sendo este o caso, é evidente que a prévia oitiva pode contribuir para agravar a situação de insegurança no estabelecimento prisional. Por isso, o STJ tem decidido que, constatada a necessidade premente de que o preso seja retirado do lugar em que se encontra, a transferência pode ocorrer independentemente de sua oitiva:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de não haver malferimento ao contraditório ou ampla defesa, pela ausência de oitiva prévia da defesa acerca da decisão que determina tanto a transferência quanto a permanência do custodiado em estabelecimento penitenciário federal, quando se constatar o caráter urgente e emergencial da medida ou o prejuízo que a ouvida preliminar do preso poderia acarretar para a garantia da ordem pública. Precedentes” (HC 455.702/PR, j. 20/9/2018).

### **2- Tema: Cumprimento da pena privativa de liberdade e inadimplemento da pena de multa**

#### **STF- AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.098.379 SÃO PAULO**

##### EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33, CAPUT, E 35 DA LEI 11.343/2006. EXECUÇÃO PENAL. PAGAMENTO DA PENA

## Boletim Criminal **Comentado** nº 076 – novembro 2019

DE MULTA. INOCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 5º, XLVI, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. ADI 3.150. RECURSO PROVIDO.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor do acórdão.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

É sabido que o STJ vinha entendendo que a pena de multa, após a alteração do art. 51 do CP, passou a ter natureza não penal (dívida de valor). Dentro desse espírito, não somente mandava a sua execução ocorrer na Vara da Fazenda, promovida pela Procuradoria da Fazenda, como também admitia a extinção da execução penal sem que a sanção pecuniária fosse cumprida.

Esse panorama não pode mais prevalecer. O Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou tese diametralmente oposta. A multa deve ser executada pelo Ministério Público na Vara das Execuções Criminais, pois não perdeu o caráter penal.

Diante desse quadro, não pode a instância *a quo* divergir do entendimento firmado pela Corte Suprema, máxime em se tratando de decisão proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, observada a existência de orientação fixada pelo Pleno desta Suprema Corte sobre a questão constitucional, a execução da pena não pode ser extinta enquanto não cumpridas todas as sanções (inclusive a de multa).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 077

**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

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1-Tema: Estatuto do Desarmamento - A evolução dos decretos regulamentadores e o conflito de leis penais no tempo**

No ano de 2019, o Poder Executivo da União editou diversos decretos, com o objetivo de alterar a regulamentação da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento).

O primeiro deles foi o Decreto 9.685, publicado em 15 de janeiro, que, dentre outras coisas, aumentou o prazo para renovação dos certificados de registro de armas de fogo para 10 anos e prorrogou-os automaticamente por tal período.

Em 8 de maio, houve a publicação do Decreto 9.785/2019, que revogou completamente o antigo regulamento (Decreto 5.123/2004), trazendo uma completa reclassificação das armas e munições, de modo que muitas daquelas antes consideradas de uso restrito passaram a ser classificadas como de uso permitido.

O reflexo foi imediato: tais alterações atingiram a própria tipicidade dos crimes dos arts. 12, 14, 16 e 19 do Estatuto do Desarmamento, que são normas penais em branco, cujos complementos se encontram justamente nas normas regulamentadoras infralegais. Assim, por exemplo, se alguém estivesse sendo processado pelo crime do art. 16, caput, por portar arma de fogo de uso restrito, que foi reclassificada como de uso permitido, o acusado seria beneficiado pela alteração havida na regulamentação, ocorrendo uma automática mudança na própria classificação da infração penal, sendo aplicável o art. 12 ou 14 do Estatuto, a depender das circunstâncias do caso.

O decreto 9.785/2019 foi logo modificado pelo Decreto 9.797/2019, publicado em 22 de maio. Não houve alteração para fins de classificação das armas, mas, basicamente, um aperfeiçoamento da redação.

A respeito das publicações desses decretos, este CAOCrim publicou então alguns comentários, respectivamente, nos Boletins das semanas 2 dos meses de maio e junho, que podem ser acessados em nossa página na internet. Agora, trazemos no presente texto um resumo do que já comentados e as atualizações havidas desde então.

Em 25 de junho de 2019, foram publicados nada menos que quatro decretos: 9.844, 9.845, 9.846, 9.847. O primeiro nasceu revogado pelo último; os demais entraram efetivamente em vigor, ficando revogado o Decreto 9.785. Não houve alteração da sistemática de classificação das armas e munições, de modo que o quadro iniciado em maio permaneceu o mesmo.

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

Paralelamente, vigorava o Decreto 3.665/2000, conhecido como R-105, e que trazia o Regulamento de Produtos Controlados. Era importante, pois também tratava de armas, acessórios e munições, com definições relevantes para o entendimento do Estatuto do Desarmamento.

Ainda em 2018, houve a edição do Decreto 9.493, que traria o novo Regulamento de Produtos Controlados. Foi fixado período de vacatio que deveria terminar em julho de 2019, mas que acabou sendo estendido, até que, em 13 de outubro de 2019, foi editado o Decreto 10.030/2019, que revogou tanto o Decreto 3.665/2000 quanto o Decreto 9.493 e efetivamente instituiu novo o Regulamento de Produtos Controlados.

Portanto, atualmente estão em vigor e merecem atenção do intérprete do Estatuto do Desarmamento os seguintes decretos:

9.845/2019

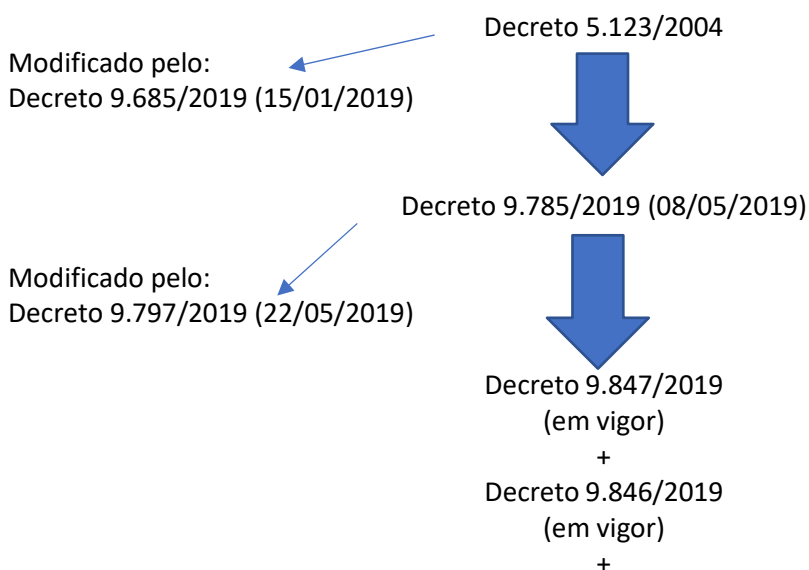
9.846/2019

9.847/2019

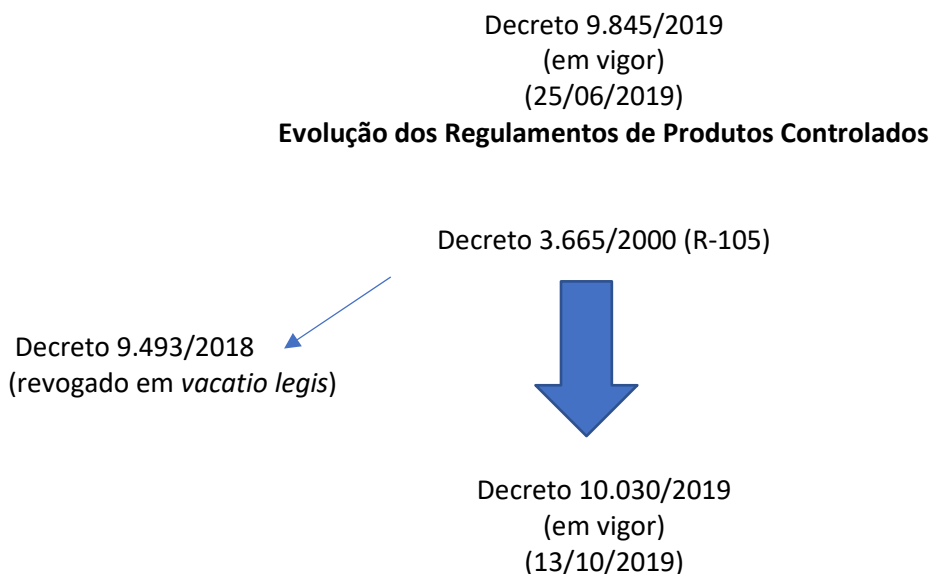
10.030/2019

A seguir, apresentamos dois gráficos retratando essa evolução.

### Evolução dos Decretos Regulamentadores da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)







#### **O Decreto 9.785/2019: alteração dos critérios de classificação**

Segundo o Decreto 9.785, passou a ser considerada arma de fogo de uso permitido a semiautomáticas ou de repetição:

- a) de porte que, 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;
- b) portátil de alma lisa; ou
- c) portátil 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.

De plano, notam-se duas coisas: o Decreto 9.785/2019 ingressou em definições que, até então, eram deixadas inteiramente a cargo do Regulamento de Produtos Controlados; e que se abandonou a técnica de citação expressa dos calibres nominais, mantendo-se apenas o critério da energia cinética da munição na saída do cano.

#### **Quais armas passaram a ser de uso restrito e proibido?**

Segundo o Decreto 9.785, passou a ser considerada de uso proibido, a arma de fogo: classificada como de uso proibido em tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e dissimulada, com aparência de objeto inofensivo.

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

Passou a ser classificada como de uso restrito a arma de fogo automática, semiautomática ou de repetição:

a) não portátil;

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 seiscientos e vinte joules; ou

c) portátil 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 seiscientos 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 fuzis, deixando os revólveres e pistolas, salvo raras exceções (sendo exemplo a pistola .50), na categoria do uso permitido.

O impacto penal foi grande.

Como já observado e para ficarmos nos exemplos mais comuns, 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, foram imediatamente beneficiados pelo Decreto 9.785/2019.

Isso significa que os acusados pela prática do crime do art. 16, em casos de aplicação do 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 tiver sido 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 equiparado a 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 9.785/2019 representou inegável *novatio legis in melius* e, como tal, retroagiu, atingindo até mesmo os processos com trânsito em julgado.

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,

## Boletim Criminal **Comentado** n° 077 – dezembro 2019

das traçantes, das explosivas e das incendiárias”. Então, com a redação dada pelo Decreto 9.797, foram classificadas como 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”.

Quanto aos acessórios, nada mudou em relação à regulamentação que havia na época, eis que o Decreto 9.785 nada dispôs a respeito, ficando mantidas as definições então existentes, ainda do Decreto 3.665/2000, até ser revogado e substituído pelo Decreto 10.030/2019.

O regime atual: Decretos 9.845, 9.846, 9.847 e 10.030/2019 e Portaria MD/CE 1.222/2019

Vejamos como ficaram os objetos materiais da maioria dos crimes do Estatuto do Desarmamento com essa nova regulamentação.

Os conceitos são encontrados no Regulamento do Estatuto, hoje dividido em três Decretos - 9.845, 9.846. 9.847/2019 -, bem como no Regulamento de Produtos Controlados, do Decreto 10.030/2019. Útil, também, para o estudo do tema é a Portaria do Ministério da Defesa/Comando do Exército 1.222/2019.

### **Armas de fogo de uso proibido**

São armas de fogo de uso proibido: a) as armas de fogo classificadas de uso proibido em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; e as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos (art. 2º, III, Decreto 9.847/2019).

### **Armas de fogo de uso restrito**

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

Armas de fogo de uso restrito, segundo o art. 2º, II, do Decreto 9.847/2019, que manteve os mesmos parâmetros do revogado Decreto 9.785, são as armas de fogo automáticas<sup>1</sup> e as semiautomáticas<sup>2</sup> ou de repetição<sup>3</sup> que sejam: a) não portáteis;<sup>4</sup> b) de porte<sup>5</sup>, cujo calibre nominal,<sup>6</sup> com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova<sup>7</sup>, energia cinética<sup>8</sup> superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou c) portáteis<sup>9</sup> 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.

Mas, afinal, levando-se em considerações os calibres nominais, quais são as armas de uso restrito?

Para dar uma resposta a esta importante indagação, o Ministério da Defesa, por meio do Comando do Exército editou a Portaria 1.222, de 12 de agosto de 2019, contendo anexos com tabelas de calibres nominais e a respectiva classificação, levando-se em consideração os parâmetros dos

---

<sup>1</sup> Arma de fogo automática: arma em que o carregamento, o disparo e todas as operações de funcionamento ocorrem continuamente enquanto o gatilho estiver sendo acionado (Decreto 10.030/2019, Anexo III – Glossário).

<sup>2</sup> Arma de fogo semiautomática: arma que realiza, automaticamente, todas as operações de funcionamento com exceção do disparo, exigindo, para isso, novo acionamento do gatilho (Decreto 10.030/2019, Anexo III – Glossário).

<sup>3</sup> Arma de fogo de repetição: arma em que a recarga exige a ação mecânica do atirador sobre um componente para a continuidade do tiro (Decreto 10.030/2019, Anexo III – Glossário).

<sup>4</sup> Arma de fogo não portátil: as armas de fogo que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, precisam ser transportadas por mais de uma pessoa, com a utilização de veículos, automotores ou não, ou sejam fixadas em estruturas permanentes (art. 2º, IX, Decreto 9.847/2019).

<sup>5</sup> Arma de fogo de porte: as armas de fogo de dimensões e peso reduzidos que podem ser disparadas pelo atirador com apenas uma de suas mãos, a exemplo de pistolas, revólveres e garruchas (art. 2º, VII, Decreto 9.847/2019).

<sup>6</sup> Calibre nominal: é a designação que define ou caracteriza um tipo de munição ou de arma de fogo produzida pelo fabricante. Normalmente está relacionado às dimensões da munição, expressa em milímetros ou em frações de polegada (art. 2º, I, Portaria MD/CE 1.222/2019).

<sup>7</sup> Cano de prova ou provete: é um cano de dimensões especiais usados para teste com munições (art. 2º, II, Portaria MD/CE 1.222/2019).

<sup>8</sup> Energia cinética: é a energia associada ao estado de movimento de um objeto (art. 2º, III, Portaria MD/CE 1.222/2019).

<sup>9</sup> Arma de fogo portátil: as armas de fogo que, devido às suas dimensões ou ao seu peso, podem ser transportada por uma pessoa, tais como fuzil, carabina e espingarda (art. 2º, VIII, Decreto 9.847/2019).

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

Decretos 9.847, 9.846 e 9.845. Pode-se perfeitamente afirmar que as tabelas a seguir expostas também refletem os parâmetros do revogado Decreto 9.785, podendo ser aplicadas retroativamente aos fatos ocorridos a partir de 8 de maio de 2019.

### LISTAGEM DE CALIBRES NOMINAIS DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO

<b>Calibre Nominal</b>	<b>Energia (Joules)</b>	<b>Classificação(2)</b>
41 Remington Magnum	1657,91	Restrito
44 Remington Magnum	1849,35	Restrito
454 Casull	3130,41	Restrito
460 S&W Magnum	3883,88	Restrito
457 Linebaugh	2359,85	Restrito
480 Ruger	1986,47	Restrito
50 Action Express	1917,38	Restrito
500 S&W Magnum	3900,98	Restrito
500 Special	1991,78	Restrito
6mm Remington	3140,32	Restrito
6.5 Creedmoor	3356,24	Restrito
6.5 Grendel	2464,41	Restrito
6.5 x 55 Swedish	3152,18	Restrito
6.8mm Remington SPC	2636,84	Restrito
7mm Mauser (7x57)	3327,22	Restrito
7mm Remington Magnum	4365,04	Restrito
7mm Remington Short Action Ultra Magnum	4324,95	Restrito
7mm Remington Ultra Magnum	4961,65	Restrito
7mm Shooting Times Westerner	5086,92	Restrito
7mm Weatherby Magnum	4248,57	Restrito
7mm Winchester Short Magnum	4623,38	Restrito
7mm-08 Remington	3715,49	Restrito
7 x 64 Brenneke	3667,25	Restrito
7-30 Waters	2633,16	Restrito
7.62 x 39	2044,60	Restrito
8mm Mauser (8x57)	2801,88	Restrito
8mm Remington Magnum	5247,44	Restrito

## Boletim Criminal Comentado n° 077 – dezembro 2019

9.3 x 62	4794,67	Restrito
204 Ruger	1715,78	Restrito
22-250 Remington	2340,59	Restrito
220 Swift	2340,59	Restrito
222 Remington	1717,63	Restrito
222 Remington Magnum	1711,17	Restrito
223 Remington	1959,07	Restrito
223 Winchester Super Short Magnum	2496,62	Restrito
225 Winchester	2074,61	Restrito
243 Winchester	2893,31	Restrito
243 Winchester Super Short Magnum	3020,36	Restrito
25 Winchester Super Short Magnum	3241,22	Restrito
25-06 Remington	3384,37	Restrito
25-35 Winchester	1720,04	Restrito
250 Savage	2372,58	Restrito
257 Roberts	2598,42	Restrito
257 Weatherby Magnum	4017,36	Restrito
26 Nosler	4488,65	Restrito
260 Remington	3129,17	Restrito
264 Winchester Magnum	3830,64	Restrito
27 Nosler	4623,38	Restrito
270 Weatherby Magnum	4681,35	Restrito
270 Winchester	4063,52	Restrito
270 Winchester Short Magnum	4480,03	Restrito
28 Nosler	4938,30	Restrito
280 AckleyImproved	4478,49	Restrito
280 Remington	4020,74	Restrito
284 Winchester	3674,33	Restrito
30 Nosler	5500,87	Restrito
30 Remington AR	2897,37	Restrito
30 Thompson Center	4022,98	Restrito
30-06 Springfield	4514,68	Restrito

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

30-30 Winchester	2727,99	Restrito
------------------	---------	----------

### **Armas de fogo de uso permitido**

Já arma de fogo de uso permitido é definida pelo art. 2º, I, do Decreto 9.847/2019 como: as armas de fogo semiautomáticas ou de repetição que sejam: a) de porte, 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 seiscientos 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 seiscientos e vinte joules.

De acordo com a tabela contida na Portaria 1.222 do Comando do Exército:

### LISTAGEM DE CALIBRES NOMINAIS DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO

<b>Calibre Nominal</b>	<b>Energia (Joules)</b>	<b>Classificação(2)</b>
9x19mm PARABELLUM	629,81	Permitido
9x18 Makarov	285,95	Permitido
9x23 Winchester	795,60	Permitido
10mm Automatic	927,55	Permitido
221 RemingtonFireball	955,74	Permitido
25 Automatic	87,78	Permitido
25 North American Arms	151,70	Permitido
30 Luger (7.65mm)	396,41	Permitido
32 Automatic	195,65	Permitido
32 H&R Magnum	320,94	Permitido
32 North American Arms	268,81	Permitido
32 Short Colt	117,99	Permitido
32 Smith &Wesson	129,79	Permitido
32 Smith &WessonLong	177,17	Permitido
327 Federal Magnum	815,61	Permitido
356 TSW	680,34	Permitido
357 Magnum	1322,76	Permitido
357 Sig	685,72	Permitido
38 Automatic	419,17	Permitido

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

38 Smith &Wesson	202,51	Permitido
38 Special	437,88	Permitido
38 SuperAutomatic +P	569,23	Permitido
380 Automatic	280,26	Permitido
40 Smith &Wesson	666,25	Permitido
400 Cor-Bom	854,35	Permitido
44 S&W Special	632,48	Permitido
45 Automatic	590,48	Permitido
45 Auto Rim	471,20	Permitido
45 Colt	755,15	Permitido
45 Glock AutomaticPistol	661,60	Permitido
45 Winchester Magnum	1318,42	Permitido
6 x 45mm	1505,01	Permitido
17 Hornet	791,07	Permitido
17 Remington	1204,00	Permitido
17 RemingtonFireball	1115,40	Permitido
218 Bee	1028,16	Permitido
22 Hornet	973,61	Permitido
221 RemingtonFireball	1332,02	Permitido
25-20 Winchester	540,51	Permitido
30 Carbine	1278,46	Permitido
32-20 Winchester	433,44	Permitido
38-40 Winchester	716,53	Permitido
38-55 Winchester	1297,16	Permitido
44-40 Winchester	831,14	Permitido
17 Mach 2	206,73	Permitido
17 Hornady Magnum Rimfire	332,46	Permitido
17 Winchester Super Magnum	541,80	Permitido
22 Short	101,82	Permitido
22 Long	128,86	Permitido
22 Long Rifle	247,93	Permitido
22 Winchester Rimfire	228,91	Permitido



## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

22 Winchester Magnum (Rimfire)	440,64	Permitido
--------------------------------	--------	-----------

### **Munição de uso proibido**

Munições de uso proibido são as assim definidas em acordo ou tratado internacional de que a República Federativa do Brasil seja signatária e as munições incendiárias ou químicas (art. 2º, V, Decreto 9.847/2019).

### **Munição de uso restrito**

Munições de uso restrito são as munições 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<sup>10</sup>, de canhão, de morteiro<sup>11</sup>, de mão ou de bocal; ou sejam rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza (art. 2º, IV, Decreto 9.847/2019).

Vale também aqui a tabela respectiva às armas de uso restrito que vimos acima.

Deve-se atentar para a última alínea, pois nela o Decreto 9.847 trouxe um ponto que pode ensejar muita discussão. Vejam como o legislador regulamentar definiu como “munição” também as granadas (de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal), os rojões, foguetes, mísseis e bombas de qualquer natureza.

Assim, na atual sistemática, as granadas (de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal), os rojões, foguetes, mísseis e bombas de qualquer natureza devem ser considerados munição (de uso restrito). Mas, há que se fazer uma última ressalva.

A pergunta que se faz é: tais objetos sempre serão considerados “munição”? Defendemos que não. Apesar de o atual conceito de “munição” não repetir alguns elementos da definição anterior – “artefato completo, pronto para utilização e lançamento” –, pensamos que estes são da própria essência da ideia de munição como objeto atrelado às armas de fogo. Logo, somente será “munição” o artefato que: for um cartucho e estiver pronto para ser utilizado mediante lançamento por uma arma de fogo. Ou seja, é aquele que depende de algum instrumento para ser lançado, que somente

---

<sup>10</sup> Obuseiro: armamento pesado, que realiza tanto o tiro de trajetória tensa quanto o de trajetória curva e dispara granadas de calibres acima de vinte milímetros, com velocidade inicial baixa (Decreto 10.030/2019, Anexo III, Glossário).

<sup>11</sup> Morteiro: armamento bélico pesado de carregamento antecarga (carregamento pela boca), que realiza tiro de trajetória curva (Decreto 10.030/2019, Anexo III, Glossário).

## Boletim Criminal **Comentado** n° 077 – dezembro 2019

pode ser, em razão do princípio da taxatividade, uma arma de fogo. Já um artefato que não é lançado por arma, mas pela força muscular ou é deixado, inerte, em algum lugar para explodir não pode ser considerado “munição”, mas “artefato explosivo”.

### **Munição de uso permitido**

Não há uma definição direta de munição de uso permitido. Pode-se, porém, concluir que será permitida a munição que não for considerada restrita ou proibida, bem como aquela que sirva para ser disparada por arma de uso permitido (vide tabela respectiva acima).

### **Acessório**

O Decreto 3.665/2000 definia acessório como o “engenho primário ou secundário que suplementa um artigo principal para possibilitar ou melhorar o seu emprego” (art. 3º, I). O novo Decreto 10.030/2019 define 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” (Anexo III, Glossário).

Embora o art. 16 da Lei 10.826 faça menção a acessório de uso restrito ou proibido, a atual regulamentação restringiu-se a definir, direta ou indiretamente, os acessórios de uso permitido e restrito.

O Decreto 10.030/2019 classificou os “produtos controlados pelo Comando do Exército” ou “PCEs” em de uso proibido, restrito ou permitido. Dentre os produtos de uso restrito, estão os acessórios de arma de fogo que tenham como objetivo: a) suprimir ou abrandar o estampido; ou b) modificar as condições de emprego, conforme regulamentação do Comando do Exército (art. 15, § 2º, II).

No primeiro caso, tem-se os popularmente conhecidos “silenciadores”; no segundo, tudo dependerá da regulamentação a ser trazida pelo Exército, mas pode-se pensar em dispositivos de mira a laser, lunetas e coisas do tipo.

O acessório que não for classificado como de uso restrito, será considerado de uso permitido. Para saber se a nova regulamentação trará reflexos penais, será necessário comparar a regulamentação anterior – vista acima, quando tratamos da evolução dos decretos – com o que vier a ser publicado a respeito pelo Comando do Exército.

**2-Tema: Foro por prerrogativa de função em crimes comuns cometidos por membros do Ministério Público e da Magistratura**

No boletim da última semana de novembro divulgamos uma tabela retratando o foro competente para o processo e julgamento de autoridades acusadas da prática de **crimes funcionais**.

Na presente edição focaremos o foro especial para membros do Ministério Público e da Magistratura acusados da prática de crimes comuns, de acordo com o entendimento adotado pela PGJ/SP.

É certo que, por ocasião do julgamento da questão de ordem suscitada na ação penal n. 937/RJ, no que toca aos membros do Congresso Nacional, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que o foro por prerrogativa de função se restringe aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e desde que mantenham relação com a função desempenhada pelo agente.

O voto condutor, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso apresenta a seguinte ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO PENAL. LIMITAÇÃO DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO AOS CRIMES PRATICADOS NO CARGO E EM RAZÃO DELE. ESTABELECIMENTO DE MARCO TEMPORAL DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. I. Quanto ao sentido e alcance do foro por prerrogativa 1. O foro por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, na interpretação até aqui adotada pelo Supremo Tribunal Federal, alcança todos os crimes de que são acusados os agentes públicos previstos no art. 102, I, b e c da Constituição, inclusive os praticados antes da investidura no cargo e os que não guardam qualquer relação com o seu exercício. 2. Impõe-se, todavia, a alteração desta linha de entendimento, para restringir o foro privilegiado aos crimes praticados no cargo e em razão do cargo. É que a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa. 3. Para assegurar que a prerrogativa de foro sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções – e não ao fim ilegítimo de assegurar a impunidade – é indispensável que haja relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo. A experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo. 4. Orientação aqui preconizada encontra-se em harmonia com diversos precedentes do STF. De fato, o Tribunal adotou idêntica lógica ao condicionar a imunidade parlamentar material – i.e., a que os protege por suas opiniões, palavras e votos – à exigência de que a manifestação tivesse relação com o exercício do mandato. Ademais, em inúmeros casos, o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-las às suas finalidades. Precedentes. II.

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

Quanto ao momento da fixação definitiva da competência do STF 5. Partir do final da instrução processual, com a publicação de despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais – do STF ou de qualquer outro órgão – 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 jurisprudência desta Corte admite a possibilidade de prorrogação de competências constitucionais quando necessária para preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional. Precedentes. III. Conclusão 6. Resolução da questão de ordem com a fixação das seguintes teses: '(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; (ii) após o final da instrução processual com a publicação do despacho de intimação para a 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 cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo (QO na AP 937, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 3 de maio de 2018)''.

Atenta leitura do voto condutor nos permite observar que a sua fundamentação se escora em apontada disfuncionalidade do foro por prerrogativa de função, nos moldes estabelecidos pela Constituição de 1988, produtora de duas indesejáveis consequências. A primeira relacionada ao afastamento do Pretório Excelso de seu típico papel de Suprema Corte, transformando-o em tribunal criminal de primeiro grau e a segunda à ineficácia do sistema de justiça criminal.

Amparado em tais constatações, visando a preservação dos princípios da igualdade e da república, propõe o eminente Relator uma interpretação restritiva do texto constitucional, de acordo com a teleologia da prerrogativa de foro especial e com os demais elementos de hermenêutica constitucional, baseada na “chamada ‘redução teleológica’ ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da dissociação, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o intérprete identifica uma lacuna oculta (ou axiológica) e a corrige mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. Como resultado, a norma passa a se aplicar apenas a parte dos fatos por ela regulados. A extração de ‘cláusulas de exceção’ implícitas serve, assim, para concretizar o fim e o sentido da norma e do sistema normativo em geral”.

Nesse diapasão, entendeu o nobre Relator que “se o foro privilegiado pretende ser, de fato, um instrumento para garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo, não faz sentido estendê-lo aos crimes cometidos antes da investidura nesse cargo e aos que, cometidos após a investidura, sejam estranhos ao exercício de suas funções”.

É inofensivo, por outro lado, que, tratando-se o foro por prerrogativa de função de espécie de imunidade formal, outorgada aos membros do Congresso Nacional pelo artigo 53, § 1º, da

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

Constituição da República, bem como que a simetria estabelecida pelo artigo 27, caput”, da Constituição da República determina que as imunidades conferidas constitucionalmente àqueles parlamentares estendem-se aos Deputados Estaduais, a estes também deve ser aplicado o referido entendimento firmado pelo Pretório Excelso.

Aliás, nestes termos vem decidindo o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, conforme se constata pela ementa abaixo transcrita.

“PENAL. PROCESSO PENAL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. NOVO POSICIONAMENTO DO STF. LIMITAÇÃO AOS CRIMES COMETIDOS DURANTE O EXERCÍCIO DO CARGO E RELACIONADOS ÀS FUNÇÕES DESEMPENHADAS. CRIME COMETIDO POR DEPUTADO ESTADUAL EM MANDATO ANTERIOR COMO PREFEITO MUNICIPAL. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. 1. Conforme entendimento recente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas pelo mandatário (Questão de Ordem na Ação Penal nº 937). 2. Embora o acusado esteja exercendo o mandato de deputado estadual, trata-se de mandato distinto, não relacionado com os fatos, o que afasta a competência por prerrogativa de função, por simetria ao quanto decidido pela Suprema Corte. 3. Declinada a competência para o juízo de primeira instância. (TRF4, INQUÉRITO POLICIAL nº 5062739-76.2017.404.0000, 4ª Seção, Des. Federal LUIZ CARLOS CANALLI, por unanimidade, juntado aos autos em 2-7-2018)”.

Registre-se que é nítida a integral compatibilidade dos fatos analisados nos mencionados julgados com aqueles que constituem objeto de apuração no presente procedimento persecutório.

Conforme já mencionado, os fatos delituosos em apuração, que, em tese, envolvem o investigado Fulano de tal, foram cometidos antes de sua diplomação como Deputado Estadual, o que, portanto, seguido o entendimento jurisprudencial acima apontado, afasta a incidência da prerrogativa de foro perante esta Colenda Corte e determina a declinação de competência nos termos acima alinhavados.

É importante que se diga, até porque a competência originária criminal deste Colendo Órgão Especial abarca o processo e julgamento de infrações penais praticadas por autoridades detentoras de foro especial diversas dos parlamentares estaduais, que o entendimento pretoriano acima esposado não se estende a todas elas, como, por exemplo, aos magistrados e membros do Ministério Público.

É indiscutível que, nas hipóteses de infração penal cometidas por magistrados e membros do Parquet, a teleologia da norma que institui o foro especial para aludidas autoridades transcende à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que ocupa. Nesses casos, imprescindível se mostra que também o acusador e o julgador da autoridade detentora do foro especial reúnam

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

condições para o desempenho imparcial da atividade acusatória e judicante, o que, em verdade, constitui condição para a realização de justiça criminal efetiva.

É inegável que o processo e julgamento de magistrados e membros do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição geram questões não examinadas pelo precedente estabelecido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937.

Evidentemente, não seria adequado para o alcance do interesse público, consubstanciado na realização da efetiva justiça criminal, admitir que juiz de primeiro grau pudesse julgar o presidente do Tribunal a que se encontra vinculado, autoridade esta que detém atribuição para deliberar sobre sua promoção ou sobre a imposição de sanção em caso de eventual cometimento de infração disciplinar. É inquestionável, que, nessas hipóteses, a imparcialidade do órgão jurisdicional estaria comprometida.

O mesmo se diga da situação do promotor de Justiça que se deparasse com a hipótese de oferecer denúncia em face do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público a que pertence.

Anote-se que o comprometimento da imparcialidade do órgão julgador ou acusador não se revela apenas nessas hipóteses extremas em que eles se deparam com a situação de valorar conduta criminosa atribuída ao chefe da instituição a que pertencem.

A imparcialidade indispensável para a realização da efetiva justiça criminal ainda estaria comprometida nas hipóteses em que, por dever de ofício, magistrado e membro do Ministério Público tivessem que desempenhar suas funções em processo criminal em que figurasse como réu um colega de comarca ou de promotoria.

Dentre tantos outros, tratam-se de exemplos que revelam questões tormentosas que não foram analisadas na QO na AP 937.

Atento a tais circunstâncias peculiares, em minucioso voto-vista lançado na QO suscitada na AP n. 857, levado à sessão de julgamento de 20/06/2018, o culto Ministro Felix Fischer, faz expressa ressalva a respeito da prerrogativa de foro de “membros de carreiras ligadas à atividade judicante”, nos seguintes termos:

“Cumprе ressalvar, no entanto, que o entendimento ora estabelecido se restringe ao caso concreto, incapaz de espriar efeitos automáticos para outras hipóteses, tais como membros de carreiras ligadas à atividade judicante (v.g. Ministério Público, Magistratura), em que o foro por prerrogativa não visa unicamente resguardar a função daquele que, porventura, venha a ser julgado, mas também a autonomia e independência da própria unidade sentenciante, evitando-se nefastas interferências de autoridade mais graduada sobre os mais novos. Isto tudo sem contar outros aspectos negativos. Tal raciocínio, inclusive, pode ser transportado, com a devida ponderação, da Lei n. 8.112/90, que

## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

disciplina que a competência para julgar o processo administrativo disciplinar, e impor penalidade, resulta da ascendência hierárquica da autoridade julgadora sobre o acusado, fundada no princípio da hierarquia, como meio de proteger o processante de represálias advindas de sua atividade disciplinar”.

No mesmo sentido, conduziu-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça em questão de ordem suscitada na ação penal n. 878, proposta em face de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde se imputou a aludida autoridade a prática de crime de lesão corporal, que não mantinha qualquer relação com o cargo ocupado pelo réu. Segue a ementa do julgado.

“PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA CRIMINAL ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 105, I, “A”, DA CONSTITUIÇÃO. QO. NA AP 937/STF. QO NA APN857/STJ. AGRG NA APN866/STJ. DESEMBARGADOR. CRIME SEM RELAÇÃO COM O CARGO. VINCULAÇÃO FUNCIONAL. PRERROGATIVA DE FORO. FINALIDADE DA NORMA. EXERCÍCIO INDEPENDENTE DAS FUNÇÕES PELA AUTORIDADE DETENTORA DE FORO. IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. CREDIBILIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL. COMPETÊNCIA DO STJ.

Hipótese em que Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná responde pela prática, em tese, de delito de lesão corporal ocorrido em Curitiba-PR.

O crime que é imputado ao réu não tem relação com o exercício do cargo de Desembargador, de modo que, a princípio, aplicando-se o precedente produzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da QO na AP 937, não teria o réu foro no Superior Tribunal de Justiça.

A interpretação do alcance das hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição da República, não obstante, responde não apenas à necessidade de que aquele que goza da prerrogativa tenha condições de exercer com liberdade e independência as funções inerentes ao cargo público que lhe confere a prerrogativa.

Para além disso, nos casos em que são membros da magistratura nacional tanto o acusado quanto o julgador, a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial.

A necessidade de que o julgador passa reunir as condições para o desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal de forma isonômica e republicana.

Questão de ordem resolvida no sentido de se reconhecer a competência do Superior Tribunal de Justiça nas hipóteses em que, não fosse a prerrogativa de foro (art. 105, I, da Constituição), o Desembargador acusado houvesse de responder à ação penal perante juiz de primeiro grau vinculado



## Boletim Criminal **Comentado** nº 077 – dezembro 2019

ao mesmo tribunal” (QO na AP n. 878-DF – 2016/01154695-0 f, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 21.11.2018).

Daí a segura conclusão de que as razões subjacentes à norma constitucional que confere o foro por prerrogativa de função à magistrados e membros do Ministério Público vão além daquelas considerada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal na QO na AP 937, motivo pelo qual, em relação as mencionadas autoridades, não cabe a interpretação restritiva, fundada em redução teleológica, imposta pelo Pretório Excelso naquele julgado.

### **3-Tema: STF fixa tese de repercussão geral para autorizar compartilhamento de dados bancários e fiscais sem autorização judicial**

Em decisão monocrática proferida no dia 16 de julho de 2019, o ministro Dias Toffoli impôs a suspensão de investigações criminais e processos judiciais nos quais houvesse determinados dados fiscais e bancários compartilhados sem autorização judicial entre órgãos de fiscalização tributária e de investigação criminal.

A decisão foi proferida no Recurso Extraordinário 1.055.941, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que havia anulado ação penal na qual dados bancários obtidos pela Receita Federal haviam sido compartilhados com o Ministério Público para fins penais. Segundo o acórdão recorrido, compartilhamentos de informações bancárias para instruir investigações criminais só podem ser promovidos mediante autorização judicial, que não havia sido emitida naquele caso.

O Ministério Público Federal argumentou que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial já foi considerada válida pelo STF, que, no recurso extraordinário 601.314, julgou constitucional a Lei Complementar 105/01, especialmente o disposto em seu art. 6º:

“As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.”

Argumentava-se também que, ao julgar conjuntamente as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, o STF confirmou a constitucionalidade do compartilhamento de dados bancários.



## Boletim Criminal Comentado nº 077 – dezembro 2019

O Recurso Extraordinário 1.055.941 já havia tido a repercussão geral reconhecida pelo STF em 12/04/2018 e seu julgamento estava previsto para o mês de novembro passado. À época, o ministro Dias Toffoli afirmou que embora o STF tivesse proferido decisões admitindo o compartilhamento de dados para fins penais, os julgamentos fundamentais sobre o art. 6º da Lei Complementar 105/01 apenas tangenciaram a questão da possibilidade de que informações obtidas pelo Fisco fossem compartilhadas com órgãos de investigação criminal. Por isso se justificava o reconhecimento da repercussão geral, para que o tribunal pudesse decidir sobre o tema de forma específica e com efeitos abrangentes.

Em 16 de julho, o ministro determinou: **1)** “a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral”; **2)** “com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PIC’s), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADI’s nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16)”.

A decisão se fundamentou no fato de que no julgamento daquelas ações constitucionais o STF foi expresso ao admitir, para a finalidade de fiscalização e controle tributário, apenas e tão somente o compartilhamento de dados relativos à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais movimentados, ou seja, não se contemplou a troca de informações com detalhes acerca da origem e da natureza das movimentações. E, naquele momento, havia dúvidas a respeito do nível de detalhamento do que estava sendo compartilhado entre os órgãos de fiscalização tributária e o Ministério Público e as polícias.

A medida provocou intensa reação devido à extensão de seus efeitos, que, na prática, paralisaram investigações sobre infrações penais relativas a organizações criminosas, tráfico de drogas, tráfico de armas, corrupção, lavagem de dinheiro, etc.

Nas sessões ocorridas nos dias 20, 21, 27 e 28 de novembro, o mérito do recurso foi julgado, e o tribunal admitiu o compartilhamento de informações entre os órgãos fiscais e os órgãos de investigação e persecução criminal, tal como já ocorria antes que se suspendessem as apurações criminais em curso.

Na sessão do dia 4/12, o Tribunal aprovou a seguinte tese de **repercussão geral** no RE 1.055.941:

## Boletim Criminal **Comentado** n° 077 – dezembro 2019

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

**2** – O compartilhamento pela UIF e pela Receita Federal do Brasil, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 078

**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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 078 – dezembro 2019

### PRESTAÇÃO DE CONTAS E O BALANÇO DE 2019

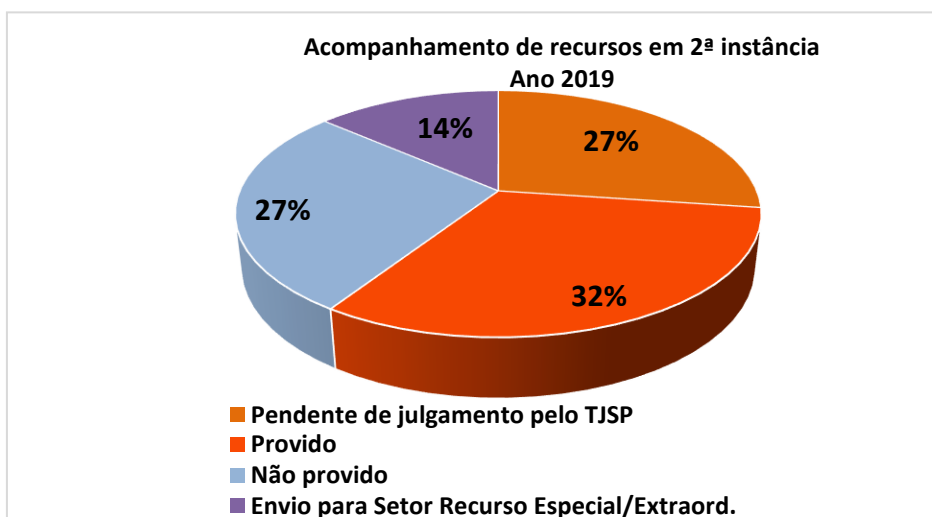
Este é o último Boletim de 2019. O boletim entrará em férias e retorna em fevereiro de 2020. Aproveitamos a oportunidade para apresentar um resumo de nossa produção e da nossa gestão em 2019 no CAOCRIM. Para além de termos proposto à Procuradoria-Geral de Justiça a criação do GAESP – Grupo de Atuação Especial da Segurança Pública e Controle Externo da Atividade Policial; e do GECRADI – Grupo de Atuação Especial de Enfrentamento aos Crimes Raciais e de Intolerância, ainda realizamos:

#### **ATENDIMENTOS AOS PROMOTORES E PROMOTORAS DE JUSTIÇA CRIMINAIS:**

No ano de 2019 foram atendidos por telefone fixo **1960 colegas** pelos Promotores de Justiça que integram o CAOCRIM. Não foram considerados os atendimentos por meio de telefone celular e por meio do aplicativo do whatsapp.

#### **MONITORAMENTO DE RECURSOS:**

O CAOCRIM recebeu das Promotorias de Justiça Criminais solicitações de acompanhamento de recursos e monitorou **102 casos**, que envolvem os diversos tipos de Recursos e sustentações orais:



## Boletim Criminal **Comentado** nº 078 – dezembro 2019

### **ENUNCIADOS:**

Elaboramos **66 Enunciados**: 1 sobre crimes de licitação; 2 da área ambiental; 23 sobre execução criminal; 11 elaborados em conjunto com o Setor do “Artigo 28” e Conflitos Criminais; e os demais sobre a nova lei de abuso de autoridade.

### **WORKSHOP:**

Realizamos em 2019 **6 (seis) WORKSHOP**: 12/3/19, Aspectos práticos da persecução penal do crime digital; em 25/04/2019 e 16/05/2019, Atualização Legislativa; em 15/10/2019, “Violência Doméstica”; e sobre “Execução Penal - Enunciados e Teses do CAOCrim”, em 28/8/2019 e 9/11/2019.

### **EVENTOS:**

Foram promovidas **5 (cinco) grandes reuniões de trabalho**: “Projeto Anticrime em Debate”, em 1º/4/2019; “Sistematização das melhores técnicas para a Plenário do Júri”, em 7/6/2019; “Criminalização da Homofobia e da Transfobia: questões penais e extrapenais”, em 2/8/2019; “A nova lei de abuso de autoridade”, em 7/10/2019; “A integração entre a Promotoria de Justiça do Júri da Capital e o DHPP”, em 6/12/2019. Foram promovidos dois importantes eventos com a Escola Superior do Ministério Público: “Gerenciamento de Crise no Sistema Prisional” e “Resolução Adequada de Conflitos”. Definimos roteiro de visita do Promotor de Justiça em Presídio.

Depois de realizadas diversas Reuniões de Trabalho com as Promotorias de Justiça Criminais da Capital - Barra Funda; bem como Reuniões de Trabalho no interior: **Araçatuba, Araraquara, Bauru, Campinas, Marília, Mococa, Mogi das Cruzes, Mogi Mirim, Jundiai, Piracicaba, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, São José dos Campos, São Bernardo do Campo, São José do Rio Preto, Santo André, Ourinhos, Presidente Prudente e Taubaté**; fizemos a difusão sobre a Política Criminal idealizada pelo CAOCrim, notadamente no que se refere ao “Acordo de Não Persecução Penal”.

Foram realizados até este momento: **810 Termos de Acordo de Não Persecução Penal, no período de 2018/2019.**

### **BOLETIM CRIMINAL:**

Elaboramos em 2019 **45 boletins** com diversos estudos e publicações sobre atualização de jurisprudência e atualização legislativa.

### **NOTAS TÉCNICAS:**

Produzimos no CAOCRIM **12 Notas Técnicas** a respeito dos seguintes assuntos: “Intimação do Ministério Público com fixação em horas”; “Parecer sobre o Fornecimento de bebidas em estádios

## Boletim Criminal **Comentado** nº 078 – dezembro 2019

de futebol”; Projeto de Lei 10.732/18; Projeto de Lei sobre Infanticídio – nº 1258/15; Projeto de Lei 37/2013; Projeto de Lei 125/2018; Nota sobre “Planilha para Cálculo de Remição de Pena”; “Execução Penal Provisória: Medida Constitucional, Convencional e Necessária”; “Nota de Repúdio às Declarações do Ministro Gilmar Mendes”; “a Prisão em Segunda Instância”; “a Prisão Preventiva no Pacote Anticrime”; “o Acordo de Não Persecução Penal no Pacote Anticrime”;

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Para a 1ª Turma do STF, compete à Justiça Estadual julgar crime de homicídio praticado por policial no deslocamento ao trabalho**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF**

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Justiça Estadual é competente para julgar crime de homicídio praticado por policial rodoviário federal em briga de trânsito no trajeto entre a residência e o trabalho. Em decisão unânime tomada na tarde de terça-feira (10), os ministros entenderam que o fato foi um incidente privado sem conexão com a função pública e indeferiram o Habeas Corpus (HC) 157012, em que a defesa pedia que o policial respondesse no âmbito da Justiça Federal.

#### O caso

Em 31/12/2016, o policial rodoviário federal saiu de casa em Campo Grande (MS) em veículo particular na direção da rodoviária da cidade para pegar um ônibus até Corumbá (MS), onde está localizada a delegacia em que trabalha. No trajeto, por volta das 5h40 da manhã, o motorista de uma caminhonete, que, segundo os autos, dirigia em alta velocidade e com sinais de embriaguez, desrespeitou a sinalização de um cruzamento e quase colidiu com o carro do policial. Após uma discussão decorrente de outra manobra inadvertida do condutor da caminhonete, o policial atirou e matou o motorista e feriu dois passageiros que também estavam no veículo. Em depoimento, ele afirmou ter agido por receio do cometimento de eventual delito contra sua integridade física e seu patrimônio (o carro).

#### Julgamento

A análise do HC pela Turma foi iniciada em abril deste ano, quando o relator, ministro Marco Aurélio, votou pelo indeferimento do pedido. Segundo ele, o caso não envolve dever de ofício ou flagrante

## Boletim Criminal **Comentado** n° 078 – dezembro 2019

obrigatório, conforme dispõe o artigo 301 do Código de Processo Penal (CPP). O relator entendeu que a mera condição de servidor público federal não basta para atrair a competência da Justiça Federal, pois o interesse da União está relacionado às funções institucionais, e não ao acusado. Para o ministro Marco Aurélio, a competência para julgar o caso é da Justiça Estadual.

Na sessão, o ministro Alexandre de Moraes apresentou voto-vista no mesmo sentido. Assim como o relator, ele entende que o policial se envolveu num acidente de trânsito sem conexão com o exercício da função. “Foi uma desavença pessoal que não tem relação com o serviço”, concluiu. No mesmo sentido, votaram os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Compete à Justiça Federal, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal, 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”.

No geral, considera-se presente o interesse da União nos crimes cometidos por funcionários públicos federais no exercício da função, ainda que o sujeito passivo imediato da ação criminosa não seja o ente público. Como exemplo, podemos citar decisão recente do TRF da 1ª Região na qual se estabeleceu a competência da Justiça Federal para julgar servidor público que, designado para trabalhar em um programa promovido pelo governo federal que visava a fornecer atendimento médico a comunidades indígenas, aproveitou-se das circunstâncias proporcionadas por seu cargo para submeter uma adolescente indígena à humilhação de ser fotografada em conotação pornográfica enquanto utilizava vestimentas culturais características (RESE 0001224-85.2018.4.01.4200/RR, j. 25/06/2019).

É a mesma orientação seguida pelo STJ:

“1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal, no exercício de suas atribuições funcionais. Precedentes.

2. Tal entendimento deriva do fato de que, ao atuar na qualidade de preposto da empresa pública federal, o acusado a representa e, por consequência, o cometimento de crime no exercício da função pública atinge diretamente a imagem da instituição.

3. Situação em que, em processo de renegociação de contratos bancários celebrados com a Caixa Econômica Federal (financiamento de imóvel, limite de cheque especial em conta corrente e empréstimo pessoal) e inadimplidos, o gerente de contratos da instituição

## Boletim Criminal Comentado nº 078 – dezembro 2019

financeira, no exercício de sua função na empresa, teria qualificado a querelante de “safada sem vergonha”, “mal caráter” e “pilantra”, em contato telefônico.

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, o Suscitante.” (CC 147.781/PR, j. 14/9/2016)

É, no entanto, pressuposto que o agente esteja no exercício da função, pois, do contrário, sua qualidade de funcionário se torna indiferente para o estabelecimento da competência, afastando-se o interesse da União. Por isso, ao julgar o HC 157.012/MS (j. 10/12/2019), o STF denegou a ordem e afastou a competência da Justiça Federal para julgar policial rodoviário federal que havia cometido homicídio enquanto se dirigia ao trabalho.

De acordo com a impetração, no dia dos fatos o policial deixou sua residência num veículo particular e se dirigiu à rodoviária de Campo Grande/MS, onde tomaria um ônibus até a cidade de Corumbá, onde se localizava o posto da Polícia Rodoviária Federal em que trabalhava. No caminho, um motorista de outro veículo, aparentemente embriagado, desrespeitou a sinalização de trânsito e quase colidiu com o veículo do policial. Após uma discussão decorrente de outra manobra imprudente daquele indivíduo, o policial disparou sua arma e o matou, ferindo também outras duas pessoas.

O processo pelo homicídio foi iniciado na Justiça Estadual, mas o impetrante pretendia que, devido à sua condição de policial federal, a competência fosse deslocada para a Justiça Federal.

A 1ª Turma do STF decidiu por unanimidade que não se trata de competência federal porque o policial não se encontrava no exercício da função. Tratou-se de uma desavença pessoal, não relacionada com nenhum dever de ofício, que afasta qualquer interesse da União.

### **2-Tema: 1ª Turma do STF decide que não cabe ao Judiciário rever decisão de arquivamento do procurador-geral**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF**

Por unanimidade, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) anulou, nesta terça-feira (10), determinação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) de submeter ao Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ-MA) decisão do procurador-geral de Justiça do estado de arquivar os autos de um procedimento investigativo criminal (PIC). O ministro Luiz Fux, relator do Mandado de



## Boletim Criminal **Comentado** nº 078 – dezembro 2019

Segurança (MS) 34730, observou que não há previsão legal para que a determinação do procurador-geral seja submetida ao controle do Judiciário. “Se houver irresignação contra o arquivamento, a última palavra é do procurador-geral de Justiça” afirmou.

Para o ministro, o arquivamento de PIC determinado pelo procurador-geral de Justiça não necessita de prévia submissão ao Judiciário, pois pode ser revisto caso apareçam novos meios de prova, ou seja, não acarreta coisa julgada material. Ele observou que, como o procurador é a autoridade própria para aferir a legitimidade do arquivamento desses procedimentos, não há motivo para que sua decisão seja objeto de controle jurisdicional.

O ministro ressaltou ainda que a decisão de arquivamento de inquérito policial ou de peças de informações determinada pelo procurador-geral nos casos que sejam de sua atribuição originária pode ser revista pelo Colégio de Procuradores, mediante recurso dos legítimos interessados, conforme prevê a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei 8625/1993). Entretanto, nas hipóteses em que não sejam de competência originária do procurador-geral, aplica-se a norma do Código de Processo Penal (artigo 28) que desobriga o encaminhamento dos autos ao Judiciário.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A titularidade da ação penal pública, incondicionada ou condicionada, pertence ao Ministério Público.

Trata-se de função institucional que lhe foi conferida, com exclusividade, pela Constituição Federal de 1988. É incontestável o poder jurídico-processual do chefe do Ministério Público que requer, na condição de ‘dominus litis’, o arquivamento judicial de qualquer inquérito ou peça de informação.

Inexistindo, a critério do procurador-geral elementos que justifiquem o oferecimento de denúncia, não pode o Tribunal, ante a declarada ausência de formação da “opinio delicti”, contrariar o pedido de arquivamento deduzido pelo chefe do Ministério Público. Nesse sentido temos precedentes vários do Supremo Tribunal Federal, sendo o mais recente mandado de segurança em comento. Trata-se, em verdade, mais uma vez, da consagração do sistema acusatório do processo penal brasileiro.

### **3- Tema: Execução Penal- Indulto e comutação de pena nas decisões do STJ**

#### **Jurisprudência em Teses - STJ**

#### **EDIÇÃO N. 139: DO INDULTO E DA COMUTAÇÃO DE PENA**

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: 1ª Turma do STF reconhece que acórdão condenatório que confirma sentença interrompe prazo da prescrição**

**DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF**

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão realizada no último dia 26, afastou o reconhecimento da prescrição da pena imposta a um réu, ao entender que o acórdão que confirma a sentença condenatória também interrompe o prazo prescricional. A maioria do colegiado acompanhou o voto do ministro Alexandre de Moraes pelo provimento do agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) no Recurso Extraordinário (RE) 1237572.

No caso em questão, o MPF questionava decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia reconhecido a extinção da punibilidade do réu em decorrência da prescrição da pretensão punitiva, por entender que a decisão de segundo grau que apenas confirma a condenação imposta na instância anterior, ainda que altere a pena, não interrompe o prazo prescricional, contado a partir da sentença condenatória.

O ministro Marco Aurélio, relator, em decisão monocrática, havia negado seguimento ao recurso extraordinário. O MPF então apresentou o agravo submetido ao julgamento da Primeira Turma.

Acórdão condenatório

Ao votar na sessão da Turma, o ministro Alexandre de Moraes observou que a prescrição é o perecimento da pretensão punitiva em razão da inércia do próprio Estado. Assim, a confirmação da condenação em segundo grau demonstra que o Estado não está inerte, muito pelo contrário. Para o ministro, esse entendimento é reforçado pela alteração do inciso IV do artigo 117 do Código Penal pela Lei 11.596/2007, que acrescentou a expressão “acórdão condenatório” como fator de interrupção da prescrição. “Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão”, afirmou. “Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares”

Citando precedente da Primeira Turma no mesmo sentido, o ministro Alexandre lembrou que a prescrição é interrompida pela simples condenação em segundo grau, tanto no caso de confirmação da sentença quanto da alteração da pena anteriormente imposta. Em tal situação, a sentença, como título condenatório, é substituída pela decisão da segunda instância. “O que se executará será o acórdão, e não a sentença”, explicou.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 078 – dezembro 2019

No caso dos autos, o ministro ressaltou que a pena imposta foi de um ano e quatro meses. Por isso, não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que não houve o transcurso de quatro anos entre os marcos interruptivos da publicação da sentença penal condenatória, que se deu em 25/6/2014, e do julgamento da apelação, em 18/6/2018.

No julgamento, ficou o vencido o relator, ministro Marco Aurélio. O ministro Alexandre será o redator do acórdão.

Leia a [íntegra do voto do ministro Alexandre de Moraes](#).

### **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.

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:

“1. O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorríveis, o que ocorrer em primeiro lugar (art. 117, IV, do Código Penal). 2. A Corte Especial deste Tribunal Superior, no julgamento do AgRg no RE nos EDcl no REsp n. 1.301.820/RJ (relator Ministro Humberto Martins, DJe 24/11/2016), pacificou o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação não constitui novo marco interruptivo prescricional, ainda que modifique a pena fixada.” (STJ – AgRg nos EDcl no AREsp 359.573/SP, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. 5/9/2019).

## Boletim Criminal **Comentado** n° 078 – dezembro 2019

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.

Esta é a orientação adotada pela 1ª Turma do STF. 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. 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. 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.

### **2- Tema: Perda do cargo como efeito da condenação só pode atingir aquele ocupado na época do crime**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Para a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o cargo público, a função ou o mandato eletivo a ser perdido como efeito secundário da condenação – previsto no **artigo 92**, I, do Código Penal – só pode ser aquele que o infrator ocupava à época do crime.

Com base nesse entendimento, o colegiado concedeu habeas corpus para reduzir as penas e afastar a determinação de perda do cargo efetivo de duas servidoras públicas municipais condenadas pela prática do crime previsto no **artigo 90** da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993), cometido quando ocupavam cargo comissionado.

"A perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. No caso, a fundamentação utilizada na origem para impor a perda do cargo referiu-se apenas ao cargo em comissão ocupado pelas pacientes na comissão de licitação quando da prática dos delitos, que não guarda relação com o cargo efetivo, ao qual também foi, sem fundamento idôneo, determinada a perda" – afirmou o relator, ministro Sebastião Reis Júnior.

#### Cargos comissionados

A controvérsia envolveu duas escriturárias efetivas que foram nomeadas para assumir o cargo de membro em comissão de licitação da prefeitura onde trabalhavam.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 078 – dezembro 2019

Nessa atividade, teriam participado de um processo fraudulento de licitação, pelo que foram condenadas a dois anos e quatro meses de detenção, no regime aberto, além da perda do cargo efetivo. O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença sob o fundamento de que a legislação impõe a perda do cargo público.

No habeas corpus apresentado ao STJ, as impetrantes alegaram que os efeitos da condenação sobre o cargo público deveriam se restringir àquele exercido quando da prática criminosa, desde que relacionado a ela – no seu caso, o cargo comissionado de membro da comissão de licitação.

### Entendimento pacífico

Para o ministro Sebastião Reis Júnior, o acórdão do tribunal paulista contrariou entendimento pacífico do STJ no sentido de que a perda de cargo, função ou mandato só abrange aquele em cujo exercício o crime foi cometido, e não qualquer outro de que o réu seja detentor.

O relator reconheceu constrangimento ilegal na questão do cargo e também em relação à dosimetria da pena.

"A jurisprudência desta corte tem consolidado entendimento na linha de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo a sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente", destacou.

Além disso, o ministro observou que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, como estabelecido na **Súmula 444** do STJ.

Ao conceder o habeas corpus, a turma decidiu que, quanto ao crime do artigo 90 da Lei de Licitações, a pena-base deve ser estabelecida no mínimo legal, afastada a perda do cargo público efetivo. Com a redução da pena, foi alterado o prazo de prescrição – o que resultou na extinção da punibilidade.

Leia o **acórdão**.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **HC 482458**

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

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.

## Boletim Criminal Comentado nº 078 – dezembro 2019

Dentre estes últimos se encontra a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, disposta no art. 92, inc. I, do CP. Este efeito incide desde que:

- a) aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;
- b) aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.

Nas duas situações, cumpre ao magistrado sentenciante examinar a extensão da gravidade da conduta para decidir se é absolutamente incompatível a permanência do agente nos quadros da Administração Pública. Não se trata, portanto, de um efeito automático da condenação (parágrafo único do art. 92).

Mas é possível que no momento da condenação o agente esteja ocupando cargo diferente daquele exercido ao tempo do crime. Neste caso, segundo decidiu o STJ no HC 482.458/SP (j. 22/10/2019), não é possível decretar a perda se o fato for relativo à violação dos deveres inerentes ao cargo, pois a conduta criminosa deve ter relação direta com a atividade pública desempenhada.

No caso julgado, duas servidoras públicas haviam sido condenadas por crime licitatório cometido quando ocupavam cargos comissionados, mas a condenação impôs a perda do cargo efetivo, que não guardava relação nenhuma com o crime:

“O cargo, função ou mandato a ser perdido pelo funcionário público como efeito secundário da condenação, previsto no art. 92, I, do Código Penal, só pode ser aquele que o infrator ocupava à época da conduta típica. Assim, a perda do cargo público, por violação de dever inerente a ele, necessita ser por crime cometido no exercício desse cargo, valendo-se o envolvido da função para a prática do delito. No caso, a fundamentação utilizada na origem para impor a perda do cargo referiu-se apenas ao cargo em comissão ocupado pelas pacientes na comissão de licitação quando da prática dos delitos, que não guarda relação com o cargo efetivo, ao qual também foi, sem fundamento idôneo, determinada a perda”.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 079

Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais

Mário Tebet

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 Silves

Rogério Sanches Cunha

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues

## AVISO

---

O CAOCrim disponibilizou um **Manual sobre o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)**. Nesta semana enviaremos a todos uma nova edição com novas informações. Adiantamos aqui orientação quanto a ausência de atuação da Defensoria Pública em determinada Comarca e a consequente dificuldade de se realizar o ANPP. Diante dessa situação, em razão da atual sistemática de funcionamento do Convênio entre a Defensoria Pública e a OAB, o membro do MPSP deverá, nos autos do inquérito policial ou P.I.C., solicitar ao Juiz de Direito a nomeação de um Advogado. Estamos em tratativas com a Defensoria Pública para agilizar essa indicação do advogado de forma mais célere.

Informamos que os modelos que instruem o **Manual sobre o Acordo de Não Persecução Penal** estão disponíveis em *word* na página eletrônica deste CAOCrim.

Por fim, registramos já terem sido elaborados 1062 Acordos de Não Persecução Penal pelos membros do MPSP.

## ESTUDOS DO CAOCRIM

---

### **Tema: Confirmação de sentença condenatória e a sua força interruptiva da prescrição**

O inciso IV do art. 117 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. Com a edição da lei, duas orientações passaram a debater qual espécie de acórdão condenatório recorrível tem efeito interruptivo.

Há quem sustente que a alteração 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 confirma, negando provimento ao recurso da defesa, ou que somente majora 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:

“1. O curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou do acórdão condenatório recorríveis, o que ocorrer em primeiro lugar (art. 117, IV, do Código Penal). 2. A Corte Especial deste Tribunal Superior, no julgamento do AgRg no RE nos EDcl no REsp n.



## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

1.301.820/RJ (relator Ministro Humberto Martins, DJe 24/11/2016), pacificou o entendimento de que o acórdão confirmatório da condenação não constitui novo marco interruptivo prescricional, ainda que modifique a pena fixada” (AgRg nos EDcl no AREsp 359.573/SP, j. 5/9/2019).

Outra orientação defende 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 orientação é adotada há algum tempo pela 1ª Turma do STF:

“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” (RE 1.182.718 AgR/RS, j. 15/03/2019).

A 2ª Turma, por sua vez, vinha se orientando em sentido diverso:

“Jurisprudência desta Suprema Corte, cujas decisões corretamente distinguem, para efeito de interrupção da prescrição penal (CP, art. 117, IV), entre acórdão condenatório e acórdão meramente confirmatório de anterior condenação penal, em ordem a não atribuir eficácia interruptiva do lapso prescricional à decisão do Tribunal que simplesmente nega provimento ao recurso interposto pelo réu contra anterior sentença condenatória. Precedentes. Doutrina” (RE 1.227.490 AgR/RS, j. 29/11/2019).

Em sessão plenária realizada ontem (05/02/2020), a maioria dos ministros adotou a orientação da 1ª Turma. Interrompido por pedido de vista do ministro Dias Toffoli, o julgamento do HC

## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

176.473 teve sete votos favoráveis e dois votos contrários à interrupção do prazo prescricional pelo acórdão confirmatório da condenação.

Em resumo, para os ministros contrários à interrupção o acórdão que simplesmente confirma a condenação ou altera a pena não tem natureza substitutiva, mas meramente declaratória da situação jurídica que se firmou na sentença de primeiro grau. Por isso, o acórdão de que trata o art. 117 do CP é apenas o condenatório. Interpretação diversa contraria a natureza do instituto da prescrição e viola o direito fundamental ao julgamento em prazo razoável.

Já os ministros que votaram pela tese da interrupção o fizeram sob o fundamento de que a prescrição é uma espécie de punição pela inércia do Estado, que, obviamente, não pode ser invocada quando atuam os órgãos de justiça criminal, ainda que em segunda instância e em caráter apenas reiterativo. Além disso, o texto do inciso IV do art. 117 não faz nenhuma distinção entre o acórdão condenatório e o confirmatório, e não há razões plausíveis para interromper a prescrição quando um réu é absolvido na primeira instância e condenado na segunda e não o fazer quando é condenado nas duas instâncias. Concluindo o voto, o relator propôs a seguinte tese, adotada por outros seis ministros:

“Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de primeiro grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta”.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Execução penal. Reincidência. Ausência de reconhecimento pelo juízo sentenciante. Proclamação pelo juízo da execução. Possibilidade. Reformatio in pejus. Inexistência.**

**INFORMATIVO 662 STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

O Juízo da Execução pode promover a retificação do atestado de pena para constar a reincidência, com todos os consectários daí decorrentes, ainda que não esteja reconhecida expressamente na sentença penal condenatória transitada em julgado.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

A Terceira Seção do STJ, em apreciação aos embargos de divergência, pacificou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito das turmas de direito penal sobre o momento da individualização da pena. Decidiu o acórdão embargado, da Quinta Turma, que a reincidência que não esteja expressamente reconhecida no édito condenatório não pode ser proclamada pelo juiz da execução, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus. O acórdão paradigma, da Sexta Turma, por sua vez, entendeu que as condições pessoais do paciente, como a reincidência, devem ser observadas pelo juízo da execução para concessão de benefícios. Tratando-se de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido decisum, no que diz respeito ao quantum de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritiva de direitos, fatores que evidenciam justamente o comando emergente da sentença. Todavia, as condições pessoais do réu, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena. Como se sabe, a individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções. Esse entendimento, a propósito, tem sido convalidado pelo Supremo Tribunal Federal, para o qual o "reconhecimento da circunstância legal agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), para fins de agravamento da pena do réu, incumbe ao juiz natural do processo de conhecimento. De outro lado, a aferição dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao juiz da Vara das Execuções Penais. Trata-se, portanto, de tarefas distintas. Nada obsta a ponderação da reincidência no âmbito da execução penal do reeducando, ainda que não lhe tenha sido agravada a pena por esse fundamento, quando da prolação da sentença condenatória".

## Boletim Criminal **Comentado** nº 079 - fevereiro 2020

PROCESSO: EREsp 1.738.968-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por maioria, julgado em 27/11/2019, DJe 17/12/2019

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Como dispõe o art. 63 do Código Penal, “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, segundo o qual “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”.

No momento em que o juiz aplica a pena, a reincidência se destaca na qualidade de circunstância agravante. Sempre que demonstradas as condições dos dispositivos legais transcritos no parágrafo anterior, o juiz impõe determinada fração de aumento e estabelece o regime inicial adequado às condições pessoais do réu.

Ocorre que, por diversas razões – como falha pessoal ou ausência de documentação comprobatória –, é possível que o juiz deixe de reconhecer a reincidência na sentença condenatória, que transita em julgado e dá ensejo ao início da execução da pena sem que esta importante característica pessoal seja revelada no processo de conhecimento. Mas é possível que, no processo de execução da pena, o juiz tome ciência de que o condenado é reincidente. Que consequências isto pode provocar?

É certo que a sentença condenatória não pode ser corrigida pelo juiz da execução no tocante à quantidade da pena e à forma inicial de execução. Se o juiz que impõe a condenação não aumenta a pena nem estabelece o regime inicial adequado devido a algum equívoco na identificação da reincidência, cabe ao Ministério Público interpor recurso de apelação para a reforma da sentença. Uma vez certificado o trânsito em julgado, não é possível que o órgão de execução refaça o processo trifásico para agravar a pena, nem tampouco que corrija o regime inicial.

Ocorre que a reincidência também tem efeitos na execução. O livramento condicional, por exemplo, é concedido após o cumprimento de determinada fração da pena, e esta fração varia conforme o condenado seja primário ou reincidente. Desde a edição da Lei 13.964/19, as regras relativas à progressão de regime também são profundamente influenciadas pela reincidência (art. 112, incisos I a VIII, da LEP), embora já o fossem, em certa medida, mesmo antes da alteração legal, nos casos de crimes hediondos ou equiparados (em que a progressão dependia do cumprimento de 2/5 da pena, no caso do primário, ou de 3/5, no caso do reincidente).

## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

Há certa divergência a respeito da possibilidade de o juiz da execução invocar a reincidência não reconhecida na sentença condenatória. Há tempos a 6ª Turma do STJ decide que a reincidência é uma circunstância de caráter pessoal que, por ter efeitos na execução da pena, pode ser invocada pelo juiz da execução ainda que a sentença condenatória seja omissa. A eficácia e a correta aplicação de institutos próprios da execução penal não dependem de expressa menção à reincidência no édito condenatório:

“3. ‘A individualização da pena no processo de conhecimento visa aferir e quantificar a culpa exteriorizada no fato passado. A individualização no processo de execução visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível. Daí caber à autoridade judicial adequar a pena às condições pessoais do sentenciado’. (BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 23 ). 4. Não prospera, nessa perspectiva, o argumento de que a consideração da reincidência, apenas na fase de execução penal, revelaria o inaceitável reformatio in pejus, tendo em vista que não há falar em agravamento da reprimenda, mas apenas em individualização da pena, que na esfera de competência do juízo da execução se relaciona com institutos próprios (progressão de regime, livramento condicional etc). 5. In casu, asseverado pelo magistrado, na sentença condenatória, que o ora recorrente possuía condenação anterior transitada em julgado (período depurador não foi alcançado), a qual foi utilizadas para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, não há violação à coisa julgada ou reformatio in pejus quanto à consideração do Juiz da execução, no sentido de ser o recorrente reincidente para fins de progressão de regime. 6. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp 1.642.746/ES, j. 3/8/2017).

Em decisões mais recentes, a 5ª Turma, que não partilhava desta orientação, aderiu a ela:

“1. Predomina, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a orientação no sentido de que a reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução criminal, podendo ser reconhecida pelo Juízo da execução que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não reconhecida pelo juízo que prolatou a sentença condenatória. Ressalva do entendimento do Relator em sentido diverso. [...] 3. Nessa linha de raciocínio, a reincidência deve ser considerada como um fato relacionado à condição pessoal do condenado que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo Juízo da execução (AgRg no HC n. 510.572/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 13/8/2019). Assim, as condições pessoais do apenado, tal como a reincidência, ainda que não sejam reconhecidas na condenação, devem ser observadas pelo Juízo das execuções para concessão de benefícios, já que tal proceder encontra-se na sua esfera de competências, definida no art. 66 da LEP, descabendo falar-se em reformatio in pejus ou em

## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

violação da coisa julgada material, mas em individualização da pena relativa à apreciação de institutos próprios da execução penal (AgRg no HC n. 511.766/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, j. em 18/6/2019, DJe 27/6/2019). 4. Em suma: a) o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que compete ao Juízo das Execuções Penais aferir todos os elementos necessários à correta e individualizada execução da pena, razão pela qual lhe é permitido decidir acerca da existência de condições pessoais que interessem à fase executiva, como é o caso da reincidência, ainda que esta circunstância não tenha sido reconhecida no título condenatório; b) não importa que o Apenado tenha sido considerado primário no édito condenatório, tendo em vista que a análise das circunstâncias pessoais (reincidência ou primariedade) é de competência do juízo da execução no momento do deferimento, ou não, dos benefícios (AgRg no HC 493.043/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 19/8/2019)” (AgRg no HC 516.865/MG, j. 10/9/2019).

No julgamento do EREsp 1.738.968/MG (j. 27/11/2019), a Terceira Seção do tribunal decidiu formalizar esta orientação:

“A Terceira Seção do STJ, em apreciação aos embargos de divergência, pacificou o entendimento que encontrava dissonância no âmbito das turmas de direito penal sobre o momento da individualização da pena. Decidiu o acórdão embargado, da Quinta Turma, que a reincidência que não esteja expressamente reconhecida no édito condenatório não pode ser proclamada pelo juiz da execução, sob pena de violação à coisa julgada e ao princípio da non reformatio in pejus. O acórdão paradigma, da Sexta Turma, por sua vez, entendeu que as condições pessoais do paciente, como a reincidência, devem ser observadas pelo juízo da execução para concessão de benefícios. Tratando-se de sentença penal condenatória, o juízo da execução deve se ater ao teor do referido decisum, no que diz respeito ao quantum de pena, ao regime inicial, bem como ao fato de ter sido a pena privativa de liberdade substituída ou não por restritiva de direitos, fatores que evidenciam justamente o comando emergente da sentença. Todavia, as condições pessoais do réu, da qual é exemplo a reincidência, devem ser observadas na execução da pena, independente de tal condição ter sido considerada na sentença condenatória, eis que também é atribuição do juízo da execução individualizar a pena. Como se sabe, a individualização da pena se realiza, essencialmente, em três momentos: na cominação da pena em abstrato ao tipo legal, pelo Legislador; na sentença penal condenatória, pelo Juízo de conhecimento; e na execução penal, pelo Juízo das Execuções. Esse entendimento, a propósito, tem sido convalidado pelo Supremo Tribunal Federal, para o qual o ‘reconhecimento da circunstância legal agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), para fins de agravamento da pena do réu, incumbe ao juiz natural do processo de conhecimento. De outro lado, a aferição dessa condição pessoal para fins de concessão de benefícios da execução penal compete ao juiz da Vara das Execuções Penais.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 079 - fevereiro 2020

Trata-se, portanto, de tarefas distintas. Nada obsta a ponderação da reincidência no âmbito da execução penal do reeducando, ainda que não lhe tenha sido agravada a pena por esse fundamento, quando da prolação da sentença condenatória”.

### **2-Tema: Aplicação do novo entendimento do STF, caso a caso, pode afastar execução provisória da pena**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 04/02/2020**

Com base no novo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), proibindo a execução da pena pelo simples exaurimento das instâncias ordinárias, o ministro João Otávio de Noronha, presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), concedeu pedidos liminares em habeas corpus para que dois réus condenados em segunda instância possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado das condenações, leia-se, o julgamento dos recursos em trâmite nos tribunais superiores.

Entretanto, o presidente do STJ ponderou que o entendimento não importa soltura imediata de todos os presos que, depois do julgamento em segundo grau, foram presos sem ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação.

"Conforme exposto no julgamento das referidas ações declaratórias, a situação de cada encarcerado deve ser analisada caso a caso, podendo ser mantida a reclusão nas hipóteses em que o acusado tenha sido segregado no curso do processo em decorrência do preenchimento dos requisitos ensejadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do CPP", afirmou o ministro.

Nos casos analisados, João Otávio de Noronha apontou que as prisões foram decretadas exclusivamente em decorrência de julgados anteriores do STF que foram superados com o julgamento de mérito das ações declaratórias de constitucionalidade – motivo pelo qual o ministro concedeu as liminares.

Ao determinar que os réus aguardem em liberdade o trânsito em julgado das ações, Noronha ressaltou a possibilidade de decretação de nova prisão por decisão devidamente fundamentada.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): HC 554183 e HC 554161.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O STF, em abril deste ano, irá revisitar o tema da execução penal provisória no júri, ao que parece possível, por conta da soberania dos veredictos. O PACOTE ANTICRIME, nesses casos, se



## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

antecipou, alterando o art. 492, “e”, do CPP, autorizando a prisão imediata do condenado em plenário a pena igual ou superior a 15 anos. Vejamos.

Com a nova Lei 13.964/19, sacramenta-se a possibilidade de execução provisória no júri, mas condicionada ao “quantum” da pena imposta na sentença. Somente no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, o juiz presidente do Tribunal do Júri determinará a execução provisória das penas, com expedição de mandado de prisão, se for o caso. Nessa hipótese, reza o art. 492 do CPP que eventual apelação interposta, em regra, não terá efeito suspensivo (§4º). O juiz presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea “e” se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal a quem competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação (§3º.). A expressão “excepcionalmente” indica que a não execução provisória pressupõe condenação anormal, inusitada, fora do comum. A regra, então, é a execução imediata da pena, ainda que em caráter provisório.

O próprio tribunal competente para julgar a apelação poderá, também em situações excepcionais, atribuir efeito suspensivo ao recurso quando verificado cumulativamente (e não isoladamente) que o recurso não tem o propósito meramente protelatório e levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 anos de reclusão (5º.). Em razão da soberania dos veredictos, o tribunal, no julgamento da apelação, jamais absolverá o apelante, mas, se o caso, anulará o julgamento para nova sessão perante o Conselho de Sentença. Por isso, ficamos sem entender o que buscou o legislador ao descrever que um dos requisitos para o efeito suspensivo é a presença de “questão substancial que pode resultar em absolvição”.

O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões de apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia (6º.).

Para atingir o patamar mínimo autorizador da execução imediata da pena deve ser levado em conta eventual concurso de crimes (homicídio e ocultação de cadáver, por exemplo). O legislador não restringiu o limite mínimo ao crime doloso contra a vida, razão pela qual não cabe ao intérprete fazê-lo. Esse raciocínio do concurso de delitos para análise das suas consequências já ocorre em outros institutos, como do regime inicial de cumprimento de pena, cabimento das reprimendas alternativas ou do “sursis” etc. Aqui, em sede de execução penal provisória da pena no júri não deve ser diferente.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 079 - fevereiro 2020

Estamos diante de verdadeira execução provisória da pena, autorizada por lei e fundamentada na soberania dos veredictos. Sua (ir)retroatividade vai ser objeto de indisfarçável controvérsia. O STF, quando admitiu a execução penal provisória (julgado acima referido), permitiu a sua aplicação imediata, mesmo para os casos pretéritos. Encarou a prisão imediata após confirmação da condenação pela segunda instância como sendo norma estritamente processual (marco inicial da execução). Esse entendimento, contudo, foi criticado. Como ocorreu lá, também aqui haverá corrente lecionando que o dispositivo em comento se apresenta como norma mista, tratando, a um só tempo, de direito material e adjetivo. Quando a lei tem essa característica, não incide o art. 2º do CPP (*tempus regit actum*), mas os princípios que regem a aplicação da lei penal no tempo e que proíbem a retroatividade da lei mais severa. Já que a lei trouxe uma situação mais gravosa ao réu condenado em 1º. grau, porquanto autoriza sua prisão imediata, consequentemente não deve, para os partidários dessa corrente, retroagir aos delitos cometidos antes de sua entrada em vigor.

**DIREITO PENAL:**

---

**1- Tema: Posse de drogas para consumo pessoal. Art. 28, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Reincidência específica. Revisão do entendimento da Sexta Turma.**

**INFORMATIVO 662 STJ- SEXTA TURMA**

A reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Não obstante a existência de precedente em sentido diverso (AgRg no HC 497.852/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 25/6/2019) – em que a reincidência genérica era pela prática dos delitos de roubo e de porte de arma –, em revisão de entendimento, embora não conste da letra da lei, forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica. Com efeito, a melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando vinculadas ao caput do artigo a que se referem. Vale dizer, aquele que reincidir na prática do delito de posse de drogas para consumo pessoal ficará sujeito a penas mais severas – pelo prazo máximo de 10 meses –, não se aplicando, portanto, à hipótese vertente, a regra segundo a qual ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez. Desse modo, condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei n. 11.343/2006, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3º do referido dispositivo legal.

PROCESSO: REsp 1.771.304-ES, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 10/12/2019, DJe 12/12/2019

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 28 da Lei 11.343/06 não comina penas privativas ou restritivas de liberdade a quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga para consumo pessoal. Há apenas advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

As medidas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo têm duração máxima de cinco meses (§ 3º). Mas, tratando-se de reincidente, o prazo máximo dobra para dez meses (§ 4º).

## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

De que reincidência se trata? A condenação anterior pode ter sido pela prática de qualquer crime, ou deve ter sido especificamente pela prática de uma das condutas tipificadas no art. 28?

Segundo decidiu o STJ, somente a condenação pretérita por posse de drogas para uso próprio pode fundamentar o aumento do tempo de cumprimento das penas cominadas no art. 28:

“Não obstante a existência de precedente em sentido diverso (AgRg no HC 497.852/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 25/6/2019) – em que a reincidência genérica era pela prática dos delitos de roubo e de porte de arma –, em revisão de entendimento, embora não conste da letra da lei, forçoso concluir que a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é a específica. Com efeito, a melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando vinculadas ao caput do artigo a que se referem. Vale dizer, aquele que reincidir na prática do delito de posse de drogas para consumo pessoal ficará sujeito a penas mais severas – pelo prazo máximo de 10 meses –, não se aplicando, portanto, à hipótese vertente, a regra segundo a qual ao intérprete não cabe distinguir quando a norma não o fez. Desse modo, condenação anterior por crime de roubo não impede a aplicação das penas do art. 28, II e III, da Lei n. 11.343/2006, com a limitação de 5 meses de que dispõe o § 3º do referido dispositivo legal” (REsp 1.771.304/ES, j. 10/12/2019).

Temos que alertar, por fim, que, para as duas Turmas do STJ, a condenação pretérita pelo crime do art. 28 da Lei de Drogas não serve par reincidência de crime comum. 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, salvo aquela mencionada no próprio art. 28.

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”.

**2- Tema: Reincidência habitual impede aplicação do princípio da insignificância em caso de furto:**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 07/02/2020**

Destacando que a aplicação do princípio da insignificância não é irrestrita, o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro João Otávio de Noronha, negou o pedido de absolvição apresentado pela defesa de um servente condenado pelo furto de um rádio.

"O paciente, segundo consta do acórdão, ostentava oito condenações transitadas em julgado. Somam-se a isso as informações do documento no qual se destacou que, afora aquela passagem, o paciente, nos últimos 12 meses, havia tido seis procedimentos policiais", comentou o presidente do STJ ao afirmar que as circunstâncias justificam a negativa do pedido.

Conforme a denúncia, o servente entrou em uma loja mostrando interesse em comprar chinelos e dizendo ao vendedor que pagaria com cartão. No momento em que o vendedor foi buscar a máquina de cartão, ele se aproveitou e furtou um rádio que estava exposto à venda.

No habeas corpus, a defesa alegou que o dano material causado foi mínimo, justificando, no caso, a aplicação do princípio da significância. Em primeira instância, o juiz não atendeu o pedido, por levar em conta os antecedentes criminais desabonadores.

Ao analisar a apelação, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (TJMS) lembrou que a jurisprudência do STJ e do Supremo Tribunal Federal utiliza quatro critérios para justificar a aplicação do princípio – mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, grau reduzido de reprovabilidade e inexpressividade da lesão jurídica – e que esses requisitos não foram preenchidos no caso.

Habitualidade delitiva

O ministro João Otávio de Noronha afirmou que o TJMS acertou ao não aplicar o princípio da insignificância, tendo em vista o histórico de reincidência do servente e o número de condenações.

"Os autos trazem componentes que revelam a acentuada reprovabilidade do comportamento do paciente – a reincidência e maus antecedentes em crimes de natureza patrimonial, que indicam a habitualidade delitiva", destacou o presidente do STJ.

## Boletim Criminal Comentado nº 079 - fevereiro 2020

"Dessa forma, observa-se que a corte estadual decidiu em harmonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância", concluiu Noronha.

O habeas corpus segue tramitando no STJ, para análise de mérito, com a relatoria do ministro Jorge Mussi, da Quinta Turma.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): HC 557194.

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Os tribunais pátrios têm aceitado copiosamente o princípio da insignificância. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, assim tem decidido há mais de uma década:

"1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. O princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal" (STF – Primeira Turma – HC 108946 – Rel. Min. Cármen Lúcia – DJe 7/12/2011).

Contudo, a aplicação do princípio da insignificância não é irrestrita. Não é suficiente que o valor do bem subtraído seja irrelevante (furtar uma caneta da marca "Bic", por exemplo). Os Tribunais Superiores estabelecem alguns requisitos necessários para que se possa alegar a insignificância da conduta. São eles: **(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.

Na sua aplicação, não se pode desconsiderar, ainda, análise dos requisitos subjetivos, como a personalidade do agente e seus antecedentes. Em que pese decisões em sentido contrário no STF, para a maioria, a insignificância é incompatível com a reincidência. Também no caso de agente portador de maus antecedentes ou criminoso habitual existe resistência na aplicação do princípio.

**3-Tema: Pesquisa Pronta- STJ**

**a) Crimes de trânsito - Suspensão ou proibição de dirigir proveniente de restrição administrativa**

No âmbito do direito penal, a Sexta Turma entendeu que é atípica a conduta do artigo 307 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997) quando a suspensão ou a proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo advém de restrição administrativa.

O entendimento foi fixado no AgRg no RHC 110.158, relatado pelo ministro Sebastião Reis Júnior.

**b) Tráfico de drogas- Liberdade condicional no crime de associação para o tráfico de drogas**

"Pelo princípio da especialidade, para o livramento condicional no crime de associação para o tráfico, o requisito objetivo é de dois terços do cumprimento da pena (artigo 44, parágrafo único, da Lei 11.343/2006)", decidiu a Quinta Turma ao analisar o HC 526.196, de relatoria do desembargador convocado Leopoldo de Arruda Raposo.

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 080

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

**Mário Tebet**

**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**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 080 – fevereiro 2020

### **AVISO**

---

Por meio de Convênio estabelecido com a SAP – Secretaria do Estado de Administração Penitenciária, os Promotores de Justiça Criminais, em especial aqueles que oficiam nas Execuções Criminais, poderão fiscalizar o cumprimento do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP por meio do Sistema de Reintegração – SISRE. Iniciamos esta semana testes nesse Sistema com as Promotorias de Justiça Criminais de Carapicuíba, Bauru e Presidente Prudente. Esperamos, em breve, disponibilizarmos o acesso ao SISRE para todas as Promotorias de Justiça Criminais do Estado.

Atualizamos os contatos e os endereços das Centrais de Penas e Medidas Alternativas (CPMAs) – [clique aqui](#).

O CAOCrim fará nos próximos dias proposta de regulamentação do ANPP à Procuradoria-Geral de Justiça e à Corregedoria-Geral do Ministério Público.

Sugerimos que o ANPP e sua decisão de homologação, até que se conclua a evolução do ESAJ, sejam encaminhados por e-mail à Promotoria de Justiça de Execuções Criminais, que poderá iniciar a fiscalização do Pacto por meio de autos físicos.

Registramos que foram elaborados 1.165 Acordos de Não Persecução Penal no Estado. Destacamos como aquelas que mais celebraram os Pactos as regiões de Presidente Prudente, Grande São Paulo II e Campinas.

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1-Tema: Máquina caça níquel como objeto material de crime patrimonial**

O objeto material dos crimes de furto e roubo deve ser coisa alheia móvel. Diz a doutrina que essa coisa deve, também, ser economicamente apreciável. O interesse apenas moral ou sentimental da coisa, desde que relevantes, também configura o crime, pois não deixa de integrar o patrimônio de alguém.

Discute-se se máquinas caça-níqueis pode ser alcançada pela expressão “coisa”. Sem dúvida. Assim já decidiu o STJ:

#### **STJ- HC 202.784/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA**

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. CONDUTA TÍPICA MESMO QUANDO A RES FURTIVA NÃO É RESGUARDADA JURIDICAMENTE. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL



## Boletim Criminal **Comentado** nº 080 – fevereiro 2020

SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É típica a conduta de roubar caça-níqueis porque, apesar de proibida a exploração de jogo de azar em nosso ordenamento jurídico, a *res furtiva* tem relevância econômica, sendo atingido o patrimônio da vítima, objeto jurídico tutelado pela lei penal.
2. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.
3. Ordem concedida parcialmente para fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena aplicada ao Paciente.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor .

No mesmo sentido, TJ SP:

### **TJSP- Apelação nº 0002815-72.2012.8.26.0511**

Apelação. Roubos majorados em continuidade delitiva. Art. 157, §2º, I e II, c.c. art. 71, do CP. Roubos de máquinas de caça-níqueis. Tese de inépcia da denúncia afastada. Crime impossível. Inocorrência. Bens móveis e alheios que, em que pese possam ter relação com contravenção penal, são aptos a configurar objeto material dos crimes de roubo. Sentença mantida. Recurso não provido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão do TJ.

### **2- Tema: Representação no crime de estelionato**

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) inseriu no art. 171 o § 5º, que modifica a natureza da ação penal, antes pública incondicionada (com as exceções do art. 182 do CP). Atualmente, a ação penal é pública condicionada à representação, exceto se a vítima for:

- I – a Administração Pública, direta ou indireta;
- II – criança ou adolescente;
- III – pessoa com deficiência mental;
- IV – maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 080 – fevereiro 2020

Pode causar certa perplexidade o fato de o legislador ter modificado a ação penal no estelionato e não tê-lo feito no furto, cuja natureza, ao menos na maior parte das modalidades, é plenamente compatível com a ação penal que confere à vítima o poder de decidir se o autor do crime deve ser processado pelo Ministério Público.

Uma explicação plausível pode ser o fato de que o estelionato pressupõe a participação direta da vítima, que sofre o ardil, é enganada pela ação fraudulenta do agente, deixa-se levar por diversos fatores e, portanto, acaba por colaborar para seu próprio infortúnio. Isto não ocorre no furto, em que a vítima no geral ignora que está sendo despojada de seus bens, inclusive na subtração mediante fraude, que jamais pode servir para que a vítima colabore de alguma forma para o sucesso da empreitada criminosa, senão para que desvie sua atenção enquanto ocorre a subtração.

A participação direta da vítima no estelionato pode provocar uma espécie de constrangimento que a previna de procurar os órgãos de investigação para lhes relatar a fraude sofrida. A vitimologia, aliás, designa essa pessoa como “vítima por necessidade afetiva”, porque, imbuída de boa-fé, acaba sendo envolvida pelo criminoso. Esta situação pode levá-la a não querer passar pelo constrangimento de relatar, por diversas vezes e para várias pessoas, o golpe sofrido. É exatamente o mesmo fundamento que antes limitava, com mais razão, a iniciativa persecutória nos crimes contra a dignidade sexual.

**Retroatividade da Lei** - tendo em vista que a necessidade de representação traz consigo institutos extintivos da punibilidade, a regra do § 5º deve ser analisada sob a perspectiva da aplicação da lei penal no tempo. Aqui temos que diferenciar duas hipóteses:

**a)** se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995);

**b)** se a incoativa ainda não foi oferecida, deve o MP aguardar a oportuna representação da vítima ou o decurso do prazo decadencial, cujo termo inicial, para os fatos pretéritos, é o da vigência da novel lei.

**Nesse sentido, ENUNCIADOS 3 e 4 da PGJ/CAOCRIM/MPSP:**

**Enunciado 3:** É dispensável a representação do ofendido no crime de estelionato se oferecida a denúncia antes da eficácia da Lei nº 13.964/19, em respeito ao ato jurídico perfeito.

**Enunciado 4:** Conhecida a autoria, é necessária a representação da vítima no crime de estelionato se não oferecida a denúncia até a eficácia da Lei nº 13.964/19, observado o prazo decadencial de seis meses a contar de sua intimação.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Súmula Vinculante 14 e direito à intimidade de corrêu**

**INFORMATIVO 964 STF- PRIMEIRA TURMA**

A Primeira Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em reclamação em que discutida suposta afronta à Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal (STF) , em virtude de a defesa do interessado não haver obtido acesso amplo e irrestrito aos elementos de prova já documentados em inquérito policial, instaurado para apurar a prática de crime de lavagem de dinheiro por diversos agentes.

No caso, a decisão agravada se baseou nas seguintes premissas: **a)** a investigação ocorre em segredo de justiça; e **b)** o Relatório de Inteligência Financeira do Coaf (ao qual se pretende acesso integral) menciona outros investigados, além do interessado. Desse modo, foi deferido o pedido do reclamante quanto à extração de cópias do inquérito, com exceção de eventuais peças protegidas pelo segredo de justiça, especialmente o relatório do Coaf, no que diz respeito a dados de terceiros.

A Turma ressaltou que o direito à privacidade e à intimidade é assegurado constitucionalmente, e que é excessivo o acesso de um dos investigados a informações, de caráter privado de diversas pessoas, que não dizem respeito ao direito de defesa dele, sob pretexto de obediência à Súmula Vinculante 14.

Vencido o ministro Marco Aurélio, que proveu o agravo. Entendeu que o relatório do Coaf é um documento único, e o reclamante está envolvido no episódio contido nesse documento. A Súmula Vinculante 14 não faz distinção quanto aos documentos passíveis de acesso pela parte interessada, exigindo apenas que estejam encartados nos autos.

Rcl 25872 AgR-AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 17.12.2019. (Rcl-25872).

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O texto da Súmula Vinculante 14 anuncia:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

## Boletim Criminal **Comentado** n° 080 – fevereiro 2020

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais investigados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito a seu constituinte.

Em suma, deve ser assegurado o direito do indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes, em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos.

### **DIREITO PENAL:**

---

#### **1-Tema: STJ - Reincidência habitual impede a incidência do princípio da insignificância**

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) afastou a aplicação do princípio da insignificância na tentativa de furto de um pacote de suplemento alimentar *Whey Protein* de um supermercado, em razão de o acusado ser reincidente.

O entendimento unânime se deu com a negativa do agravo regimental proposto pela defesa. Com isso, a sentença foi restabelecida, pois o colegiado manteve a **decisão** monocrática na qual o relator do caso, ministro Nefi Cordeiro, havia dado provimento ao recurso especial do Ministério Público.

Narram os autos que o suplemento alimentar sabor chocolate custava R\$ 77,00 e foi posteriormente devolvido ao supermercado.

Na sentença, o réu foi condenado à pena de um ano e quatro meses em regime aberto. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) aplicou o princípio da insignificância e o absolveu pela atipicidade da conduta. Para a corte fluminense, a ofensividade do réu era mínima e o produto possuía valor inferior ao salário mínimo vigente à época, sendo desproporcional impor pena por uma conduta cuja lesão foi “absolutamente irrelevante”, já que o produto foi restituído.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A doutrina – especialmente a moderna – estrutura o Direito Penal de modo a torná-lo aplicável apenas quando estritamente necessária a rigidez da sanção penal. Desta forma, sua intervenção fica condicionada não apenas ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), mas também à existência de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário).

Como desdobramento lógico do caráter fragmentário, desenvolveu-se o princípio da insignificância. Ainda que o legislador crie tipos incriminadores em observância aos princípios gerais do Direito Penal, é possível que, em determinada situação, a lesão provocada no bem jurídico tutelado pela norma penal seja diminuta, isto é, incapaz de atingi-lo materialmente e de forma relevante e intolerável. Nesses casos, estaremos diante do que se denomina infração bagatela ou crime de bagatela. Segundo Carlos Vico Manãs, “o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção da fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal”. Para ele, tal princípio funda-se “na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-

## Boletim Criminal Comentado nº 080 – fevereiro 2020

criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal” (*O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*, 1ª. ed., São Paulo: Saraiva, pp. 56 e 81).

Os tribunais superiores têm reconhecido com frequência o princípio da insignificância, mas estabelecem alguns requisitos necessários. São eles: **a)** a mínima ofensividade da conduta do agente; **b)** a ausência de periculosidade social da ação; **c)** o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; **d)** a inexpressividade da lesão jurídica causada.

Uma das limitações à incidência da causa de atipicidade material pode ser a reincidência do autor da conduta. Embora a reincidência não seja um impeditivo absoluto, pois há decisões que aplicam a insignificância mesmo em benefício de indivíduos anteriormente condenados (**AgRg no REsp 1.715.427/MG, j. 17/12/2019**), a acumulação de condenações (habitualidade criminosa) evidencia um caráter orientado à prática de crimes, o que sem dúvida eleva o grau de reprovabilidade da conduta, tendo em vista que o agente faz do crime um verdadeiro meio de vida. Em situações como esta, encarar a conduta como algo irrelevante desvirtua o propósito do instituto e incentiva à ação delituosa não apenas o próprio beneficiado como também outros indivíduos que acabam percebendo a falta de rigor no trato de criminosos.

Recentemente, no julgamento do HC 557.194/MS (j. 4/2/2020), o STJ afastou a insignificância pretendida a favor de um indivíduo condenado pelo furto de um rádio de valor irrisório. Não obstante o valor do objeto fosse de fato reduzido, o tribunal considerou que as condições pessoais do impetrante impediam a incidência do benefício:

“O paciente, segundo consta no acórdão, ostentava oito condenações transitadas em julgado. Somam-se a isso as informações do documento de fls. 20-21, no qual se destacou que, afora aquela passagem, o paciente, nos últimos doze meses, havia tido seis procedimentos policiais.

Portanto, os autos trazem componentes que revelam a acentuada reprovabilidade do comportamento do paciente – a reincidência e maus antecedentes em crimes de natureza patrimonial, que indicam a habitualidade delitiva. Dessa forma, observa-se que a Corte estadual decidiu em harmonia com a jurisprudência do STJ no sentido de que a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FURTO. HABITUALIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RESTITUIÇÃO DO BEM. RAZÃO INSUFICIENTE PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as

instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente específico e ainda responder por diversos outros processos criminais. Precedentes. 2. O simples fato de o bem haver sido restituído à vítima, não constitui, por si só, razão suficiente para a aplicação do princípio da insignificância. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 1.553.855-RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, publicado no DJe de 26/11/2019.)”.

## **2-Tema: Lei 8.137/1990, art. 2º, II e não recolhimento de ICMS declarado e tipicidade**

### **INFORMATIVO 964 STF- PLENÁRIO**

O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990.

Com essa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso ordinário em *habeas corpus* e revogou a liminar anteriormente concedida (Informativo 963).

Na situação dos autos, sócios e administradores de uma empresa declararam operações de venda ao Fisco, mas deixaram de recolher o ICMS (Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação) relativamente a diversos períodos. Por três vezes, a empresa aderiu a programas de parcelamentos da Fazenda estadual, mas não adimpliu as parcelas. Os ora recorrentes foram denunciados pela prática do delito previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Na primeira instância, o juízo os absolveu sumariamente por considerar a conduta atípica. Em sede de apelação, o tribunal de justiça local afastou a tese da atipicidade e determinou o regular prosseguimento do processo.

Ato contínuo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (HC 399.109). Naquela Corte, a Terceira Seção, por maioria, asseverou ser inviável a absolvição sumária, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude. Salientou que eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar deverá ser esclarecida com a instrução criminal.

Daí a interposição do presente recurso ordinário, no qual se requeria a declaração da ilegalidade do acórdão do tribunal de justiça, com o objetivo de restabelecer a sentença que os absolvía sumariamente.



## Boletim Criminal Comentado nº 080 – fevereiro 2020

Prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso (relator), que estabeleceu três premissas, reputadas importantes no equacionamento da matéria: **(i)** o Direito Penal deve ser sério, igualitário e moderado; **(ii)** o pagamento de tributos é dever fundamental de todo cidadão, na medida em que ocorra o fato gerador e ele exiba capacidade contributiva; e **(iii)** o mero inadimplemento tributário não deve ser tido como fato típico criminal, para que seja reconhecida a tipicidade de determinada conduta impende haver um nível de reprovabilidade especial que justifique o tratamento mais gravoso.

Explicitou que o sujeito ativo do crime é o sujeito passivo da obrigação, que, na hipótese do ICMS próprio, é o comerciante. O objeto do delito é o valor do tributo. No caso, a quantia transferida pelo consumidor ao comerciante. A utilização dos termos “descontado” e “cobrado” é o ponto central do dispositivo em apreço. Tributo descontado, não há dúvidas, refere-se aos tributos diretos. Já a expressão “cobrado” abarca o contribuinte nos tributos indiretos. Portanto, “cobrado” significa o tributo que é acrescido ao preço da mercadoria, pago pelo consumidor — contribuinte de fato — ao comerciante, que deve recolhê-lo ao Fisco. O consumidor paga mais caro para que o comerciante recolha o tributo à Fazenda estadual.

O ministro salientou que o valor do ICMS cobrado em cada operação não integra o patrimônio do comerciante, que é depositário desse ingresso de caixa. Entendimento coerente com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no RE 574.706 (Tema 69 da repercussão geral), oportunidade na qual assentado que o ICMS não integra o patrimônio do sujeito passivo e, conseqüentemente, não compõe a base de cálculo do PIS e da Cofins.

Dessa maneira, a conduta não equivale a mero inadimplemento tributário, e sim à apropriação indébita tributária. A censurabilidade está em tomar para si valor que não lhe pertence. Para caracterizar o tipo penal, a conduta é composta da cobrança do consumidor e do não recolhimento ao Fisco.

Segundo o relator, além da interpretação textual do preceito, a interpretação histórica também conduz à tipicidade da conduta. Na redação apresentada em substitutivo ao projeto de lei original, tratava-se, em incisos separados, a hipótese de retenção e não recolhimento e a hipótese de cobrança no preço e não recolhimento. No texto final aprovado, o dispositivo foi compactado sem a modificação do sentido da norma. Fundiu os dois incisos em um só e dispôs os termos “descontado”, para o tributo retido na fonte, e “cobrado”, para o incluído no preço.

De igual modo, a análise do direito comparado reforça essa compreensão. Em outras partes do mundo, os delitos tributários inclusive são punidos de forma mais severa. O relator lembrou que a Primeira Turma do STF concedeu pedido de extradição fundado em tipo penal análogo (Ext 1.139) e que o STF já reconheceu a constitucionalidade do tipo penal em debate (ARE 999.425, Tema 937 da repercussão geral).



## Boletim Criminal Comentado nº 080 – fevereiro 2020

Ao versar sobre a interpretação teleológica, o ministro Roberto Barroso observou que são financiados, com a arrecadação de tributos, direitos fundamentais, serviços públicos, consecução de objetivos da República. No País, o ICMS é o tributo mais sonogado e a principal fonte de receita própria dos Estados-membros da Federação. Logo, é inequívoco o impacto da falta de recolhimento intencional e reiterado do ICMS sobre o Erário. Considerar crime a apropriação indébita tributária produz impacto relevante sobre a arrecadação.

Também a livre iniciativa é afetada por essa conduta. Empresas que sistematicamente deixam de recolher o ICMS colocam-se em situação de vantagem competitiva em relação as que se comportam corretamente. No mercado de combustíveis, por exemplo, são capazes de alijar os concorrentes que cumprem suas obrigações.

O relator esclareceu que a oscilação da jurisprudência do STJ, ao afirmar a atipicidade da conduta adversada, fez com que diversos contribuintes passassem a declarar os valores devidos, sem recolhê-los. Houve uma “migração” do crime de sonegação para o de apropriação indébita e não é isso que o direito deseja estimular.

No tocante às consequências do reconhecimento da tipicidade sobre os níveis de encarceramento no País, aduziu que é virtualmente impossível alguém ser efetivamente preso pelo delito de apropriação indébita tributária. A pena cominada é baixa, portanto, são cabíveis transação penal, suspensão condicional do processo e, em caso de condenação, substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direito. Além disso, é possível a extinção da punibilidade se o sonegador ou quem tenha se apropriado indevidamente do tributo quitar o que devido.

Assentada a possibilidade do delito em tese, o ministro assinalou que o crime de apropriação indébita tributária não comporta a modalidade culposa. É imprescindível a demonstração do dolo e não será todo devedor de ICMS que cometerá o delito. O inadimplente eventual distingue-se do devedor contumaz. O devedor contumaz faz da inadimplência tributária seu *modus operandi*.

Por fim, consignou que o dolo da apropriação deve ser apurado na instrução criminal, pelo juiz natural da causa, a partir de circunstâncias objetivas e factuais, tais como a inadimplência reiterada, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de “laranjas”, a falta de tentativa de regularização de situação fiscal, o encerramento irregular de atividades com aberturas de outras empresas.

A ministra Rosa Weber acrescentou que a conduta eleita pelo legislador penal não exige, para sua perfectibilização, o emprego de fraude ou simulação pelo contribuinte, nem qualquer omissão.

Vencidos os ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que deram provimento ao recurso, por considerarem a conduta atípica. Compreenderam estar-se diante de imputação criminal pelo mero inadimplemento de dívida fiscal. O ministro Gilmar Mendes salientou que uma

## Boletim Criminal **Comentado** n° 080 – fevereiro 2020

interpretação constitucional do dispositivo deve levar em conta o animus de fraude do agente, sob pena de fomentar-se uma política criminal arrecadatória. Ademais, inexistente apropriação de tributo devido por terceiro, pois o tributo é devido pela própria empresa.

RHC 163334/SC, rel. Min. Roberto Barroso, julgamento em 18.12.2019. (RHC-163334)

### **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.

Em fatos que envolvem o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), há certa controvérsia a respeito do alcance do tipo, que estabelece uma espécie de apropriação indébita tributária: seria aplicável apenas e tão somente ao substituto tributário ou abarcaria também quem destaca o ICMS na nota fiscal, repassa o valor respectivo ao consumidor, mas não o recolhe ao fisco estadual?

O substituto tributário é aquele a quem a lei impõe o recolhimento do tributo embora não se trate do praticante do fato gerador. A substituição pode ser para a frente, para trás ou propriamente dita.

Na definição de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr, a substituição para a frente “é uma forma de antecipação do tributo, pela qual o substituto deve recolher o tributo que seria devido pelo substituído em momento posterior do ciclo econômico, ou seja, o imposto é pago pelo substituto, com recursos que lhe são fornecidos pelo substituído, embora o fato gerador normalmente só ocorreria posteriormente”. Já a substituição para trás “ocorre quando o substituto é responsável pelo pagamento do imposto devido pelo substituído na etapa anterior do processo de circulação da mercadoria. Tal substituição normalmente se dá quando o contribuinte-substituído, transmitente da mercadoria, é produtor de pequeno porte ou comerciante individual, enquanto o substituto, adquirente da mercadoria, é contribuinte de maior peso, inspirando maior confiança no fisco no que toca ao pagamento do tributo, principalmente em razão da sua melhor organização. Na realidade, ocorre um diferimento do imposto porque o fisco não recebe o tributo no momento da saída da mercadoria do estabelecimento do comerciante de pequeno porte, mas em etapa posterior do ciclo econômico, sendo o recolhimento feito pelo substituto”. Por fim, a substituição propriamente dita ocorre em um negócio específico, isto é, quando substituto e substituído integram o mesmo negócio jurídico.

A outra situação mencionada no segundo parágrafo – e que gera a dúvida sobre a caracterização do crime – não se confunde com a substituição tributária. No caso, a sociedade comercial é contribuinte direta de uma obrigação tributária própria. Embora haja o destaque do valor do ICMS e seu repasse ao consumidor, este jamais pode ser considerado contribuinte substituído do tributo estadual. A

## Boletim Criminal Comentado nº 080 – fevereiro 2020

própria sociedade comercial dá ensejo ao fato gerador e é a única responsável pelo recolhimento do tributo.

Por que, então, há dúvida sobre se o crime se caracteriza?

Porque o tipo penal pune a conduta de deixar de recolher valor de tributo ou de contribuição social descontado ou cobrado. Os que advogam a tese de que o crime se caracteriza fora das situações de substituição o fazem baseados no fato de que se trata de um tributo efetivamente cobrado mas não repassado ao fisco. O tipo, portanto, abarcaria duas situações: o não recolhimento do tributo descontado por substituição e o não recolhimento do tributo cobrado (repassado ao consumidor).

Havia no próprio STJ certa divergência a respeito da caracterização do crime no caso do tributo cobrado. A Sexta Turma, por exemplo, tem decisões nas quais considera que quem cobra o imposto do consumidor e não promove o recolhimento é simples inadimplente, não autor de crime tributário:

“1. O delito do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de recolher o tributo aos cofres públicos. 2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria.” (REsp 1.543.485/GO, j. 5/4/2016).

A Quinta Turma, por outro lado, tem decisões em sentido contrário:

“2. Da leitura do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, depreende-se que pratica o ilícito nele descrito aquele que não paga, no prazo legal, tributo aos cofres públicos que tenha sido descontado ou cobrado de terceiro, exatamente como ocorreu na hipótese em exame, em que o ICMS foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido ao Fisco. 3. Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal. Precedente” (RHC 44.465/SC, j. 18/6/2015)

Em julgamento do habeas corpus 399.109/SC, realizado em 22 de agosto de 2018, a Terceira Seção do STJ dirimiu a divergência para estabelecer, por maioria, a tipicidade da conduta.

Divergindo da tese vencedora, a ministra Maria Thereza de Assis Moura se alinhou à orientação de que a expressão descontado ou cobrado, contida no tipo, diz respeito aos casos de responsabilidade tributária, não de simples repasse do custo do tributo ao consumidor, que não é o contribuinte do ICMS e não tem relação tributária com o fisco. É, portanto, incorreto considerar que o valor do ICMS embutido no preço é cobrado – na acepção do tipo penal – do consumidor:

## Boletim Criminal **Comentado** n° 080 – fevereiro 2020

“Sob esta perspectiva, é também o consumidor quem arca, por exemplo, com o ônus econômico do imposto de renda e com a contribuição previdenciária pagos pelo comerciante, já que, na formação do preço da mercadoria, são levados em consideração todos os custos, diretos e indiretos, da atividade. Da mesma forma, o custo do aluguel do imóvel, da energia elétrica, dos funcionários etc., tudo isso é repassado ao consumidor.

Nem por isso alguém sustenta que há apropriação indébita do imposto de renda quando o consumidor compra um produto e o comerciante, após contabilizar corretamente o tributo, simplesmente deixa de recolhê-lo.”

Já segundo o ministro Rogério Schietti Cruz – relator –, o tipo penal abrange ambas as situações. A expressão descontado se relaciona a tributos diretos em que se verifica a responsabilidade por substituição tributária (o substituto retém o tributo na fonte e não o recolhe). Já a expressão cobrado compreende as relações tributárias relativas a tributos indiretos, ainda que decorrentes de operações próprias, pois o contribuinte de direito retém valor do tributo e o repassa ao adquirente do produto. No caso do ICMS, o valor é sempre suportado pelo consumidor, pois, tanto em substituição tributária quanto em operações próprias, o tributo é repassado na cadeia de produção.

No voto em que acompanhou o relator, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirmou que, antes, alinhava-se à orientação dominante na Sexta Turma, de que o crime só poderia se caracterizar se o tributo fosse descontado ou cobrado do contribuinte, o que não ocorre no simples repasse ao consumidor, que – repita-se – não é sujeito passivo da obrigação tributária relativa ao ICMS. Reavaliando, no entanto, sua posição, o ministro chegou à conclusão de que o tipo penal não exige que o desconto ou a cobrança seja feita do contribuinte. Não há limitação expressa que autorize a conclusão de que somente o substituto tributário pode ser sujeito ativo. Dessa forma, basta que seja feito o desconto ou a cobrança para que o delito se aperfeiçoe:

“Nada obstante, ao lançar novo olhar sobre a matéria, verifico que a limitação realizada, no sentido de que o tipo penal somente se perfaz quando o valor é descontado ou cobrado de quem também é contribuinte, não encontra amparo no tipo penal em estudo, uma vez que a norma não traz essa especificação. Nesse contexto, entendo que a conclusão no sentido de que o tipo só é preenchido nos casos de substituição tributária não resiste à mais simples forma interpretação normativa, que é a gramatical.

(...)

Dessa forma, o crime em tela só pode ser praticado pelo sujeito passivo de obrigação tributária, que, nessa qualidade, descontar ou cobrar valor de tributo ou de contribuição social, de terceiro, não necessariamente contribuinte, e não recolher o valor aos cofres públicos.

## Boletim Criminal Comentado nº 080 – fevereiro 2020

Irrelevante, assim, a ausência de relação jurídica entre o Fisco e o consumidor, porquanto o que se criminaliza é o fato de o contribuinte se apropriar do dinheiro relativo ao imposto, devidamente recebido de terceiro, quer porque descontou do substituído tributário quer porque cobrou do consumidor, não repassando aos cofres públicos.”

Ainda segundo o voto, o fato de outros custos também serem repassados ao consumidor não impede a caracterização do crime, pois o ICMS é imposto sobre o consumo, isto é, incide apenas se o produto for efetivamente comercializado, ao contrário de outros custos fixos (outros tributos, aluguel, funcionários, estrutura de funcionamento, equipamentos, etc.) pagos pelo comerciante independentemente da comercialização da mercadoria.

A decisão também se fundamentou em aresto do Supremo Tribunal Federal segundo o qual o ICMS não pode ser incluído na base de cálculo da COFINS e do PIS/PASEP porque não se trata de receita, mas de simples ingresso de caixa de valores não pertencentes à empresa. Trata-se do recurso extraordinário 574.706/PR (j. 15/03/2017), noticiado no Informativo 857 nos seguintes termos:

“Prevaleceu o voto da ministra Cármen Lúcia (Presidente e relatora). Consignou que a inclusão do ICMS na base de cálculo das referidas contribuições sociais leva ao inaceitável entendimento de que os sujeitos passivos desses tributos faturariam ICMS, o que não ocorre. Assim, enquanto o montante de ICMS circula por suas contabilidades, os sujeitos passivos das contribuições apenas obtêm ingresso de caixa de valores que não lhes pertencem. Em outras palavras, o montante de ICMS, nessas situações, não se incorpora ao patrimônio dos sujeitos passivos das contribuições, até porque tais valores são destinados aos cofres públicos dos Estados-Membros ou do Distrito Federal.

Ponderou, igualmente, que a parcela correspondente ao ICMS pago não tem natureza de faturamento (nem mesmo de receita), mas de simples ingresso de caixa. Por essa razão, não pode compor a base de cálculo da contribuição para o PIS ou da COFINS.”

Ressalte-se que, naquele julgamento, o ministro Rogério Schietti Cruz destacou quatro aspectos essenciais para a caracterização do delito:

**1º)** O fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não exerce influência na prática do delito, que, a exemplo da apropriação indébita comum, não pressupõe clandestinidade, mas, ao contrário, tem como elemento estrutural a posse lícita e legítima da coisa apropriada;

**2º)** Ao estabelecer que o crime consiste em “deixar de recolher [...] na qualidade de sujeito passivo da obrigação”, a lei não distingue o sujeito passivo direto do indireto da obrigação tributária, razão pela qual o sujeito ativo do crime pode ser tanto o contribuinte (sujeito passivo direto da obrigação tributária) quanto o responsável tributário (sujeito passivo indireto da obrigação tributária);

## Boletim Criminal **Comentado** nº 080 – fevereiro 2020

**3º)** O tipo pressupõe apenas o dolo de não recolher o valor do tributo descontado ou cobrado, dispensando-se motivação especial, como o intuito de fraudar o fisco;

**4º)** Considerando que o tipo contém a expressão “valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado”, conclui-se que o sujeito ativo do crime é restrito, isto é, nem todos os sujeitos passivos de obrigação tributária que deixam de recolher tributo ou contribuição social devem responder pelo crime, mas somente os que descontam ou cobram o tributo nas circunstâncias tratadas no julgamento. Exclui-se, portanto, a punição do mero inadimplemento.

Este mesmo caso chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do recurso em habeas corpus 163.334/RS, no qual o agente pretendia reverter a decisão do STJ. O tribunal, no entanto, em decisão proferida há alguns dias, manteve o entendimento de que a conduta tipifica o crime tributário e firmou a seguinte tese:

“O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990”.

### **3- Tema: Suspensão de CNH de motorista profissional condenado por homicídio culposo por acidente de trânsito é constitucional**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 12/02/2020**

Por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão de quarta-feira (12), julgou constitucional a imposição da pena de suspensão da habilitação a motoristas profissionais que tenham sido condenados por homicídio culposo (sem intenção de matar) em razão de acidente de trânsito. A questão foi analisada no Recurso Extraordinário (RE) 607107, com repercussão geral reconhecida, e a solução será aplicada a pelo menos 75 processos com o mesmo tema sobrestados em outras instâncias.

No caso em análise, um motorista de ônibus abalroou uma motocicleta e provocou a morte do condutor. Em primeira instância, ele foi condenado à pena de 2 anos e 8 meses de detenção, convertida em pena restrição de direitos e multa. Também foi aplicada a pena de suspensão da habilitação por período igual ao da condenação.

Ao julgar apelação criminal, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) entendeu que a penalidade de suspensão do direito de dirigir inviabiliza o direito ao trabalho e a excluiu da condenação. No recurso ao STF, o Ministério Público de Minas Gerais sustentava que, se a Constituição Federal permite ao legislador privar o indivíduo de sua liberdade e, conseqüentemente, do exercício de sua

## Boletim Criminal **Comentado** nº 080 – fevereiro 2020

atividade laboral em razão do cometimento de crime, pode também permitir a suspensão da habilitação para dirigir como medida educativa.

### Restrição razoável

O relator do recurso, ministro Roberto Barroso, afirmou que o caso em exame, no qual foi retirado o direito de dirigir de uma pessoa considerada perigosa no trânsito, é típico de individualização da pena. No seu entendimento, o direito ao trabalho e ao exercício de profissão não são absolutos e podem ser restringidos por lei, desde que essa restrição seja razoável. Segundo o relator, a Constituição Federal autoriza a imposição de sentenças determinando suspensão ou interdição de direitos.

Ele lembrou que o Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997) prevê penas de detenção e suspensão da habilitação para o motorista que comete homicídio culposo na condução de veículo, com cláusula de aumento se estiver conduzindo veículo de passageiros. Salientou também a necessidade de rigor na punição desses delitos, pois, embora tenha ocorrido uma redução nos últimos anos, o Brasil é um dos países com o maior número de mortes por acidentes de trânsito no mundo.

Para Barroso, a pena imposta em primeira instância foi razoável e proporcional, pois a suspensão da habilitação, mesmo que impeça a pessoa de trabalhar como motorista, possibilita que ela exerça outra profissão, o que não ocorreria caso a pena não tivesse sido convertida em restritiva de direitos. “Quando se priva fisicamente a liberdade de alguém, essa pessoa não pode dirigir, não pode trabalhar, não pode sair. Portanto, aqui estamos falando de algo menor em relação à pena privativa de liberdade”, disse.

Por unanimidade, foi dado provimento ao RE 607107 para restabelecer a condenação de primeira instância. A tese de repercussão geral fixada (Tema 486) foi a seguinte: “É constitucional a imposição da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ao motorista profissional condenado por homicídio culposo no trânsito”.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 302 do Código de Trânsito comina ao autor de homicídio culposo na direção de veículo automotor as penas de detenção (ou reclusão, na forma qualificada do § 3º) e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Há quem argumente que a imposição de limitação ao direito de dirigir não pode atingir o motorista profissional que, por imprudência, negligência ou imperícia, tenha matado alguém na direção de seu veículo. Isto porque, tratando-se do meio pelo qual este indivíduo exerce sua profissão e sustenta a



## Boletim Criminal Comentado nº 080 – fevereiro 2020

si e à sua família, impedi-lo de dirigir equivale a provocar privações que exorbitam a finalidade da pena.

Mas a orientação majoritária se firmou no sentido de que a limitação não só é possível como é crucial para retirar de circulação motoristas que, exatamente pela profissão, deveriam adotar condutas com nível de prudência mais elevado do que a média. É o que há muito decide o STJ:

“2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, a imposição da pena de suspensão do direito de dirigir é exigência legal, conforme previsto no art. 302 da Lei 9.503/97. O fato de o paciente ser motorista profissional de caminhão não conduz à substituição dessa pena restritiva de direito por outra que lhe seja preferível. (HC 66.559/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves. DJU de 07/05/2007)” (AgRg no AREsp 1.044.553/MS, Quinta Turma, j. 23/5/2017).

“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 1.771.437/CE, Sexta Turma, j. 11/6/2019).

Em julgamento realizado no dia 12/02/2020, em sede de repercussão geral, o plenário do Supremo Tribunal Federal chegou à mesma conclusão, por unanimidade.

Um motorista de ônibus havia sido condenado porque, ao abalroar uma motocicleta, provocou a morte do condutor. No julgamento da apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais afastou a suspensão da habilitação sob o fundamento de que a penalidade inviabilizava o direito ao trabalho. O Ministério Público recorreu então ao STF sustentando que se a Constituição Federal admite a privação da liberdade, que necessariamente impede o condenado de exercer sua profissão, não há razão plausível para julgar inconstitucional a suspensão da habilitação imposta em conjunto com a privação da liberdade ou com a restrição de direitos que a substitua.

O relator do recurso extraordinário, min. Roberto Barroso, afirmou que o exercício da profissão não é um direito absoluto, e a Constituição Federal admite restrições, desde que concretamente razoáveis e adequadas. Para o ministro – seguido pelos demais – a suspensão da habilitação do condenado por conduta imprudente no trânsito nada mais é do que um elemento de individualização da pena, adequado à necessidade de punições severas diante do número alarmante de vítimas de crimes dessa natureza.

Em razão de ter sido reconhecida a repercussão geral, firmou-se a seguinte tese, que será aplicada a outros setenta e cinco processos sobrestados em instâncias inferiores:



## Boletim Criminal **Comentado** nº 080 – fevereiro 2020

“É constitucional a imposição da pena de suspensão de habilitação para dirigir veículo automotor ao motorista profissional condenado por homicídio culposo no trânsito” (Tema 486).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 081

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

**Mário Tebet**

**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: Crimes tributários e princípio da insignificância a tributos que não sejam da competência da União**

**STJ- AgRg no AREsp 1259739/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 30/5/2019, DJe 11/6/2019:**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. PARCELAMENTO E PAGAMENTO DO TRIBUTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ICMS. TRIBUTO DE COMPETÊNCIA ESTADUAL. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Cumpre destacar que não há que se falar em ofensa ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático do recurso especial. Isso porque, nos termos da Súmula n 568 do Superior Tribunal de Justiça - STJ: "o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema", caso ocorrido nos autos, vez que aplicada jurisprudência desta Corte.

2. Consoante jurisprudência pacífica desta Corte, por se tratar de crime formal, é irrelevante o parcelamento e pagamento do tributo, não se aplicando ao descaminho a extinção da punibilidade prevista na Lei Federal n. 10.684/2003.

3. Incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e n. 130, ambas do Ministério da Fazenda (REsp 1688878/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/2/2018, DJe 4/4/2018).

4. Embora inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), é inaplicável o princípio da insignificância ao caso dos autos, pois iludido o pagamento de imposto de competência estadual (ICMS), não abrangido pela Lei Federal n. 10.522/2002, que trata de tributos federais.

5. Agravo regimental desprovido.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao inteiro teor

## Boletim Criminal **Comentado** nº 081 – março 2020

**No mesmo sentido:**

**STJ- AgRg no RHC 94.021/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 7/11/2018:**

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, C/C OS ARTS. 11 E 12, III, TODOS DA LEI N. 8.137/1990. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. RITSJ. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PENHORA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O relator poderá julgar monocraticamente habeas corpus substitutivo de recurso ordinário se a matéria for objeto de jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal (arts. 202 e 246 do RISTJ).

2. A jurisprudência do STJ entende que incide o princípio da insignificância, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n.10.522/2002, somente nos tributos que sejam da competência da União, porquanto, para o referido princípio ter efeitos nos tributos estaduais, seria necessária a existência de legislação local específica sobre o tema.

3. A penhora realizada em embargos à execução, embora no futuro possa servir à eventual quitação da dívida, não caracteriza pagamento integral do débito fiscal, motivo pelo qual não constitui causa extintiva de punibilidade do crime tributário.

4. A matéria atinente à suspensão da ação enquanto tiver em andamento os autos da execução fiscal não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que impede seu conhecimento por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental não provido.

**TJ-SP- APELAÇÃO CRIMINAL n. 0079866-87.2012.8.26.0050:**

APELAÇÃO. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 8.137/90. Recurso defensivo. Preliminar de prescrição. Não cabimento. Delito que somente se consuma com o definitivo do crédito tributário, o que se consubstancia com a emissão da certidão de dívida ativa. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Supressão de ICMS. Tributo de competência estadual. Ausência de norma prevendo a possibilidade de aplicação da bagatela. Precedentes do STJ. Pleito de absolvição por ausência de sonegação fiscal, pela não atuação do réu na prática delitiva, por ausência de dolo ou por insuficiência probatória. Inocorrência. Autoria e materialidade bem demonstradas. Supressão e redução de tributos comprovada por meio da palavra dos agentes fiscais, pelo processo

## Boletim Criminal **Comentado** nº 081 – março 2020

administrativo tributário, bem como pela certidão de dívida ativa. Apelante que, na função de administrador, exercia o comando da empresa e, nesta qualidade, era responsável pelos atos emanados pela pessoa jurídica. O autor da prática delitiva não é necessariamente o executor da conduta típica, mas o controlador da atividade criminosa. Dosimetria da pena e regime prisional para o seu cumprimento que não comportam reparos. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mantida, nos termos da r. sentença. Recurso improvido.

### **2- Modelos do CAO CRIM**

**2.1** - Modelo atualizado da execução da pena de multa e fluxograma- Clique [aqui](#).

**2.2** - Modelo do recurso contra decisão que suspende o processo para colher a “ representação da vítima” do crime de estelionato - Clique [aqui](#).

**2.3** - Modelo de cota de oferecimento da denúncia para o caso de Acordo de Não Persecução Penal - ANPP não celebrado na fase policial por falta de advogado/defensor público, aplicando-se o art. 79 da Lei 9.099/95, por analogia – Clique [aqui](#). Aproveitamos para registrar que estamos acompanhando o deslinde das tratativas entre OAB e Defensoria Pública.

**2.4** – Modelo de ofício convite a Diretor da Faculdade de Direito para que seja possível iniciar tratativa com Núcleo de Prática Jurídica para participação, sob supervisão de Advogado Professor, nos ANPPs – Clique [aqui](#).

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Estelionato. Depósito em favor de conta bancária de terceiro. Competência. Divergência na Terceira Seção. Juízo do local da agência beneficiária do depósito. Competente.**

**INFORMATIVO 663 STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

Na hipótese em que o estelionato se dá mediante vantagem indevida, auferida por meio de depósito em favor de conta bancária de terceiro, a competência deverá ser declarada em favor do juízo no qual se situa a conta favorecida.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR:**

Até recentemente, a jurisprudência desta Corte orientava que, nos casos em que a vítima houvesse sido induzida a erro a efetuar depósito ou transferência bancária para conta de terceiro, o local da consumação do crime de estelionato seria o da agência bancária onde efetivada a transferência ou o depósito.

Em precedentes mais recentes, a Terceira Seção modificou tal orientação, estabelecendo diferenciação entre a hipótese em que o estelionato se dá mediante falsificação ou adulteração de cheque (consumação no banco sacado, onde a vítima mantém a conta bancária), do caso no qual o crime ocorre mediante depósito ou transferência bancária (consumação na agência beneficiária do depósito ou da transferência bancária). Ocorre que há precedente subsequente (CC n. 166.009/SP, julgado em 28/8/2019) que restaurou a orientação primeva, no sentido de que o prejuízo, na hipótese de transferência bancária, seria o do local da agência bancária da vítima.

Em razão da oscilação do entendimento jurisprudencial da própria Terceira Seção, a matéria foi novamente apreciada pelo colegiado.

Anote-se que a melhor solução jurídica seria aquela que estabelece distinção entre a hipótese de estelionato mediante depósito de cheque clonado ou adulterado (competência do Juízo do local onde a vítima mantém conta bancária), daquela na qual a vítima é induzida a efetivar depósito ou transferência bancária em prol do beneficiário da fraude (competência do Juízo onde situada a agência bancária beneficiária do depósito ou transferência).

Assim, se o crime só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem indevida pelo agente ativo, é certo que só há falar em consumação, nas hipóteses de transferência e depósito, quando o valor efetivamente ingressa na conta bancária do beneficiário da fraude.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 081 – março 2020

PROCESSO: CC 169.053-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 11/12/2019, DJe 19/12/2019

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Já comentamos em boletins anteriores que as diversas circunstâncias em que o estelionato pode ser cometido não raro ensejam 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.

As dificuldades se evidenciam especialmente nos estelionatos cometidos por meio de depósitos ou transferências bancárias entre contas situadas em locais diversos. Em decisão proferida em 14/08/2019 no conflito de competência 167.025/RS, a Terceira Seção do STJ decidiu que a competência deve recair no local da conta corrente beneficiada, pois é onde ocorre o recebimento da vantagem:

“1. 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 tipificado no art. 171 do CP, consuma-se no local e momento em que é auferida a vantagem ilícita. De se lembrar que o prejuízo alheio, apesar de fazer parte do tipo penal, está relacionado à consequência do crime de estelionato e não à conduta propriamente. De fato, o núcleo do tipo penal é obter vantagem ilícita, razão pela qual a consumação se dá no momento em que os valores entram na esfera de disponibilidade do autor do crime, o que somente ocorre quando o dinheiro ingressa efetivamente em sua conta corrente. 2. Há que se diferenciar a situação em que o estelionato ocorre por meio do saque (ou compensação) de cheque clonado, adulterado ou falsificado, da hipótese em que a própria vítima, iludida por um ardil, voluntariamente, efetua depósitos e/ou transferências de valores para a conta corrente de estelionatário. Quando se está diante de estelionato cometido por meio de cheques adulterados ou falsificados, a obtenção da vantagem ilícita ocorre no momento em que o cheque é sacado, pois é nesse momento que o dinheiro sai efetivamente da disponibilidade da entidade financeira sacada para, em seguida, entrar na esfera de disposição do estelionatário. 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 adulterado, seja dizer, onde a vítima possui conta bancária. Já na situação em que a vítima, induzida em erro, se dispõe a efetuar depósitos em dinheiro e/ou transferências bancárias para a conta de terceiro (estelionatário), a obtenção da vantagem ilícita por certo ocorre quando o estelionatário efetivamente se apossa do dinheiro, seja dizer, no momento em que ele é depositado em sua conta. (...) 3. Tendo a vítima efetuado um depósito em dinheiro e duas transferências bancárias para duas contas correntes vinculadas a agências bancárias situadas na cidade de São Bernardo do Campo/SP, é de se reconhecer a competência do Juízo de Direito de São Bernardo do

## Boletim Criminal Comentado nº 081 – março 2020

Campo/SP para conduzir o inquérito policial. 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo da 5ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo/SP, o suscitado”.

Mas o tema é tão controverso que, dias depois, o mesmo órgão colegiado atribuiu a competência ao local onde a vítima mantinha sua conta bancária, sob o fundamento de que o crime se consuma no momento em que o dinheiro é transferido, ou seja, retirado da esfera de disponibilidade do titular da conta (CC 166.009/SP, j. 28/08/2019).

Para evitar futuras decisões contraditórias, a Terceira Seção voltou a se debruçar sobre o tema e reiterou, agora por unanimidade, a orientação de que a consumação ocorre no local em que o estelionatário alcança a vantagem:

“Até recentemente, a jurisprudência desta Corte orientava que, nos casos em que a vítima houvesse sido induzida a erro a efetuar depósito ou transferência bancária para conta de terceiro, o local da consumação do crime de estelionato seria o da agência bancária onde efetivada a transferência ou o depósito.

Em precedentes mais recentes, a Terceira Seção modificou tal orientação, estabelecendo diferenciação entre a hipótese em que o estelionato se dá mediante falsificação ou adulteração de cheque (consumação no banco sacado, onde a vítima mantém a conta bancária), do caso no qual o crime ocorre mediante depósito ou transferência bancária (consumação na agência beneficiária do depósito ou da transferência bancária). Ocorre que há precedente subsequente (CC n. 166.009/SP, julgado em 28/8/2019) que restaurou a orientação primeva, no sentido de que o prejuízo, na hipótese de transferência bancária, seria o do local da agência bancária da vítima.

Em razão da oscilação do entendimento jurisprudencial da própria Terceira Seção, a matéria foi novamente apreciada pelo colegiado.

Anote-se que a melhor solução jurídica seria aquela que estabelece distinção entre a hipótese de estelionato mediante depósito de cheque clonado ou adulterado (competência do Juízo do local onde a vítima mantém conta bancária), daquela na qual a vítima é induzida a efetivar depósito ou transferência bancária em prol do beneficiário da fraude (competência do Juízo onde situada a agência bancária beneficiária do depósito ou transferência).

Assim, se o crime só se consuma com a efetiva obtenção da vantagem indevida pelo agente ativo, é certo que só há falar em consumação, nas hipóteses de transferência e depósito, quando o valor efetivamente ingressa na conta bancária do beneficiário da fraude” (CC 169.053/DF, j. 11/12/2019).



## Boletim Criminal **Comentado** nº 081 – março 2020

**2- Tema: Mandado de prisão preventiva. Cumprimento em unidade jurisdicional diversa. Audiência de custódia. Realização por meio de videoconferência pelo juízo ordenador da prisão. Não cabimento. Ausência de previsão legal.**

### **INFORMATIVO 663 STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A Resolução n. 213 do CNJ é clara ao estabelecer que, no caso de cumprimento de mandado de prisão fora da jurisdição do juiz que a determinou, a apresentação do preso, para a audiência de custódia, deve ser feita à autoridade competente na localidade em que ocorreu a prisão, de acordo com a Lei de Organização Judiciária local.

No caso de audiência de custódia realizada por juízo diverso daquele que decretou a prisão, observa que competirá à autoridade judicial local apenas, caso necessário, adotar medidas necessárias à preservação do direito da pessoa presa. As demais medidas, ou não são aplicáveis no caso de prisão preventiva ou não possui o juízo diverso do que decretou a prisão competência para a efetivar. De fato, uma das finalidades precípua da audiência de custódia é aferir se houve respeito aos direitos e garantias constitucionais da pessoa presa.

Assim, demanda-se que seja realizada pelo juízo com jurisdição na localidade em que ocorreu o encarceramento. É essa autoridade judicial que, naquela unidade de exercício do poder jurisdicional, tem competência para tomar medidas para resguardar a integridade do preso, bem assim de fazer cessar agressões aos seus direitos fundamentais, e também determinar a apuração das responsabilidades, caso haja relato de que houve prática de torturas e maus tratos. Nesse contexto, foge à ratio essendi do instituto a sua realização por meio de videoconferência.

Registre-se que o Presidente do Conselho Nacional de Justiça, ao deferir a medida liminar para suspender a Resolução CM n. 09/2019, que permitia a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência destacou que "o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e maus tratos, pois que a transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona".

Não se admite, portanto, por ausência de previsão legal, a realização da audiência de custódia por meio de videoconferência, ainda que pelo Juízo que decretou a custódia cautelar.

PROCESSO: CC 168.522-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019.

**3- Tema: É ilegal a punição por falta grave se não comprovada a responsabilidade individual do condenado**

“Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “[é] ilegal a aplicação de sanção de caráter coletivo, no âmbito da execução penal, diante de depredação de bem público quando, havendo vários detentos num ambiente, não for possível precisar de quem seria a responsabilidade pelo ilícito. O princípio da culpabilidade irradia-se pela execução penal, quando do reconhecimento da prática de falta grave, que, à evidência, culmina por impactar o *status libertatis* do condenado”.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Com o início do cumprimento da pena, a gestão direta da sanção é realizada pela administração penitenciária, que, visando à manutenção da ordem e à concretização das finalidades da pena, deve zelar e atuar pela disciplina interna. E os condenados e os presos provisórios devem colaborar com a ordem, obedecendo às determinações emanadas das autoridades e seus agentes.

No intuito de viabilizar a execução da pena sob ordem e disciplina, a Lei de Execução Penal traz, além do extenso rol de deveres e direitos dos presos, os comportamentos proibidos, as sanções aplicáveis em caso de violação e os ritos e exigências para a sua apuração.

Uma das regras fundamentais na aplicação de sanções é a disposta no art. 57 da LEP: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”. O dispositivo obedece a normas internacionais, tendo em vista que as Regras de Mandela recomendam que, na aplicação das sanções disciplinares, a autoridade competente proceda a um exame completo do fato, analisando todas as suas circunstâncias com base nas informações colhidas em procedimento instaurado com esta finalidade. Trata-se, em última análise, da aplicação prática dos princípios da individualização da pena e da responsabilidade pessoal.

Disso decorre outra regra da Lei de Execução Penal: a vedação a sanções de caráter coletivo (art. 45, § 3º). Com efeito, se os princípios que informam a execução da pena e a responsabilidade por faltas disciplinares são a individualização e a responsabilidade individual, não é possível que, mesmo em decorrência de procedimento administrativo devidamente instaurado e instruído, o preso sofra sanção aplicada sem que seja apontado exatamente em que sua conduta pessoal violou as normas de ordem e disciplina da execução penal.

Com base nisso, o ministro Rogério Schietti Cruz, do STJ, concedeu a ordem em habeas corpus para suspender os efeitos de decisão da segunda instância que havia confirmado a punição considerada de caráter coletivo.

## Boletim Criminal Comentado nº 081 – março 2020

No caso, o impetrante e outros condenados trabalhavam juntos no setor relativo à padaria do estabelecimento prisional, de onde foi subtraída uma porção de fermento biológico. Questionados pelo supervisor a respeito da autoria da subtração, os presos se calaram e foram alertados de que seriam submetidos a processo disciplinar. Horas depois, o produto foi encontrado no local de onde havia sido retirado, mas sem que ninguém assumisse a autoria.

Instaurado o procedimento administrativo, os presos foram ouvidos e negaram a autoria da subtração, e não foi possível comprovar qual deles a cometeu. Não obstante, foram todos punidos pela falta.

O impetrante recorreu ao Tribunal de Justiça, que manteve a punição em decisão posteriormente atacada no STJ. Para o ministro, da forma como aplicada a punição viola o princípio da individualização da pena e torna inócuo o procedimento administrativo, que é instaurado justamente para que se responsabilize pessoal e individualmente o preso faltoso:

“Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “[é] ilegal a aplicação de sanção de caráter coletivo, no âmbito da execução penal, diante de depredação de bem público quando, havendo vários detentos num ambiente, não for possível precisar de quem seria a responsabilidade pelo ilícito. O princípio da culpabilidade irradia-se pela execução penal, quando do reconhecimento da prática de falta grave, que, à evidência, culmina por impactar o *status libertatis* do condenado” (HC n. 292.869/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 29/10/2014, sublinhei).

É imperioso ressaltar a relevância da individualização da conduta imputada ao apenado, circunstância sem a qual nem é possível o adequado exercício das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, previstas no texto do art. 5º, LV, da Carta Magna, segundo o 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”.

Aliás, a imputação de autoria coletiva à infração disciplinar sob apuração corrompe a própria finalidade à que se presta o processo disciplinar, tornando o procedimento de apuração instrumento inócuo, ao esvaziar a possibilidade de efetiva defesa, constituindo, inclusive, ofensa ao ordenamento jurídico internacional. Nos termos do art. XI, I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “[t]odo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (grifei).

As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos, também conhecidas como Regras de Mandela, instituídas pela Organização das Nações Unidas, sublinha o direito à devida apuração de condutas classificadas como infrações disciplinares graves, mormente diante da repercussão de seu reconhecimento durante o resgate da reprimenda. De acordo com o art. 41, I, do

## Boletim Criminal Comentado nº 081 – março 2020

referido diploma legal, “[q]ualquer alegação de infração disciplinar praticada por um recluso deve ser prontamente transmitida à autoridade competente, que deve investigá-la sem atrasos injustificados”.

Assim, em um primeiro olhar, não verifico a indicação de elementos que vinculem o apenado ao desaparecimento do produto armazenado na padaria do estabelecimento prisional, de modo que constitui patente constrangimento ilegal a manutenção dos consectários decorrentes do reconhecimento da falta grave” (HC 559.433/SP, j. 17/2/2020).

**DIREITO PENAL:**

---

**1- Tema: Sexta Turma do STJ admite qualificadora de meio cruel em pronúncia por homicídio de trânsito com dolo eventual**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ no dia 18/02/2020**

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) deu provimento a recurso especial do Ministério Público do Paraná (MPPR) para reconhecer a compatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora de meio cruel apontada na sentença que mandou o réu a júri popular por homicídio cometido na direção de veículo.

O MPPR recorreu de decisão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) que excluiu a qualificadora da sentença de pronúncia. De acordo com a acusação, o réu atropelou um idoso, que ficou preso ao carro e foi arrastado por mais de 500 metros.

O TJPR entendeu que o fato de a vítima ter sido arrastada após o atropelamento já serviu de fundamento para a configuração do dolo eventual, e por isso não poderia ser utilizado para qualificar o crime, sob pena de indevido *bis in idem* (dupla punição pelo mesmo fato).

No recurso apresentado ao STJ, o MPPR alegou que, ao menos em princípio e para fins de pronúncia, arrastar a vítima por mais de 500 metros é circunstância que indica meio cruel, não sendo possível à segunda instância alterar a sentença nesse aspecto, sob pena de usurpação da competência constitucionalmente atribuída ao tribunal do júri.

Compatibilidade

O relator do caso, ministro Nefi Cordeiro, esclareceu que a sentença de pronúncia não representa juízo de procedência da culpa, mas consiste no reconhecimento de justa causa para a fase do júri, ante a presença de prova da materialidade de crime doloso contra a vida e de indícios de autoria.

De acordo com Nefi Cordeiro, o entendimento pacífico no STJ é de que somente se admite a exclusão de qualificadoras da pronúncia quando manifestamente improcedentes ou descabidas, sob pena de afronta à soberania do júri.

O relator disse que a posição firmada na Quinta Turma (**AgRg no RHC 87.508**) é pela inexistência de incompatibilidade entre o dolo eventual e o reconhecimento do meio cruel para a consecução da ação.

Assim, para o ministro, o entendimento firmado pelo TJPR não se harmoniza com a jurisprudência do STJ, segundo a qual não é possível falar em incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora do meio cruel (artigo 121, parágrafo 2º, III, do Código Penal).

## Boletim Criminal Comentado nº 081 – março 2020

Segundo o ministro, o dolo do agente, seja direto ou indireto, não exclui a possibilidade de o homicídio ter sido praticado com o emprego de meio mais reprovável.

"É admitida a incidência da qualificadora do meio cruel, relativamente ao fato de a vítima ter sido arrastada por cerca de 500 metros, presa às ferragens do veículo, ainda que já considerada no reconhecimento do dolo eventual na sentença de pronúncia", afirmou.

Leia o [acórdão](#).

**Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): REsp 1829601**

### COMENTÁRIOS DO CAOCRIM

O homicídio na direção de veículo automotor é tipificado no art. 302 do Código de Trânsito, sempre na modalidade culposa. O *caput* trata da forma básica, o § 1º elenca quatro majorantes e o § 3º traz uma qualificadora para as situações em que o motorista pratica o crime ao dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência (o § 2º foi revogado pela Lei 13.281/16).

Embora a regra seja a punição deste homicídio na forma culposa, as circunstâncias do fato podem indicar o elemento subjetivo doloso, especificamente aquele em que o motorista assume a possibilidade de provocar a morte de alguém ao adotar um comportamento de risco exacerbado na condução do veículo.

Foi o que ocorreu em um caso julgado recentemente pelo STJ, em que o motorista, com a habilitação suspensa, efetuou uma manobra imprudente, atropelou um pedestre e, apesar dos alertas de outras pessoas que estavam no local, fugiu em alta velocidade arrastando a vítima por aproximadamente quinhentos metros.

Uma das controvérsias que frequentemente permeiam imputações de homicídio com dolo eventual é a incidência de algumas qualificadoras. No julgamento mencionado, tratava-se da qualificadora relativa ao meio cruel.

Nos termos do art. 121, § 2º, inc. III, o homicídio é qualificado quando cometido com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso (dissimulado) ou cruel (aumenta inutilmente o sofrimento da vítima), ou de que possa resultar perigo comum (capaz de atingir número indeterminado de pessoas).

A exemplo do que ocorre com os motivos fútil e torpe, há quem sustente que o emprego do meio cruel é incompatível com a situação em que alguém não quer diretamente o resultado, mas apenas assume o risco de produzi-lo. Isto porque o dolo eventual é uma forma de dolo indireto ou indeterminado em que o agente revela indiferença em relação ao resultado possível. É impensável,

## Boletim Criminal Comentado nº 081 – março 2020

portanto, que o indivíduo indiferente em relação à ocorrência da morte adote meio que, por sua natureza, pressupõe um caráter sádico por meio do qual se busca matar a vítima submetendo-a a um sofrimento atroz.

Mas o STJ não tem aderido a essa orientação. No caso julgado pela 6ª Turma (REsp 1.829.601/PR, j. 12/2/2020), o tribunal reafirmou que o emprego de meio cruel é plenamente compatível, ao menos em tese, com o dolo eventual, e cabe apenas aos jurados a decisão sobre a incidência da qualificadora no caso concreto:

“No caso, o acórdão recorrido, mantendo a sentença de pronúncia no que se refere à materialidade, à autoria e ao elemento subjetivo do agente (dolo eventual), afastou a qualificadora do meio cruel, ao entendimento de que, por servir de fundamento para a configuração do dolo eventual, os fatos que a princípio ensejariam a crueldade do meio não poderiam ser utilizados para qualificar o crime.

Tal entendimento não se harmoniza com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual não há falar em incompatibilidade entre o dolo eventual e a qualificadora do meio cruel (art. 121, § 2º, III, do CP). O dolo do agente, seja direto ou indireto, não exclui a possibilidade de o homicídio ter sido praticado com o emprego de meio mais reprovável, tais quais aqueles descritos no tipo penal relativo à mencionada qualificadora”.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 082

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

Mário Antônio de Campos Tebet

**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



## Boletim Criminal **Comentado** nº 082 – março 2020

### **AVISO**

---

#### **Normatização referente a execução da pena de multam e acordo de não persecução penal - Material da CGJ**

Resolução 838/2020- Clique [aqui](#)

Provimento CG 04/2020- Clique [aqui](#)

Parecer 59/2020- Clique [aqui](#)

Importante consignar que, não obstante a normatização, conforme informado pela Corregedoria-Geral da Justiça, somente após o dia 13 do corrente mês o ESAJ estará apto para receber a inicial de execução da multa.

Outrossim, nos termos do §1. do artigo 479-B das NSCGJ, ao Promotor do Conhecimento será aberta vista dos autos com a certidão de sentença, nos casos de não pagamento da multa. Como ainda não há no ESAJ mecanismo para o envio da certidão referida ao Promotor das Execuções, sugerimos ao Promotor do Conhecimento que encaminhe a certidão em PDF por ofício ao e-mail da PJ das Execuções competente para a execução, comunicando nos autos a adoção de tal providência.

De rigor informar que o CTIC/MPSP está estudando a criação de campo no SIS para registro da inicial da execução da multa.

Por fim, registramos que, em breve, será publicada Resolução Conjunta que também irá regulamentar o Acordo de Não Persecução Penal.

## **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

### **1-Tema: Estupro virtual de vulnerável**

Pune-se no caput do art. 217 do Código Penal o indivíduo que tem conjunção carnal ou pratica outro ato libidinoso com alguém 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 ou em seu próprio corpo).

O delito se consuma com a prática do ato de libidinagem. A tentativa é possível quando, iniciada a execução, o ato sexual visado não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Algumas decisões tomadas nos últimos anos, especialmente pelo STJ, ampliam cada vez mais as possibilidades de que se perfaça o crime. O tribunal já decidiu, por exemplo, que o estupro pode se caracterizar inclusive em situações nas quais não há contato físico entre o agente e a vítima, como, por exemplo, no caso de contemplação lasciva de uma criança nua. Trata-se do RHC 70.976/MS, mencionado em decisão recente:

“Não é despidendo lembrar que “a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida (art. 227, caput, c/c o § 4º da Constituição da República), e de instrumentos internacionais.” (REsp 1.028.062/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 2/2/2016, DJe 23/2/2016.)

Inspirada nesse mandamento constitucional, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente precedente de Relatoria do em. Min. Joel Ilan Paciornik, lembrou que “a maior parte da doutrina penalista pátria orienta no sentido de que a contemplação lasciva configura o ato libidinoso constitutivo dos tipos dos artigos 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido”. Destacou-se, ali, que o “estupro de vulnerável pode ser caracterizado ainda que sem contato físico”. Na assentada, esta relatoria ainda salientou que “o conceito de estupro apresentado na denúncia (sem contato físico) é compatível com a intenção do legislador ao alterar as regras a respeito de estupro, com o objetivo de proteger o menor vulnerável. Segundo o ministro, é impensável supor que a criança não sofreu abalos emocionais em decorrência do abuso” (Notícia extraída do sítio eletrônico do STJ, cuja veiculação ocorrera no dia 3/8/2016)” (AgRg no REsp 1.819.419/MT, j. 19/9/2019).

## Boletim Criminal Comentado nº 082 – março 2020

Seguindo essa tendência, e atento à adoção de novos meios de abuso de sexual de menores que a tecnologia proporciona, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve condenação de um indivíduo que, por meio da internet, induziu uma criança de dez anos a se exhibir nua em uma webcam e a praticar diversos atos de natureza libidinosos.

Em resumo, o agente se valia de redes sociais para se aproximar de crianças e estabelecer contato duradouro. Durante as conversas, introduzia conteúdo de cunho sexual a fim de induzi-las à prática de atos libidinosos. E alcançou seu intento em ao menos um caso:

“O denunciado \*\*\*\*\* conheceu \*\*\*\*\* , através do site “OMEGLE”, utilizando o perfil de “\*\*\*\*\*”; após questionar o menino se o mesmo possuía perfil no Facebook, pediu para \*\*\*\*\* que o adicionasse em seus contatos de amizade, então, passou a ter conversas de cunho sexual com a vítima, pedindo para o menino despir-se diante da webcam, se masturbar e “abrir a bunda”, bem como em uma das ocasiões, lhe mostrou o pênis diante da webcam dizendo que gostaria de fazer sexo com o menino.

A transmissão das imagens se dava, dentre outros métodos, através de sistemas do Facebook e Skype.

Registre-se que foram acostadas às fls. 08/17 dos autos, cópias das páginas do site de relacionamentos Facebook do perfil de “\*\*\*\*\*” e de \*\*\*\*\* nos quais constam os referidos diálogos, dentre os quais, destacam-se algumas conversações abaixo transcritas.

[...]

Após assediado a criança via comunicação por internet conforme descrito no item I, o denunciado convenceu-a a realizar simultânea masturbação para o alcance da satisfação de sua libido. Estando ambos conectados, orientava a criança a tirar roupa, praticar masturbação, exhibir a região anal e peniana além de conversar sobre felação e coito anal.

Ainda que não houvesse contato físico entre ambos, as práticas libidinosas diversas da conjunção carnal – masturbação -, foram realizadas de forma simultânea no mesmo ambiente virtual, como se juntos estivessem”.

Em concurso com o estupro de vulnerável, o Ministério Público imputou os crimes dos artigos 241-D, parágrafo único, inc. II, 240 e 241-B, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente. O primeiro, porque o agente havia assediado a criança com o fim de com ela praticar ato libidinoso e de induzi-la a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita. O segundo, porque, ao registrar a criança praticando atos libidinosos, produziu cena de sexo explícito e pornográfica por

## Boletim Criminal Comentado nº 082 – março 2020

meio de comunicação de vídeo. O terceiro, porque, durante a execução de mandado de busca e apreensão, constatou-se que ele armazenava milhares de vídeos e fotografias envolvendo crianças e adolescentes em cenas de sexo explícito e pornográficas. Em primeira instância, impôs-se a absolvição apenas sobre o crime do art. 240 do ECA.

No mérito de sua apelação, o condenado buscava a absolvição pelos demais delitos alegando, além de insuficiência probatória e questões relativas à atipicidade do estupro praticado por meio virtual, erro de tipo por desconhecimento da idade da vítima e desclassificação do estupro para o delito previsto no art. 241-D, parágrafo único, II do ECA ou para o do art. 215-A do CP.

Sua pretensão, no entanto, foi inteiramente rejeitada.

Interessam-nos neste artigo apenas os argumentos utilizados para a condenação pelo estupro de vulnerável, tendo em vista que as condutas tipificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente envolvendo material de pornografia infantil são comumente praticadas por meios eletrônicos, e sobre isso não há controvérsia que nos possa atrair a atenção.

Inicialmente, o tribunal considerou bem provada ocorrência dos atos libidinosos, não somente em razão do depoimento da criança, que confirmou ter se masturbado juntamente com o condenado, mas também pelo teor de mensagens de texto trocadas entre ambos nas ocasiões em que ocorreram os fatos. Diante da prática dos atos de cunho sexual, os julgadores aderiram à tese de que o estupro dispensa o contato físico entre o sujeito ativo do crime e a vítima. O que importa para a caracterização do crime é a prática de atos sexuais por meio da interação entre o criminoso e a vítima, mas pouco importa a localização de cada indivíduo no momento em que tais atos são praticados:

*“Ab initio, há que se referir que a conduta do incriminado não é atípica, porquanto não apenas o toque lascivo é capaz de configurar o delito em comento, o resultado naturalístico/jurídico, podendo, inclusive, advir de situações em que aquele não ocorra.*

Como já assentado pela Colenda Quinta Turma do E. STJ, por ocasião do julgamento do RHC 70.976/MS, em 02.08.2016, de relatoria do ilustre Ministro Joel Ilan Paciornik, o que pontuado pela magistrada singular, prescinde à consumação dos tipos penais do art. 213 e art. 217-A a ocorrência de contato físico entre a vítima e o abusador, bastando a mera “contemplanção lasciva” à configuração de tais delitos, a situação presente guardando perfeita sintonia com a hipótese enfocada no precedente.

[...]

## Boletim Criminal Comentado nº 082 – março 2020

Por fim, arremata Cleber Masson que “o estupro de vulnerável e também o estupro realmente não depende de contato físico entre o agente e a vítima. Exige-se, contudo, o envolvimento físico desta no ato sexual, mediante a prática de ato libidinoso (exemplos: automasturbação, relação sexual com animais etc.)” (in Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H) – vol. 3. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 63).

Portanto, a solução é casuística, devendo-se observar se o bem jurídico tutelado pela norma penal – dignidade sexual do menor de 14 anos –, restou atingido.

Isto assentado, não me assaltam dúvidas de que o incriminado cometeu o crime previsto no art. 217-A do CP, a prova acusatória mostrando-se apta ao decreto condenatório, a vítima, criança de apenas 10 anos de idade ao tempo dos fatos, de forma coerente, narrando a violência sexual à que submetida, esclarecendo que, em duas ocasiões, manteve contato com o réu por meio de Webcam, oportunidade em que ele se despiu, passando a se masturbar, solicitando que fizesse o mesmo, o que atendeu, a primeira por meio do site “Omegle” e a segunda, da rede social Facebook.

[...]

Isso não bastasse, a narrativa do lesado – ainda que sozinha, insisto, pudesse lastrear o decreto condenatório –, veio corroborada pelos diálogos anexados aos autos, dos quais se depreende claramente que o réu efetivamente praticava atos libidinosos diversos da conjunção carnal com o menor, oportunidades em que ambos se masturbavam, concomitantemente, durante contato mantido por meio de WebCam (fls. 97/105).

Quanto ao mais, os abusos, assim com a descoberta pelo pai do ofendido e a deflagração da investigação policial foram narradas pormenorizadamente em juízo pelo pai do lesado, em consonância com as declarações dos policiais civis que atuaram na investigação criminal, esclarecendo que o increpado foi localizado por meio dos IP’s dos locais onde ele utilizava o perfil falso que mantinha na rede social Facebook (fls. 892/894 e 899v/902).

Ainda, o próprio acusado, quando interrogado em juízo, em que pese negando ter se masturbado na frente da vítima, admitiu que em uma oportunidade visualizou o menino manipulando o órgão genital por meio da WebCam, mencionando que “ambos se estimularam a se exibir” (CD à fl. 632, 6min5seg e 7min46seg).

Nesse prisma, não subsiste a alegação da defesa técnica, veiculada em seu arrazoado recursal, de inexistência de “mínimo de interação sexual entre o ofensor e o infante” (fl. 799), plenamente demonstrada, a prática, pelo apelante, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com

## Boletim Criminal Comentado nº 082 – março 2020

vulnerável, de modo que inaplicável, *in casu*, a técnica de distinguishing, ante a similitude das circunstâncias fático-jurídicas dos fatos em julgamento ao entendimento consolidado pela Colenda 5ª Turma do E. STJ.

Por fim, despcienda à caracterização do tipo penal a presença física do agente a fim de impossibilitar a resistência da vítima, porquanto o óbice consiste justamente na tenra idade do ofendido, circunstância que retira a sua capacidade de externar o consentimento válido, caracterizando, via de consequência, a presunção de vulnerabilidade que o tipo reclama, lembrando que na figura penal prevista no art. 217-A do CP não há previsão da elementar “constrangimento, porque a violência é ínsita à conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 anos”.

Também foi afastada a tese do erro de tipo, baseada no interrogatório do condenado, oportunidade em que ele afirmou desconhecer que se tratasse de uma criança, pois nos contatos iniciais a vítima afirmara ter dezesseis anos.

O erro de tipo é disciplinado no art. 20, caput, do Código Penal: “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei”. Neste caso, o agente ignora ou tem conhecimento equivocado da realidade. Cuida-se de ignorância ou erro que recai em elementares, circunstâncias ou quaisquer dados que se agregam a determinada figura típica. O erro de tipo essencial, que recai nos dados principais do tipo penal, pode ser escusável (inevitável) ou inescusável (evitável), conforme seja ou não previsível, e, a depender da situação, exclui o dolo e a culpa ou somente o dolo, situação que permite a punição pelo crime culposo, caso seja tipificado.

No caso do estupro de vulnerável, o erro de tipo é possível se, por exemplo, alguém mantém relação sexual com um menor de quatorze anos que omite sua idade e aparenta ser mais velho. Ainda que no campo da prova seja difícil imaginar uma situação em que esta tese possa ser bem sucedida, teoricamente não há dúvida de que é possível.

Ocorre que no caso julgado não havia o menor espaço para que se alegasse ignorância sobre a realidade, tendo em vista que os contatos iniciais efetuados pelo condenado ocorreram por meio do perfil mantido pela criança no Facebook, no qual constava uma fotografia verdadeira que revelava suas características físicas. Não bastasse, a tenra idade da vítima se evidenciou quando ela se exibiu nua pela webcam. Alia-se a isso o fato de que na residência do condenado havia sido apreendido extenso material de pornografia infantil, o que confirmava sua intenção de se relacionar (ainda que virtualmente) com crianças:

## Boletim Criminal Comentado nº 082 – março 2020

“Por outro lado, no que concerne à tese de erro de tipo vertida pelo acusado em defesa direta, bem como pela defesa técnica em seu arrazoado recursal, melhor sorte não lhe assiste.

Consoante já referido alhures, ao simples vislumbre da fotografia do ofendido inserida em seu perfil na página da rede social Facebook, à fl. 09 do apenso, à época dos fatos, salta aos olhos a tenra idade do ofendido.

E não se está aqui a falar de adolescente, com idade próxima aos 14 anos de idade, circunstância que poderia emprestar mínima plausibilidade à tese de erro de tipo, mas sim de criança com apenas 10 anos de idade.

Assim, absolutamente inverossímil a afirmação do acusado, de que acreditou que o ofendido possuía 16 anos de idade à época dos fatos (CD à fl. 632, 2min32seg), conclusão reforçada pelo contexto de sua prisão em flagrante, oportunidade em que apreendidas diversas mídias contendo grande quantidade e material pornográfico infantil (4º fato), bem como pela imagem da tela inicial do perfil falso utilizado pelo increpado na rede social Facebook, evidenciando que a maioria de seus “amigos” virtuais eram crianças (fl. 08 do apenso).

E nem se diga que chats e sites de relacionamento exigem que o usuário possua determinada faixa etária, porquanto sabidamente não há qualquer verificação quanto à real idade das pessoas cadastradas, circunstância indiscutivelmente de conhecimento do acusado, estudante universitário e sabedor do modo de funcionamento de tais ferramentas, até mesmo porque, como já referido, possuía muitas crianças no círculo de amizade “virtual” que criara mediante a utilização de perfil falso.

Nesse contexto, inarredável a conclusão de que “(...) O erro de tipo em face à ignorância em torno da idade da vítima, não obstante tenha resguardo jurídico, se tornou um modo corriqueiro de se eximir da condenação penal. (...)”. Todavia, “(...) É preciso que haja proteção de fato e de direito às crianças e adolescentes brasileiros, pois de nada adiantará todo o aparato judicial preventivo se não aplicado de forma efetiva.” (REsp 1464450/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/8/2017, DJe 23/08/2017) (grifei)

Sob qualquer enfoque, então, descabe o pleito de reforma, o decreto condenatório estando bem fundamentado”.

Finalmente, o tribunal rechaçou os pedidos subsidiários de desclassificação do estupro de vulnerável para o art. 241-D, parágrafo único, inc. II, do ECA (que, aliás, já havia sido imputado) ou para o art. 215-A do CP.



## Boletim Criminal Comentado nº 082 – março 2020

O tipo penal do art. 241-D, parágrafo único, inc. II, do ECA é evidentemente marcado pela prevenção, pois, punindo aquele que simplesmente se põe a aliciar, assediar, instigar ou constranger a criança, pretende evitar a ocorrência de fato muito mais grave e de efeitos devastadores, ou seja, o efetivo contato sexual entre o agente e a vítima. Logo, se houve a prática de atos libidinosos, é inadmissível que se puna esta conduta na forma do art. 241-D. Tanto o juízo de primeiro grau quanto o Tribunal de Justiça admitiram o concurso entre o aliciamento e o estupro que lhe seguiu, e isto pode até ser debatido na esfera do conflito aparente de normas (o aliciamento como antefato impunível), mas jamais seria possível atribuir a natureza de simples aliciamento aos atos materiais de indução à prática de libidinagem. Em suma, o aliciamento foi cometido, mas inicialmente, quando o condenado buscava desenvolver com a vítima o vínculo de confiança que lhe permitiria, passado algum tempo, criar o ambiente adequado para a prática dos atos sexuais.

Também não seria possível subsumir a conduta ao tipo da importunação sexual.

O crime do art. 215-A do CP consiste em praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. O tipo pressupõe simplesmente que determinado indivíduo pratique um ato de autossatisfação tendo como objeto outra pessoa. Mas, como vimos, a conduta atribuída ao agente foi muito além disso ao envolver a própria criança na prática de atos libidinosos.

Conjuga-se a isso o fato de que o art. 215-A é expressamente subsidiário: aplicam-se as penas da importunação sexual se a conduta não caracteriza crime mais grave. Por isso, a falta de anuência não pode consistir em nenhuma forma de constrangimento (no sentido próprio do estupro), e, obviamente, a vítima não pode ser alguém cuja idade tornaria seu consentimento absolutamente irrelevante, caso em que há estupro de vulnerável. Lembremos que, segundo a narrou a criança (em relato de absoluta relevância para a condenação), não apenas o condenado se masturbou por meio da webcam, mas ela própria praticou atos libidinosos que afastam qualquer possibilidade de se tipificar o crime subsidiário.

A decisão da corte estadual, que segue a tendência de tratar com todo o necessário rigor crimes sexuais que vitimam menores, é um precedente importantíssimo não apenas para garantir a devida punição de atos tão graves quanto os praticados por meio da presença física de seus atores, mas também para alertar a respeito dos riscos cada vez maiores a que são submetidas crianças com acesso irrestrito a recursos tecnológicos.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo de denúncia- MPRS

Clique [aqui](#) para ter acesso ao acórdão do TJRS



**2-Tema: Denúnciação caluniosa e autodefesa**

O art. 339 do CP pune a denúnciação caluniosa, leia-se, 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 (existente ou não). Se se tratar de contravenção, haverá uma diminuição de pena, como prevista no § 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 e espontânea (já se decidiu inexistir o crime quando a denúnciação é provocada por uma pergunta de terceiro – RT 550/357).

O Código Penal, até o advento da Lei 10.028/2000, previa a punição ao agente que tivesse dado causa à instauração de investigação policial ou processo judicial. Com o aparecimento da novel Lei, foram acrescentadas ao tipo mais três hipóteses que, no entendimento do legislador, faziam jus a proteção penal: o inquérito civil, a investigação administrativa e a ação de improbidade administrativa.

Vejamos, então, cada conduta separadamente:

**a)** o tipo começa punindo aquele que, mediante notícia mentirosa, dá causa à instauração de investigação policial. Em que pese grande parte da jurisprudência decidir que a caracterização do crime, no caso, dependeria da efetiva formação do inquérito policial (RT 504/301), não é o que prevalece na doutrina. Basta uma simples leitura do tipo incriminador para concluir-se bastar que a imputação de crime, a quem sabe inocente, acarrete investigação policial (simples e informal movimentação da autoridade no sentido de apurar os fatos), que não precisa assumir feições de inquérito policial.

**b)** 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 (queixa ou denúncia);

**c)** com o advento da Lei 10.028/2000 passou a configurar o crime do art. 339 do CP a conduta daquele que, maliciosamente, dá causa à instauração de investigação administrativa. Nessa hipótese, o denunciante imputa a outrem fato que, além de infração administrativa, constitui ilícito penal;

**d)** outra inovação trazida pela Lei 10.028/2000 foi a tipificação como denúnciação caluniosa do comportamento do agente que, ilicitamente, dá causa à instauração de inquérito civil, isto é,

## Boletim Criminal **Comentado** nº 082 – março 2020

procedimento investigatório, previsto 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 tipificado como crime;

**e)** também novidade originada da Lei 10.028/2000, entendeu o legislador por bem punir como denúncia caluniosa a conduta daquele que dá causa à instauração de ação de improbidade administrativa, sabendo que o denunciado é inocente. Aqui, como nas duas hipóteses precedentes, o fato injustamente imputado ao terceiro deve estar definido como crime. Ocorre que nem todos os atos de improbidade administrativa são tipificados como delitos. Se estes últimos não estiverem presentes na denúncia, 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”).

Será que desaparece o crime quando o agente pratica a denúncia caluniosa num quadro de autodefesa? Prevalece que não, como se percebe da jurisprudência abaixo colacionada:

### **TJ-PR - Apelação APL 14696818 PR 1469681-8 (Acórdão) (TJ-PR)**

#### **EMENTA**

A autodefesa não é um direito absoluto. Exemplo disso, já aclamado historicamente, é na hipótese de quando o réu, em sua defesa, no momento do interrogatório, imputa falsamente o crime a pessoa inocente. Situação em que responderá por denúncia caluniosa na forma do artigo 339 do Código Penal. Logo, o direito de autodefesa não deve ser confundido com o princípio da ampla defesa, devendo ser respeitados os limites de agir do réu no exercício de suas prerrogativas constitucionais. Estado do Paraná 3 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA Apelação Crime nº 1.469.681-8Cód. 1.07.030 10. Súmula 522-STJ: A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa. (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 25/03/2015, DJe 6/4/2015) 11. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal restaurou o tradicional entendimento, no sentido de que 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, é possível determinar a expedição imediata de mandado de prisão e guia de recolhimento provisória ao apelante 2, visto que condenado com regime inicial fechado. (TJPR - 4ª C.Criminal - AC - 1469681-8 - Jandaia do Sul - Rel. Celso Jair Mainardi - Unânime - J. 7.4.2016).

**TJ-DF - Apelação Criminal APR 20140111268742 (TJ-DF)**

EMENTA

DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ACUSADO QUE IMPUTA AOS POLICIAIS CRIMES DO QUAL O SABIA SEREM INOCENTES, DANDO CAUSA A INSTAURAÇÃO DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. AUTODEFESA. CONDUTA TÍPICA. CONDENAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. A autodefesa não tem o condão de afastar a tipicidade do delito de denúncia caluniosa (art. 339 do CP), porquanto o seu exercício não pode ser empregado como justificativa idônea a prática de crimes, ou seja, não existe direito a ser reconhecido em favor do agente que imputa conduta inexistente e tipificada como infração penal a outra pessoa. 2. Recurso conhecido e não provido.

Na mesma linha, tem prevalecido o entendimento de que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal. Súmula 552 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Tese esta com repercussão geral reconhecida- Tema 478 - Alcance do princípio da autodefesa frente ao crime de falsa identidade- Leading Case: RE 640139- O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, 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).[-]

**3- Tema: Recurso contra a suspensão dos processos pelo art. 28 da Lei de Drogas no Colégio Recursal do JECRIM**

Chegou ao conhecimento do CAOCRIM decisões das Turmas Recursais – *caso da Comarca de Franca* – suspendendo processo envolvendo o crime do art. 28 da Lei de Drogas, sob o fundamento de que sua constitucionalidade e natureza jurídica (se crime ou não) estariam em debate no STF, em sede de repercussão geral.

A decisão, com o devido respeito, está equivocada. Não reflete o que vem decidindo a Suprema Corte. Vejamos.

O ministro Gilmar Mendes indeferiu pedido da Defensoria Pública do Estado de São Paulo para suspender (sobrestar) todos os processos criminais por porte de drogas para consumo próprio que estejam em curso no território nacional. O pedido, formulado na Petição (PET) 7207, era

## Boletim Criminal **Comentado** nº 082 – março 2020

para que a tramitação fosse suspensa até o julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 635659), no qual se discute a constitucionalidade do tipo penal do artigo 28 da Lei de Tóxicos (lei 11.343/06).

Segundo o ministro, que é relator do RE, não é recomendável determinar o sobrestamento desses processos, pois o caso “envolve desacordo moral razoável, no qual há uma divisão na opinião dos agentes públicos e da sociedade civil sobre a melhor. Em sua decisão, o ministro observou que, embora o Código de Processo Civil (CPC) admita a suspensão dos processos com tema semelhante aos com repercussão geral reconhecida pelo STF, o entendimento do Tribunal é de que o sobrestamento não é automático, cabendo ao relator se pronunciar sobre a necessidade. Em relação aos processos penais, explicou que a orientação do Tribunal é no sentido de que em nenhuma hipótese o sobrestamento abrangerá inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios nem ações penais em que haja réu preso provisoriamente.

Gilmar Mendes lembrou que, embora tenha votado pela inconstitucionalidade da tipificação penal do artigo 28 da lei 11343/06, que trata de aquisição, guarda, depósito, transporte ou posse de drogas para consumo pessoal, em situações como essa deve-se evitar a suspensão da política pública estabelecida com base em decisão monocrática, sob pena inclusive de se criar reação adversa contra a decisão e o próprio julgamento que está sendo realizado pela Corte. “É mais prudente e adequado esperar o amadurecimento do caso e dos debates no Plenário do Supremo Tribunal Federal, privilegiando a decisão do colegiado, que poderá inclusive decidir sobre a suspensão dos processos de maneira incidental”, argumenta o relator.

Entretanto, mesmo diante desta decisão, tem juízes sobrestando o andamento de recurso extraordinário, com fulcro no artigo 1030, inciso III, do CPC.

O CAOCRIM orienta os colegas a peticionarem ao Relator do Colégio Recursal requerendo o destravamento do Recurso sobrestado, conforme art. 1.037, § 10, do CPC. Caso seja indeferido o pleito ministerial, o CAOCRIM entende cabível Agravo Interno, nos termos do § 13, inc. II, do art. 1.037 do CPC.

#### **4- Execução da multa, Lei 13.964/19 e o início/curso do prazo prescricional**

Sustentamos que na execução da multa, aplicam-se os prazos prescricionais do Código Penal, com suas causas interruptivas e suspensivas, e, subsidiariamente, as causas interruptivas e suspensivas das normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública. Desse modo, durante o período em que o sentenciado estiver preso, não corre o prazo prescricional para cobrança da multa.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 082 – março 2020

Nesse sentido, vide Manifestação do colega Manoel Maldonado Gonzaga, promotor de Justiça de Tupã – [Clique aqui](#).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 083

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

Mário Antônio de Campos Tebet

**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 13.964/19, o confisco alargado e a sua aplicação a fatos pretéritos**

Reza o art. 91-A do CP:

“Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º Para efeito da perda prevista no caput deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes.”

A Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) introduziu no Código Penal o art. 91-A, que disciplina o chamado **confisco alargado** (confisco ampliado ou perda alargada), uma espécie de efeito secundário da sentença penal condenatória que consiste na perda de bens equiparados ao produto ou proveito do crime.

A principal motivação deste tipo de medida é a despatrimonialização do criminoso de modo a incrementar um reproche econômico significativo aos tradicionais efeitos dissuasórios e retributivos da sanção penal, notadamente àquelas categorias delitivas altamente rentáveis. Trata-se de

estratégia de enfrentamento à criminalidade que parte da ideia de que determinados crimes são permeados por um alto grau de escolha racional, em que o agente avalia e assume os riscos e benefícios decorrentes de sua prisão e do retorno proporcionado. O elevado saldo patrimonial nessa equação de custo-benefício serve de incentivo para o intento criminoso. A análise econômica do crime, dentre outras lições, indica que um sistema criminal eficaz deve impor riscos superiores às vantagens inerentes à prática do crime. Ao atingir os bens que gravitam em torno da conduta delituosa praticada pelo agente, o confisco alargado reveste-se de nítida feição econômica, é fruto de manejo eficaz do direito penal e está inserido em um modelo de política criminal funcionalista porque busca enfrentar, com outra mecânica, o sentimento social de impunidade que gradativamente leva à perda da eficácia da própria ordem jurídica.

O confisco alargado não é cabível em qualquer condenação. O dispositivo em estudo elenca alguns pressupostos necessários que delimitam seu cabimento. Importa desde já deixar assentado que esses pressupostos servem para demonstrar que a legislação não cria uma presunção legal, mas tão somente uma consequência anexa e direta do édito condenatório que, por opção político-criminal, se alastra para outras esferas jurídicas e produz outros efeitos jurídicos mandamentais previstos na norma.

Pressupostos - Os pressupostos da medida são os seguintes:

**(A)** condenação por crime com pena máxima superior a seis anos

**(B)** Incompatibilidade do patrimônio com a renda lícita do agente

Observe-se que o art. 91-A abrange todos os bens que não sejam compatíveis com a renda lícita do criminoso, de modo a reputá-los como produto (*producta sceleris*) ou proveito do crime (*pretium sceleris*). Para sermos mais precisos, a norma considera como algo equivalente ao produto ou proveito do crime todos os bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito. E, como dispõe o § 1º, entende-se por patrimônio do condenado para os efeitos do confisco:

**(1)** os bens de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente;

**(2)** os bens transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

Importante observar ser necessário constar na denúncia o pedido correspondente a perda alargada, com a indicação da diferença apurada na investigação patrimonial, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 91-A, do CP:



## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

**§ 3º** A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

Na sentença em que decreta a perda, o juiz deve (a) declarar a diferença apurada entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito e (b) especificar os bens cuja perda está sendo decretada.

Já se discute sua aplicação a fatos anteriores à Lei 13.964/19. Entendemos possível, sem implicar violação ao princípio da legalidade (anterioridade). É que a natureza do instituto, como alertada no início, não é penal, mas extrapenal. Basta que o patrimônio a ser confiscado se refira a crimes já tipificados no nosso ordenamento.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 – Tema: Aprovado no ENEM não precisa comprovar a frequência escolar para obter remição de pena**

Preso que consegue aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) não precisa provar as horas de estudo para obter a diminuição da pena. Com esse entendimento, a ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.810.154/SP, proveu o recurso especial em decisão monocrática para conceder ao réu a remição de 66 dias de pena.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O exercício do trabalho e do estudo no cumprimento da pena é uma das medidas de ressocialização adotadas pela Lei de Execução Penal, e é 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.

Ocorre que a Lei 7.210/84 não estabelece em detalhes quais são as atividades que podem ser consideradas laborativas ou escolares, razão por que os tribunais são frequentemente provocados a decidir se a remição pode ser aplicada pelo desempenho de determinadas atividades que, à primeira vista, podem não se enquadrar em nenhuma das situações disciplinadas na lei.

Como exemplo, temos a leitura e a resenha de livros, uma atividade autônoma, que, a rigor, não pode ser classificada como frequência escolar, mas que o STJ admite para a remição da pena sob o argumento de que o benefício deve ser concedido em analogia *in bonam partem* em relação à possibilidade de desconto da pena por meio do estudo (HC 527.446/SP, j. 12/11/2019).

Recentemente, o STJ admitiu a remição pelo estudo sem a comprovação das horas de efetiva frequência escolar porque o preso havia concluído o ensino médio e havia sido aprovado em exame nacional (ENEM).

A primeira instância havia deferido a remição, mas, por recurso do Ministério Público, o Tribunal de Justiça reformou a decisão considerando que a Lei de Execução Penal não contempla a conclusão do ensino médio e a aprovação em exames entre as causas de remição. É preciso comprovar a frequência escolar:

“[...] Depreende-se desse dispositivo legal [art. 126 da LEP] que a pena estabelecida na sentença pode ser reduzida caso o condenado, durante seu cumprimento, utilize parte desse tempo para trabalhar ou estudar. Assim, a remição é, ao mesmo tempo, um fator de combate ao ócio e um incentivo à

## Boletim Criminal Comentado nº 083 – março 2020

preparação para a vida laborativa, ou ao estímulo de sua habilidade, tudo em busca de transformar o cumprimento da pena num tempo de aperfeiçoamento do homem que um dia deixará o cárcere.

Em outras palavras é o tempo de pena gasto para o estudo ou o trabalho que beneficia o preso, que poderá ser ainda mais favorecido caso demonstre que o resultado do estudo feito durante o cumprimento da pena foi eficaz sob o prisma da educação oficial.

A lei não prevê remição de pena para quem obtém certificado de conclusão de curso (fundamental, médio ou superior) emitido por órgão do sistema de educação, que apenas aumenta a retribuição pelo estudo, como prêmio pela efetiva dedicação a ele. A lei só prevê a remição da pena pelo tempo dela destinado ao estudo (ou trabalho).

Daí o cálculo da remição decorrer das horas de frequência escolar (ou dos dias de trabalho) e haver necessidade dessa atividade ser ‘certificada’ pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

III – No caso dos autos não se demonstrou que parte do tempo de pena foi dedicado ao estudo, razão pela qual descabe remição de pena pelo estudo”.

Mas, para a ministra Laurita Vaz, o fato de o preso ter concluído o ensino médio e ter sido aprovado no exame é bastante para comprovar o aproveitamento de seu estudo, ainda que praticado de forma autônoma. Em outras palavras, torna-se desnecessário comprovar a frequência escolar se, por outros meios, o preso demonstra ter se dedicado a atividades educacionais:

“Sabe-se que a Lei de Execução Penal prevê, em seu art. 126, que 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.

Assim, como resultado de uma interpretação analógica *in bonam partem* da norma ali inserta, segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é possível a hipótese de abreviação da reprimenda em razão de atividades que não tenham previsão expressa no texto legal.

[...]

Quanto ao tema, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação n.º 44/2013, que apresenta a possibilidade de remição por aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino médio, como na hipótese dos autos:

‘Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

[...] V – na hipótese de o apenado não estar, circunstancialmente, vinculado a atividades regulares de ensino no interior do estabelecimento penal e realizar estudos por conta própria, ou com simples

## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

acompanhamento pedagógico, logrando, com isso, obter aprovação nos exames nacionais que certificam a conclusão do ensino fundamental Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) ou médio Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a fim de se dar plena aplicação ao disposto no § 5º do art. 126 da LEP (Lei n. 7.210/84), considerar, como base de cálculo para fins de cômputo das horas, visando à remição da pena pelo estudo, 50% (cinquenta por cento) da carga horária definida legalmente para cada nível de ensino [fundamental ou médio – art. 4º, incisos II, III e seu parágrafo único, todos da Resolução n. 03/2010, do CNE], isto é, 1600 (mil e seiscentas) horas para os anos finais do ensino fundamental e 1200 (mil e duzentas) horas para o ensino médio ou educação profissional técnica de nível médio.’

Com as regras apresentadas, busca-se incentivar o estudo do apenado e, conseqüentemente, sua ressocialização, primordial objetivo da pena, buscando a readaptação ao convívio social.

Assim, aplicando a interpretação extensiva *in bonam partem*, entende-se cabível a remição para presos que estudam por conta própria, merecendo relevar, ainda, o louvável esforço individual para tanto.

Nessa perspectiva, é certo que o benefício da remição deve ser aplicado no caso dos autos, tendo em vista que a aprovação do Recorrente no ENEM e a conclusão do ensino médio configuram aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme dispõem o art. 126 da Lei de Execução Penal e a Recomendação n.º 44/2013 do CNJ” (REsp 1.810.154/SP, j. 6/3/2020).

### **2-Tema: 1ª Turma determina realização de novo Júri diante de absolvição de réu contra provas dos autos**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF no dia 10 de março de 2020**

Por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Tribunal do Júri pode realizar nova deliberação em processo-crime julgado de forma contrária às provas. A decisão foi tomada na sessão de terça-feira (10) no exame do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 170559, que trata da possibilidade de o Ministério Público recorrer de julgamento em que o Júri absolve o réu, mesmo após admitir a existência de materialidade e de indícios de autoria ou participação no delito.

A Turma começou a julgar o caso em dezembro de 2019. O relator, ministro Marco Aurélio, votou pelo provimento do RHC, por entender que não se trata de contradição, pois o Júri havia respondido "sim" à pergunta “O jurado absolve o acusado?”, contida no CPP. Ele observou que o Conselho de Sentença não é um órgão técnico e tem liberdade de decisão.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

O ministro Alexandre de Moraes abriu divergência. Ele admite a possibilidade de recurso para que seja realizado novo julgamento pelo Júri quando uma das partes entender que a decisão foi contrária às provas, como ocorreu no caso. “A palavra final sobre o mérito da acusação é do Júri”, afirmou. “Se o Júri entender novamente dessa maneira, não cabe novo recurso”. O ministro Luís Roberto Barroso votou no mesmo sentido.

### Possibilidade de recurso

Na sessão de hoje, o ministro Luiz Fux acompanhou a divergência. Para ele, apesar de a lei ter incluído o novo quesito absolutório a ser respondido pelo Júri, isto não inibe o Ministério Público de interpor um recurso referente à absolvição contra a prova dos autos. A ministra Rosa Weber seguiu o relator.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A decisão manifestamente contrária à prova dos autos aparece como a mais interessante das hipóteses de apelação contra as decisões do Júri, que aparece com mais frequência na prática e que enseja o maior número de controvérsias. Nela, 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, sob pena de ferir o princípio da soberania do júri, mas somente dar provimento ao recurso para que um novo plenário seja realizado. Insistimos: suponha-se que o réu, sempre quando ouvido, inclusive quanto interrogado em plenário, tenha confessado a autoria do homicídio, dizendo que assim agiu por motivo torpe, ante a negativa da vítima em pagar-lhe uma bebida. Inconformado e animado pela ingestão exagerada de álcool, quando a vítima deixava o local, contra ela investiu pelas costas, matando-a. A despeito da eloquência da prova, o júri, contudo, o absolve. Com o recurso do Ministério Público, ao Tribunal de Justiça não se permite condenar o réu, em que pese o absurdo da decisão. Se assim o fizesse violaria o princípio da soberania dos veredictos. À superior instância, nessa hipótese, é dada a possibilidade de, acolhendo o recurso do parquet, mandar o réu a novo julgamento.

Para tanto, repetimos, é preciso que a decisão dos jurados seja manifestamente contrária à prova dos autos. Assim se entende a decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum suporte no conjunto probatório colhido nos autos, “é aquela que não tem apoio em prova nenhuma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada” (RT 780/653).

Se, porém, por outro lado, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis dentre as apresentadas, a decisão é mantida, em nome da soberania dos veredictos e levando-se em conta, em acréscimo, que os jurados julgam segundo

## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

sua íntima convicção, o que implica dizer, sem a necessidade de fundamentar seus votos. Somente – repita-se – aquela decisão que não encontrar qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, no n. 75, de sua Jurisprudência de Teses, fixou o seguinte entendimento:

“Viola o princípio da soberania dos veredictos a anulação parcial de decisão proferida pelo Conselho de Sentença acerca da qualificadora sem a submissão do réu a novo Júri” (tese n. 6).

Ainda na Jurisprudência de Teses, o Superior Tribunal de Justiça, em abril de 2017, firmou os seguintes entendimentos sobre o tema:

“Não viola o princípio da soberania dos vereditos a cassação da decisão do Tribunal do Júri manifestamente contrária à prova dos autos” (tese 13) e “a soberania do veredicto do Tribunal do Júri não impede a desconstituição da decisão por meio de revisão criminal” (tese 14).

### JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

#### **Soberania dos veredictos não é atingida**

“A soberania dos veredictos do Júri – não obstante a sua extração constitucional – ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal Popular” (STF – HC nº 81423-SP, Rel. Celso de Mello, j. 18.12.2001, DJe 19.04.2001).

#### **Opção por uma das versões. Validade**

JÚRI. ACOLHIMENTO DE TESE DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA – “Decisão dos jurados que acolheu a tese do homicídio privilegiado, com base no histórico de discussões entre vítima e réu e no depoimento de testemunha que afirmou ter escutado vozes em tom exaltado momentos antes do crime. Inexistência de decisão arbitrária ou inverossímil. Em verdade, o Tribunal de Justiça considerou a prova de acusação mais sólida do que a de defesa, avaliação esta, entretanto, que é reservada ao Tribunal do Júri, juízo natural da causa, com base no critério da íntima convicção. Assim, por não caber à Justiça togada,

## Boletim Criminal Comentado nº 083 – março 2020

nos estreitos limites da apelação contra veredicto do Tribunal do Júri, desqualificar prova idônea produzida sob o crivo do contraditório, a decisão é ilegal. Ordem concedida para cassar a determinação de realização de novo julgamento pelo Júri, com base no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal” (STF – HC nº 85904-SP, Rel. Joaquim Barbosa, j. 13.02.2007, DJe 29.06.2007).

“A decisão proferida pelo Júri Popular somente pode ser anulada, em sede de apelação, com base no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, quando absolutamente improcedente, sem amparo nos elementos dos autos. Com efeito, existindo duas teses contrárias e havendo plausibilidade na escolha de uma delas pelo Tribunal do Júri, não pode a Corte Estadual cassar a decisão do Conselho de Sentença para dizer que esta ou aquela é a melhor solução, sob pena de ofensa ao art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal” (STJ – HC nº 254730-SP, Rel. Og Fernandes, j. 24.09.2013, DJe 04.10.2013).

“Para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a versão acolhida não encontre amparo nos elementos fático-probatórios amealhado aos autos, o que, a toda evidência, não se verifica na espécie em análise, tendo em vista que a Corte estadual destacou, de forma fundamentada, que existem elementos concretos que dão arrimo à decisão dos jurados, tais como prova pericial e prova testemunhal produzidas em juízo. Manifestamente contrária à prova dos autos é a decisão que despreza as provas produzidas, não aquela que, claramente, opta por uma das versões apresentadas em Plenário, como verificado na espécie sub examine” (STJ – HC nº 170447-DF, Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 2.5.2013, DJe 13.5.2013).

### **Impossível analisar, nos julgamentos pelo Júri, se a condenação se deu com base na prova produzida no inquérito policial**

“Após a produção das provas pela defesa e pela acusação na sessão plenária, a Corte Popular tão somente responde sim ou não aos quesitos formulados de acordo com a livre valoração das teses apresentadas pelas partes. Por esta razão, não havendo uma exposição dos fundamentos utilizados pelo Conselho de Sentença para se chegar à decisão proferida no caso, é impossível a identificação de quais provas foram utilizadas pelos jurados para entender pela condenação ou absolvição do acusado, o que torna inviável a constatação se a decisão baseou-se exclusivamente em elementos colhidos durante o inquérito policial ou nas provas produzidas em juízo, conforme requerido na impetração” (STJ – HC nº 175993-RJ, Rel. Jorge Mussi, j. 06.09.2011, DJe 21.9.2011).

### **Perícia que atesta inimputabilidade e condenação do réu. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos**

HOMICÍDIO SIMPLES (ARTIGO 121, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). INIMPUTABILIDADE. LAUDO PERICIAL. CORPO DE JURADOS QUE AFASTA AS CONCLUSÕES DO EXAME DE SANIDADE MENTAL. CONDENAÇÃO. VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. CONSTRANGIMENTO CARACTERIZADO – “No caso dos autos, o Tribunal de Estadual deixou de indicar

## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

quais elementos de convicção seriam aptos a afastar a conclusão da perícia técnica no sentido de que o paciente seria inimputável à época dos fatos, circunstância que revela que o corpo de jurados proferiu veredicto manifestamente contrário à prova dos autos” (STJ – HC nº 257629-ES, Rel. Jorge Mussi, j. 4.6.2013, DJe 12.6.2013).

### **Determinado novo julgamento não é reaberta a fase de instrução**

“Quando o Tribunal ad quem dá provimento ao apelo para determinar a realização de um novo julgamento, pelo fato do primeiro veredicto ter sido considerado manifestamente contrário à prova dos autos, não se pode admitir que haja inovação no conjunto probatório que será levado ao conhecimento do novo Conselho de Sentença, sob pena de se desvirtuar a regra recursal prevista no artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal, mormente em razão da norma contida na parte final do § 3º do referido dispositivo, que impede a segunda apelação motivada na mesma alegação” (STJ – HC nº 243452-SP, Rel. Jorge Mussi, j. 26.02.2013, DJe 12.3.2013).

### **3-Tema: Prisão preventiva, revisão periódica e o Pacote Anticrime**

#### **INFORMATIVO 928 STF- SEGUNDA TURMA**

A Segunda Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em habeas corpus, interposto de decisão em que concedida a ordem para revogar prisão preventiva decretada em desfavor da paciente e, em substituição, impor medidas cautelares diversas da prisão, na forma do art. 319 do Código de Processo Penal (CPP).

Na espécie, atribui-se à paciente a suposta prática dos delitos de lavagem ou ocultação de capitais e de participação em organização criminosa.

Prevaleceu o voto do ministro Gilmar Mendes (relator), segundo o qual o Ministério Público Federal não trouxe argumentos suficientes a infirmar a ato recorrido, visando apenas a rediscussão da matéria resolvida em conformidade com jurisprudência desta Turma.

Preliminarmente, observou que a reforma legislativa operada pelo chamado Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) introduziu a revisão periódica dos fundamentos da prisão preventiva, por meio da alteração do art. 316 do CPP. A redação atual prevê que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada noventa dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar ilegal a prisão preventiva.

Isso significa que a manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem. A existência desse substrato empírico mínimo, apto a lastrear a medida extrema, deverá ser regularmente apreciado por meio de decisão fundamentada.



## Boletim Criminal Comentado nº 083 – março 2020

O relator destacou três pontos centrais da linha argumentativa sustentada: **(i)** a ausência do elemento da contemporaneidade no decreto prisional; **(ii)** a ausência de elementos concretos que justifiquem a prisão preventiva e a adequação das medidas cautelares diversas; e **(iii)** o estado de saúde da ora agravada.

A seu ver, embora o Parquet sustente que o tribunal estadual teria demonstrado fundamentos aptos a restabelecer a prisão da paciente, nenhum fato concreto e atual foi apresentado no decreto prisional, tanto que se propôs a narrar novamente os fatos utilizados como base para a própria capitulação dos crimes, que datam de 2012 a 2016, confundindo os fundamentos pertinentes ao mérito com os que dizem respeito à necessidade da medida cautelar extrema, tal como fez aquele tribunal.

Diante de linha temporal apresentada, a paciente permaneceu em liberdade por período de quase dois anos, sem que houvesse notícias de quaisquer prejuízos para a aplicação da lei penal ou para o devido andamento da instrução criminal. Esse é um fundamento fático decisivo para que se mantenha o ato impugnado, pois demonstra a desnecessidade da segregação cautelar. Uma nova decretação de prisão preventiva, por meio da não manutenção do pronunciamento agravado, neste momento, representaria ato incongruente com o atual panorama normativo do processo penal.

O ministro sublinhou a inexistência de fatos novos ou contemporâneos concretos, idôneos a justificar a segregação cautelar da agravada. A questão da contemporaneidade foi enfatizada por recentes alterações do CPP, trazidas pelo Pacote Anticrime. A esse respeito, tem-se o § 2º do art. 312 do CPP.

Em passo seguinte, ponderou que a segregação cautelar está fundamentada apenas em suposições e ilações. Foi presumido que a prisão seria necessária para acautelar a ordem pública e dismantelar a organização criminosa, pois a agravada alegadamente integraria núcleo funcional da empreitada ilícita.

Impende que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme que tais condições realizam-se na espécie. Não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos.

Registrou que, com a redação dada ao art. 319 do CPP pela Lei 12.403/2011, o juiz passou a dispor de medidas cautelares de natureza pessoal, diversas da prisão, a permitir a tutela do meio social e também a servir, mesmo que cautelarmente, de resposta justa e proporcional ao mal supostamente causado pelo acusado. Eventual perigo que a liberdade represente à ordem pública ou à aplicação da lei penal pode ser mitigado por medidas cautelares menos gravosas do que a prisão.

Ao versar sobre o estado de saúde da paciente, o relator depreendeu dos autos que ela possui problemas de saúde comprovados que demandam tratamento cirúrgico. Isso foi utilizado, inclusive, pelo juiz de piso no embasamento da concessão de prisão domiciliar.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

Por derradeiro, avaliou que a falta de capacidade do sistema prisional pátrio para tratar de forma digna as patologias da paciente corrobora a tese de que as medidas impostas no ato agravado se mostram mais adequadas do que o cárcere para acautelar a aplicação da lei penal e a instrução processual penal no caso concreto.

Vencido o ministro Edson Fachin, que deu provimento ao agravo. Segundo ele, não há hipótese de concessão da ordem. De igual modo, inexistente ilegalidade flagrante ou teratologia da determinação da prisão cautelar. O ministro reputou assistir razão ao agravante. Inclusive, ao ressaltar que a ausência de notícias da reiteração criminosa no interior da casa prisional no período em que segregada não elide ou encurta a gravidade das infrações penais a ela atribuídas. Argumentou que a prisão domiciliar deferida à acusada teve por escopo observar o fragilizado estado de saúde demonstrado anteriormente. Entretanto, não há comprovação da subsistência dessa condição excepcional. Ao final, firmou que habeas corpus não é sede para o reexame de fatos e provas.

HC 179859 AgR/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 3.3.2020. (HC-179859).

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Redação antes da Lei 13.964/19	Redação depois da Lei 13.964/19
Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.	Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.  Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva se, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

O juiz pode, a requerimento das partes ou de ofício, revogar a prisão preventiva por ele mesmo decretada, desde que surja fato novo que não mais justifique sua manutenção. Não se estabelece, assim, uma situação irrevogável, mas, antes, uma apreciação da causa no estado em que se encontra (rebus sic stantibus). Dessa decisão cabe recurso em sentido estrito, nos termos do disposto no inc. V, do art. 581 do código.

## Boletim Criminal Comentado nº 083 – março 2020

De acordo com a parte final do art. 316 do CPP, nada impede, ainda, que, revogada a medida, surjam posteriormente motivos que autorizem nova decretação, estando autorizado o juiz a decidir nesse sentido. Discute-se se essa última decisão, diferentemente da que revoga, deve ser sempre provocada.

O dispositivo em análise reforça a ideia de transitoriedade, que é inerente à prisão preventiva. Com efeito, enquanto a prisão em flagrante se apoia na certeza visual do crime, a prisão preventiva se satisfaz com meros indícios suficientes de autoria, na dicção do art. 312 do código. Daí seu caráter de exceção, cujo cabimento é, por isso mesmo, reservado para hipóteses taxativamente elencadas em lei, a permitir, ademais, a revisão a todo tempo, seja para sua revogação, quando já decretada, seja para decretá-la novamente.

Considerando “a preocupação da magistratura com as situações de prisão provisória com excesso de prazo ou a manutenção da privação da liberdade após o cumprimento da sua finalidade”, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 66/2009, onde determina que, estando o réu preso provisoriamente há mais de três meses, com o processo ou inquéritos parados, cumpre ao juiz (ou ao relator tratando-se de recurso), investigar as razões da demora, indicando, ainda, as providências adotadas, a serem, posteriormente, comunicadas à Corregedoria Geral de Justiça ou à Presidência do Tribunal (no caso do relator). A propósito, como observam Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide, sendo o juiz “obrigado a declinar os motivos da demora sempre que concluir a instrução fora do prazo, com maior razão deverá fundamentar a necessidade da prisão cautelar, se o arco de tempo processual, a que alude Chiavario, previsto para um determinado procedimento, estiver consumido” (Código de Processo Penal e sua Interpretação Judicial, 2ª ed., vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 279) (grifo original).

A Lei 13.964/19, acrescentando ao art. 316 do CPP novel parágrafo, seguiu o espírito da referida Resolução. Diz que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de o constrangimento, até então legal, se tornar ilegal.

Essa disposição (art. 316, parágrafo único, CPP) coloca em xeque algumas súmulas do Tribunal Cidadão, como, por exemplo, as de número 21 e 52. A Súmula 21 do STJ anuncia que, pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. No mesmo sentido, a de número 52, dizendo que, encerrada a instrução criminal, não há se falar em excesso de prazo. Ora, a revisão da necessidade da custódia preconizada pelo novel dispositivo deve ocorrer de forma copiosa, a cada 90 dias, não se podendo presumir legalidade do constrangimento em razão do ventilado estágio do processo.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Temas variados de Direito penal – Pesquisa Pronta no STJ**

**STJ- PESQUISA PRONTA**

**Crime preterdoloso- Agravante genérica: incidência?**

Para a Sexta Turma, "no crime preterdoloso, espécie de delito qualificado pelo resultado, é possível a incidência da agravante genérica prevista no artigo 61 do Código Penal". O entendimento foi aplicado no julgamento do **AREsp 1.074.503**, relatado pelo ministro Nefi Cordeiro.

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências

**Princípio da consunção ou absorção- distinção entre os bens jurídicos tutelados- incidência do princípio?**

A Quinta Turma, em julgamento sob relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu que "não há consunção entre dois crimes em que os bens jurídicos tutelados são distintos". O entendimento foi fixado no julgamento do **REsp 1.856.202**.

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências

**Tráfico de drogas-Comprovação- Laudo toxicológico definitivo- Imprescindibilidade? Comprovação por laudo provisório: possibilidade?**

De acordo com entendimento da Sexta Turma, em julgamento sob relatoria do ministro Nefi Cordeiro, caso tenha sido juntado laudo preliminar de constatação de cocaína, assinado por perito criminal, e estando corroborado pelas demais provas dos autos, a materialidade do crime de tráfico de drogas encontra-se devidamente comprovada, sendo dispensável a existência de laudo definitivo (**AREsp 1.578.818**).

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências

**Estelionato- Consumação e competência para a ação penal**

Em julgamento relatado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a Terceira Seção entendeu que, nos termos do artigo 70 do Código de Processo Penal, a competência será, em regra, determinada

## Boletim Criminal **Comentado** nº 083 – março 2020

pelo lugar em que se consumou a infração; no caso do estelionato, tipificado no artigo 171 do Código Penal, a consumação se dá no local e no momento em que é auferida a vantagem ilícita (**CC 167.025**).

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências

### **Estelionato- Ressarcimento: Extinção da punibilidade?**

Clique [aqui](#) para ter acesso as jurisprudências

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 084

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**  
Mário Tebet

**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 CAO-CRIM

---

#### 1 – CORONAVÍRUS: informações gerais aos órgãos de execução

O Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais dedica o presente boletim para tratar de fatos envolvendo o estado atual de calamidade pública em razão do CORONAVÍRUS.

É sabido que a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Por sua vez, com o intuito de regulamentar e operacionalizar a lei nº 13.979/2020, adveio a Portaria MS/GM nº 356, de 11 de março de 2020.

No mesmo norte, expedida a Portaria Interinstitucional nº 05, dos Ministérios de Estado da Justiça e Segurança Pública e da Saúde, que dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Frise-se que a compulsoriedade das medidas objetiva a proteção da coletividade, uma vez que a Organização Mundial da Saúde (OMS), diante da disseminação global do coronavírus, alçou-o ao status de pandemia.

Com o propósito de controlar a propagação do vírus, a Lei nº 13.979/2020 previu como medidas extremas de enfrentamento da emergência de saúde pública: o isolamento, que consiste na separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e a quarentena, que consiste na restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Além delas, a Lei nº 13.979/2020 também autorizou a determinação da realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos, dentre outras medidas, sempre levando em consideração a proteção de coletividade.

A própria Lei elegeu como autoridades competentes para adotar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública o Ministério da Saúde e os gestores locais de saúde, assegurando a todas as pessoas submetidas a tais medidas o direito: I) de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família; II) de receberem tratamento gratuito; e III) ao pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas.

## Boletim Criminal Comentado nº 084 – março 2020

Os critérios, o fluxo e a definição da autoridade competente referente às medidas de isolamento e quarentena estão disciplinados nos arts. 3º e 4º, da Portaria MS/GM nº 356, de 11 de março de 2020, a saber:

Art. 3º A medida de isolamento objetiva a separação de pessoas sintomáticas ou assintomáticas, em investigação clínica e laboratorial, de maneira a evitar a propagação da infecção e transmissão local.

§ 1º A medida de isolamento somente poderá ser determinada por prescrição médica ou por recomendação do agente de vigilância epidemiológica, por um prazo máximo de 14 (quatorze) dias, podendo se estender por até igual período, conforme resultado laboratorial que comprove o risco de transmissão.

§ 2º A medida de isolamento prescrita por ato médico deverá ser efetuada, preferencialmente, em domicílio, podendo ser feito em hospitais públicos ou privados, conforme recomendação médica, a depender do estado clínico do paciente.

§ 3º Não será indicada medida de isolamento quando o diagnóstico laboratorial for negativo para o SARSCOV-2.

§ 4º A determinação da medida de isolamento por prescrição médica deverá ser acompanhada do termo de consentimento livre e esclarecido do paciente, conforme modelo estabelecido no Anexo I.

§ 5º A medida de isolamento por recomendação do agente de vigilância epidemiológica ocorrerá no curso da investigação epidemiológica e abrangerá somente os casos de contactantes próximos a pessoas sintomáticas ou portadoras assintomáticas, e deverá ocorrer em domicílio.

§ 6º Nas unidades da federação em que não houver agente de vigilância epidemiológica, a medida de que trata o § 5º será adotada pelo Secretário de Saúde da respectiva unidade.

§ 7º A medida de isolamento por recomendação será feita por meio de notificação expressa à pessoa contactante, devidamente fundamentada, observado o modelo previsto no Anexo II.

Art. 4º A medida de quarentena tem como objetivo garantir a manutenção dos serviços de saúde em local certo e determinado.

§ 1º A medida de quarentena será determinada mediante ato administrativo formal e devidamente motivado e deverá ser editada por Secretário de Saúde do Estado, do Município, do Distrito Federal ou Ministro de Estado da Saúde ou superiores em cada nível de gestão, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 084 – março 2020

§ 2º A medida de quarentena será adotada pelo prazo de até 40 (quarenta) dias, podendo se estender pelo tempo necessário para reduzir a transmissão comunitária e garantir a manutenção dos serviços de saúde no território.

§ 3º A extensão do prazo da quarentena de que trata o § 2º dependerá de prévia avaliação do Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) previsto na Portaria nº 188/GM/MS, de 3 de fevereiro de 2020.

§ 4º A medida de quarentena não poderá ser determinada ou mantida após o encerramento da Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional.

Diante da situação excepcional e emergencial de importância internacional como pandemia, decorrente do novo coronavírus, faz-se necessário conclamar toda a sociedade para a adoção de medidas urgentes e drásticas na tentativa de elastecer a curva da pandemia, evitando maiores tragédias.

No âmbito do Estado de São Paulo, o governo assinou decretos com medidas e orientações das autoridades de Saúde.

### 1– **Decreto nº 64.881, de 22/3/2020**

Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do Covid-19 (novo coronavírus), e dá providências complementares.

### 2– **Decreto nº 64.879, de 20/3/2020**

Reconhece o estado de calamidade pública, decorrente da pandemia de Covid-19, que atinge o Estado de São Paulo, e dá providências correlatas.

### 3– **Decreto nº 64.880, de 20/3/2020**

Dispõe sobre a adoção, no âmbito das Secretarias da Saúde e da Segurança Pública, de medidas temporárias e emergenciais de prevenção de contágio pelo novo coronavírus

### 4– **Decreto nº 64.865, de 18/3/2020**

Acrescenta dispositivo ao Decreto nº 64.862, de 13 de março de 2020, com recomendações ao setor privado estadual (shoppings e academias).

### 5– **Decreto nº 64.864, de 16/3/2020**

Medidas adicionais, de caráter temporário e emergencial, de prevenção de contágio pelo novo coronavírus e outras providências.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 084 – março 2020

### 6– Decreto nº 64.862, de 13/3/2020

Medidas temporárias e emergenciais adotadas no âmbito da Administração Pública direta e indireta, além de recomendações ao setor privado estadual.

Resoluções

### 1– Resolução SS nº 29, de 19/3/20

Estabelece a obrigatoriedade, a todos os hospitais do Estado de São Paulo, de remessa diária dos dados, que especifica, referentes Covid-19 (novo coronavírus), e dá providências correlatas.

### 2– Resolução SS-CGOF nº 28, de 17/3/20

Estabelece as diretrizes e orientações de funcionamento dos serviços de saúde no âmbito do Estado de São Paulo para enfrentamento da pandemia do Covid-19 (doença causada pelo Novo Coronavírus), e dá providências correlatas.

Portanto, cumprir as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus é responsabilidade social, que, apesar de causar alguns transtornos, destina-se a um bem maior de proteger toda a coletividade

Destarte, certas são a responsabilização penal, administrativa e civil das pessoas que não observarem as determinações do Ministério da Saúde e dos Gestores Locais de Saúde, executadas por profissionais da saúde em todas as esferas: federal, estadual e municipal.

A seguir, veremos na seara penal as consequências e responsabilidades que já estão sendo vividas pelos órgãos de execução no dia a dia.

## **2 - Aumento abusivo de preços em situação de calamidade**

O CAO-CRIM vem recebendo inúmeras notícias, de populares e promotores de Justiça do estado, informando que comerciantes estão aproveitando o momento trágico e da escassez de bens para elevar, arbitrariamente, o preço dos produtos comercializados, em especial do “álcool em gel”.

É sabido que o art. 39, X, do CDC dispõe que é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços elevar, SEM JUSTA CAUSA, o preço de produtos ou serviços. De fato, há uma infinidade de hipóteses que justificam a elevação extraordinária, como o aumento no preço do insumo do bem; um aumento na qualidade do produto; um reajuste no preço em razão da inflação; o

aumento razoável do preço com fins de aumentar o lucro. Fato é que um aumento significativo do preço em tempos de calamidade pública e escassez do bem não configura justa causa, mas sim insensibilidade para com os mandamentos emanados da solidariedade social.

O art. 51, IV e X, do CDC, assevera que é abusiva a obrigação que coloque o consumidor em desvantagem exagerada.

O aumento arbitrário dos lucros constitui infração contra a ordem econômica (art. 36, III, da Lei n. 12.529/11) e crime contra a economia popular. Mas qual a tipificação correta?

Para uns, o fato se ajusta ao disposto no art. 3º., da Lei 1.521/51:

**Art. 3º. São também crimes desta natureza:**

(...)

**VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;**

(...)

**Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.**

Para outros, o comportamento melhor se subsume ao disposto no art. 4º, “b”, da mesma Lei:

**Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:**

**b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.**

**Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.**

Analisando os dois tipos, percebe-se que a divergência tem pertinência e, inclusive, desponta em notas técnicas dos Ministérios Públicos dos estados, que foram examinadas por este CAOCRIM.

## Boletim Criminal Comentado nº 084 – março 2020

O art. 3º, VI, pune o comportamento daquele que causa um abalo na economia, por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício, e que acaba gerando um aumento de preços. Aqui o aumento de preços é reflexo de comportamento danoso de alguém diverso do comerciante.

A adequação típica do artigo 4º., na alínea “b”, é mais correta. É que este tipo penal pune a usura real também no comércio, traduzida por uma vantagem em bens patrimoniais de qualquer natureza, inclusive imóveis, inserida em contratos como de compra e venda, cessão de créditos, arrendamento, mandato e serviços. Na usura real há uma violenta desproporção entre o preço justo e o lucro a ser auferido. São contratos leoninos, fruto do desespero de uma das partes. O abuso se dá em face a necessidade incomum, quase sem saída da vítima, ou ainda da sua falta de vivência nos negócios ou mesmo a precipitação, irreflexão.

Assim, diante de notícia de aumento abusivo de preços de produtos essenciais para a sobrevivência humana no estado de pandemia, orienta-se:

**1-** a prisão em flagrante do responsável, lembrando que a tipificação do art. 4º da Lei 1.521/51 torna o crime de menor potencial ofensivo, podendo o auto de prisão ser evitado quando o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, assumir o compromisso de comparecer ao Juizado;

**2** – deve-se buscar apurar o verdadeiro responsável pelo aumento abusivo do preço, razão pela qual é importante verificar, por meio das notas fiscais, o preço da aquisição do produto pelo próprio estabelecimento comercial. Isso pode indicar que o abuso não é, por exemplo, da farmácia, mas do fabricante, que elevou o preço do material que fornece ao comércio;

**3** – cópias da investigação criminal devem ser encaminhadas ao promotor de Justiça do Consumidor para as providências cabíveis na seara consumerista.

### **3 – Estado de calamidade e agravante de pena (art. 61, II, “j”, CP)**

O Congresso Nacional aprovou projeto de decreto legislativo que reconhece a "ocorrência de calamidade pública" no país até 31 de dezembro, por causa da pandemia do coronavírus. Nesse cenário, surge um tema importante no Direito Penal. Está previsto no Código como agravante de pena ser o crime praticado em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública ou desgracia particular do ofendido (art. 61, II, “j”).

De acordo com a doutrina, as calamidades públicas impõem o dever social de mútua assistência, e o cometimento do crime nessas circunstâncias demonstra insensibilidade para com os mandamentos emanados da solidariedade social, justificando a agravante.

Para uns, a ausência de solidariedade humana ou a frieza moral de quem realiza o crime é suficiente para justificar a agravante de pena. Para outros, o agente deve se valer de facilidades que decorrem do momento, seja em razão da fragilidade da vítima, seja em razão da menor capacidade do estado policial. A segunda corrente é a que prevalece.

#### **4 – Crime de omissão de notificação de doença (art. 269 do CP)**

Deixar o médico de denunciar à autoridade pública caso de paciente diagnosticado com doença cuja notificação é compulsória, responde pelo art. 269 do CP, pena de 6 meses a 2 anos de detenção, e multa.

O art. 297 do Decreto-lei 1.001/69 (Código Penal Militar) pune a omissão de notificação de doença pelo médico militar praticada na forma do art. 9º do citado diploma.

Estamos diante de lei penal em branco, que exige norma complementar anunciando as doenças de notificação compulsória. O CORONAVÍRUS está não apenas lista nacional de notificação compulsória, como também na Lei 13.979/20.

Trata-se de crime próprio, que somente pode ser praticado por médico. Logo, essa omissão, capaz de configurar o crime, não alcança a inação de outro profissional, como, por exemplo, o farmacêutico.

Não se exige que o médico tenha contato direto com o doente, bastando que tenha conhecimento da existência da doença. A doutrina relata várias situações em que um médico pode ter ciência, sem que haja uma aproximação com o doente, como, por exemplo, o laboratorista ou o médico-legista.

Consuma-se o crime no momento em que o agente, ciente da existência da doença de notificação obrigatória, dolosamente deixa de denunciá-la à autoridade sanitária. No caso de haver prazo determinado, o delito se consumará no momento em que este se expira.

É irrelevante para a caracterização do delito o estado do doente ou qualquer outra circunstância relativa ao lugar onde se encontra e ao tratamento que acaso venha recebendo, já que o perigo é presumido abstrato.

### **5 – Fabricação falsa de álcool gel: tipificação penal**

Vamos, neste tópico, analisar a responsabilidade penal do indivíduo surpreendido fabricando “álcool gel” falso. Dentre outros crimes possíveis – e que dependem das circunstâncias do caso concreto – o fato certamente se subsume ao disposto no art. 273 do CP, hediondo de acordo com a Lei 8.072/90.

Trata-se de crime comum, isto é, qualquer pessoa pode praticar o delito (não necessariamente o produtor ou comerciante do produto). Sujeito passivo será a coletividade e, secundariamente, eventuais lesados pela ação delituosa.

Pune-se, no *caput*, quem falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

São quatro as ações nucleares típicas: falsificar (conferir aparência enganadora), corromper (deteriorar, adulterar), adulterar (modificar para pior, defraudar) ou alterar (modificar de qualquer forma).

Como objeto material temos o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Produto é o resultado de atividade, de uma elaboração humana, neste caso, destinado ao tratamento ou à cura de doentes, interna ou externamente. Pratica o crime quem, fundamentalmente, modifica o produto que fabrica, empregando substância inadequada ou mesmo inócua, ou apenas lhe reduzindo o valor terapêutico.

De acordo com o § 1º-A, incluem-se entre os produtos a que se refere o *caput*: os medicamentos (substância utilizada no tratamento de enfermidade), as matérias-primas (substâncias a partir das quais são fabricados os medicamentos), os insumos farmacêuticos (outros componentes da produção dos medicamentos), os cosméticos (produtos que se destinam a manter ou melhorar a aparência), os saneantes (produtos purificadores, desinfetantes) e os de uso em diagnóstico (usados para a busca da cura e da causa da afecção).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 084 – março 2020

O crime é punido a título de dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas previstas no tipo, utilizando os produtos elencados no caput e no § 1º-A.

Não se exige finalidade especial por parte do agente, como, por exemplo, lucro.

O crime se consuma com a prática de qualquer das ações típicas, independentemente de eventual disposição a consumo, pois, de acordo com a maioria, estamos diante de um delito de perigo abstrato. A tentativa é possível (crime plurissubsistente).

O § 1º do art. 273 traz diversas ações em que o agente incorre nas mesmas penas do caput. São elas: importar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribuir ou entregar a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Figura como sujeito ativo pessoa diversa do falsificador (se praticadas pelo próprio falsificador, estas condutas serão mero post factum impunível).

### **6 – Subtração de máscaras e álcool gel de hospitais: tipificação penal**

Chega ao conhecimento dos órgãos de execução subtrações de máscaras e lotes de álcool gel de hospitais. Muitos poderiam cogitar do crime de furto. Contudo, orientamos o promotor de Justiça a analisar com atenção o tipo penal do art. 257 do CP:

#### **Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento**

**Art. 257 - Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza:**

**Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.**

A incolumidade pública é o objeto da tutela penal.

Qualquer pessoa pode praticar o delito em análise, inclusive o proprietário do material para salvamento.

Sujeito passivo será a coletividade, bem como, secundariamente, eventuais atingidos pela conduta delituosa.

A conduta típica consiste em subtrair (apropriar-se, retirar), ocultar (fazer desaparecer) ou inutilizar (tornar imprestável), por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou

## Boletim Criminal **Comentado** nº 084 – março 2020

calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir (tornar impraticável) ou dificultar (estorvar, tornar trabalhoso) serviço de tal natureza.

Como objeto material do delito temos o aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento, como, por exemplo, medicamentos, extintor de incêndio, cordas, máscaras, álcool gel etc.

É pressuposto para a ocorrência do delito que esteja em andamento, por ocasião da conduta, incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade. Inexistentes essas circunstâncias, outro poderá ser o crime, como, por exemplo, furto ou dano.

O crime é punido a título de dolo, consistente na vontade consciente de praticar uma das condutas previstas no tipo penal.

A consumação ocorre no momento em que o agente pratica qualquer das condutas, não havendo necessidade de comprovação de perigo concreto (crime de perigo abstrato).

A tentativa é admissível em todas as modalidades.

Por fim, alertamos que esse crime parece incompatível com a agravante do art. 61, II, “J”, do CP, acima debatido, sob pena de indisfarçável “bis in idem”.

### **7 – Pedido de prisão domiciliar para preso como forma de prevenção do CORONAVÍRUS – modelo de manifestação contrária do MP**

Promotoria de Justiça de \_\_\_\_\_

**Pedido de Conversão da Prisão em Prisão Domiciliar**

**Parecer do Ministério Público**

**MM. Juiz:**



## Boletim Criminal Comentado nº 084 – março 2020

Postula a esforçada defesa do preso “A” a substituição da custódia por prisão domiciliar, afirmando ser o agente ..., inserido, nesse contexto, no grupo de risco dos eventuais infectados pelo coronavírus (COVID19).

O Ministério Público discorda e passa a justificar.

“A”, condenado pela prática do crime..., encontra-se atualmente cumprindo pena no regime fechado (ou semiaberto).

A prisão domiciliar solicitada só é cabível para reeducandos em regime aberto, observando-se, ainda, as hipóteses taxativas do art. 117 da LEP:

“Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I – condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II – condenado acometido de doença grave;
- III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
- IV – condenada gestante”.

Perceba Vossa Excelência que o requerente não preenche nem o requisito do regime prisional, muito menos as condições pessoais referidas no artigo acima transcrito.

Contudo, é do conhecimento do Ministério Público pedidos vários – como o aqui analisado – fundados na situação excepcional em que vivemos, buscando do Judiciário um temperamento no rigorismo da norma com o fim de autorizar a prisão domiciliar para presos em regimes diversos do aberto e/ou que não reúnam as condições do art. 117 da LEP, mas merecedores de atenção especial por estarem inseridos no grupo de risco dos doentes infectados pelo coronavírus.

Pois bem. Nesse caso de excepcionalidade, o deferimento do pedido depende, na visão do Ministério Público, de pressupostos inafastáveis: a) comprovação inequívoca de que o reeducando se encaixa no grupo de vulneráveis do COVID19; b) impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; c) risco real de que o

## Boletim Criminal **Comentado** nº 084 – março 2020

estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida.

Mesmo diante desse quadro, o pedido inicial deve ser indeferido. Nenhum dos pressupostos está demonstrado.

A pleiteada substituição, ainda que por prisão domiciliar, não se mostra adequada e suficiente.

Sendo encargo da defesa demonstrar os pressupostos acima indicados, não vige o princípio geral in dubio pro reo, cabendo-lhe apresentar provas substanciais para que seu pedido possa ser acolhido. Aqui merece consagração a regra do in dubio pro societate.

Posto isso, manifesta-se o Ministério Público contrariamente ao pedido, com as consequências de lei e estilo.

Local, data.

Promotor de Justiça

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo elaborado pela Dra Daniele Volpato Sordi de Carvalho Campos, aplicado no mesmo pedido, mas envolvendo prisão provisória.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 085

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

**Mário Tebet**

**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**

---

Este é o penúltimo Boletim Semanal do CAOCRIM. Como todos sabem, a nossa equipe tem imenso carinho por este canal de comunicação com a classe. Foi muito útil para todos, certamente. Por isso, desde já, agradecemos o envolvimento e participação dos colegas que contribuíram e ainda contribuem para sua existência, fomentando os debates, estudos de casos e jurisprudências. Esperamos que este canal seja não somente mantido, mas, principalmente, aperfeiçoado pela próxima administração.

## **ESTUDOS DO CAOCRIM, AVISOS E NOTÍCIAS**

---

### **1-Tema: Criação e veiculação de fake News – implicações criminais**

Têm chegado ao conhecimento do CAOCRIM avisos no sentido de que pessoas estariam espalhando, nos meios de comunicação social, abrangendo redes sociais, notícias inverídicas envolvendo a COVID 19, causando pânico na população.

O tratamento penal dessa conduta ainda desperta divergências e merece atenção.

Quando a publicação “fake” tem como objetivo ofender a honra de alguém, o fato se subsume aos tipos dos arts. 138, 139 e 140, todos do CP, cumulados com a majorante do art. 141, III, do mesmo código, a depender do caso concreto.

Pode o comportamento desviado configurar denúncia caluniosa (art. 339 do CP), se a intenção do agente é dar causa à instauração de procedimento oficial contra o imputado sabidamente inocente. Se presente a finalidade eleitoral, o crime será do art. 326-A do CE.

Não se descarta, também, sempre considerando as peculiaridades do caso concreto, o tipo do art. 286 do CP (incitação ao crime). Aqui o agente induz, provoca, estimula, instiga publicamente a prática de determinado crime. Pela estrutura do tipo, podemos concluir:

- a)** inexistente a infração quando a incitação visar a prática de contravenção penal ou ato apenas imoral;
- b)** é necessário que a incitação seja feita publicamente, atingindo número indeterminado de pessoas, podendo ocorrer das mais diversas formas (crime de ação livre);

c) para que se caracterize o delito não basta que o agente incite publicamente a prática de delitos de forma genérica, devendo apontar fato determinado.

Na eventualidade da notícia falsa ou fake news ser veiculada pelas redes sociais ou navegadores de internet, com “link” com código malicioso para captação ilícita de dados, o (a) agente criminoso pode incorrer na prática prevista no artigo 154 e seus parágrafos:

**Art. 154-A.** Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2o Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3o Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

§ 4o Na hipótese do § 3o, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.

...

#### **Ação penal**

**Art. 154-B.** Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.

Por fim, a “fake news” envolvendo a pandemia, mas desacompanhada dos comportamentos acima descritos, pode, em tese, caracterizar contravenção penal, mais precisamente aquela descrita no art. 41:

“**Art. 41.** Provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto:

**Pena** – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis”.

No mais, a resposta não deve ser penal, mas extrapenal, com a exclusão da notícia e reparação de eventuais danos, ainda que morais.

## **2 – Tema: Análise sobre as revogações de prisões preventivas e progressões de regimes no cumprimento de penas no contexto da COVID 19**

É do conhecimento do CAOCRIM que determinados setores sugerem e buscam o esvaziamento carcerário e a antecipação de progressão de regime de pena como formas de prevenir a pandemia a COVID19 e evitar atingir o sistema prisional. Não desconhecemos ainda que existe um plano de facção criminosa para, valendo-se do contexto e da pandemia, alcançar a liberdade de muitos presos que integram o grupo criminoso.

De acordo com a informação oficial da SAP – Secretaria da Administração Penitenciária, até as 16h00, de 26/3/2020, foram soltos 1.166 presos, tendo como justificativa a prevenção ao COVID-19, nas seguintes regiões:

- a) Vale do Paraíba e Litoral: 82;
- b) Capital e Região Metropolitana: 519;
- c) Central: 300;
- d) Noroeste: 185;
- e) Oeste: 80.

Para além desses números, Coordenadoria Regional da SAP do Vale do Paraíba, recebeu 61 Alvarás de soltura para cumprimento de pena em prisão domiciliar de presos do regime semiaberto de Tremembé.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 085 – março 2020

Contudo, e com o devido respeito, a solução acima parece ser campo fértil para o caos no sistema prisional. Explicamos.

Estudos internacionais, em especial aquele realizado pela European Prison Observatory ([http://www.prisonobservatory.org/upload/25032020European\\_prisons\\_during\\_covid19.pdf](http://www.prisonobservatory.org/upload/25032020European_prisons_during_covid19.pdf) – acesso em 26/3/2020), demonstram que países europeus, atingidos antes e de forma mais grave do que o Brasil, têm resolvido o conflito pandemia x manutenção da pena privativa de liberdade com muito mais responsabilidade.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao estudo da European Prison Observatory

Vejamos algumas conclusões do referido estudo:

- 1.** Não se verifica nos países europeus a revogação indiscriminada de prisões, preventivas ou definitivas. A maioria faz um recorte da criminalidade de acordo com a maior ou menor potencialidade do delito, sem ignorar as condições pessoais do agente. Na França adotou-se um critério temporal, antecipando-se a liberdade de pessoas que estavam próximas do cumprimento integral de suas penas privativas de liberdade;
- 2.** Como regra geral, as medidas de prevenção adotadas nos países europeus tomam por base a premissa do isolamento do habitante prisional: suspensão de visitas, suspensão de trabalho externo, cautelas sanitárias rigorosas com funcionários, máscaras adequadas, ausência de transferências de um presídio para outro, isolamentos eventuais de grupos dentro da própria unidade, etc;
- 3.** Nos termos da Recomendação do CNMP, em vários desses países foram estabelecidas 'medidas compensatórias', que foram inclusive tratadas e esclarecidas à população prisional e seus familiares, tais como:
  - i)** maior tempo de telefonemas por semana, sem custo adicional (serviço cobrado do preso em vários países);
  - ii)** incremento do contato com o mundo exterior por meio da implantação de sistema de vídeo Chamada; e
  - iii)** remição ficta.
- 4.** O número de presos contaminados tem sido insignificante:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 085 – março 2020

- a) França: 5 casos;
- b) Alemanha: 1 caso;
- c) Grécia: 3 casos (mesmo com um cenário de superlotação);
- d) Itália: 17 casos (200 em isolamento);
- e) Portugal: não há informação sistematizada, mas apenas referência de poucos casos num cenário carcerário muito parecido com o brasileiro, ainda que em menor escala;
- f) Espanha (9 casos e 160 em isolamento, numa cenário de 51 mil presos);

**5.** Não se ignora uma série de rebeliões nos presídios da Itália. Contudo, tais ocorrências são atribuídas a combinação de duas variáveis: i) superpopulação média de 130% (similar a média brasileira); ii) a inexistência de medidas compensatórias.

Como se vê, a solução por meio de decisões judiciais com fundamentações precárias à luz do caso concreto merece críticas, pois desconsidera inúmeros fatores envolvidos.

Como foi exposto na Nota Técnica nº 2/20 – CSP do CNMP, “caso se cogite da soltura indiscriminada de pessoas, como medida de enfrentamento à superlotação carcerária, a ausência de providências de caráter psicossocial na reinserção social desses internos resultará na frustração do necessário isolamento social imposto como medida de enfrentamento da pandemia. O conjunto de medidas a ser implementado, pois, há de conjugar as consequências fora do estabelecimento prisional tanto quanto dentro do sistema que apresente, a depender de cada caso e peculiaridade concreta, risco concreto de contágio e proliferação do vírus indicativo do COVID-19”.

As decisões judiciais que temos tomado conhecimento se colocam na contramão dos esforços de política sanitária e não consideram todos os fatores envolvidos para a prevenção da pandemia, tampouco a necessidade de isolamento social dentro do próprio sistema prisional.

Especificamente quanto ao sistema prisional, de um lado, as medidas de soltura de grupos vulneráveis e outros quadros que conjugam proximidade da ressocialização progressiva de egressos com a necessidade de enfrentamento dos quadros de falência estrutural dos estabelecimentos prisionais (superlotação) têm sido aplicados com maior ou menor amplitude nas unidades da Federação.



A Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública do CNMP bem anotou que as medidas de contenção dos internos do sistema, a ocorrência de transferências urgentes e só essas, bem como a restrição de visitas e suspensão temporárias de saídas, “recomendam o manejo de medidas compensatórias como solução de apaziguamento do ambiente prisional que, por si só, já guarda tensão própria do isolamento”.

Não obstante a prisão preventiva deva mesmo ser medida excepcional, várias decisões judiciais determinaram a revogação da custódia provisória, sem que houvesse atenção à vítima, à necessidade de assegurar a ordem pública ou econômica, ou a instrução criminal ou mesmo a aplicação da lei penal. Não se preocuparam com os casos concretos, tampouco consideraram a plena viabilidade de se conferir o isolamento dentro de cada unidade prisional. De outro lado, mas com o mesmo propósito, várias ações estratégicas, manejadas como habeas corpus coletivos, pedidos de providências e outros, buscam a soltura indiscriminada de presos, as vezes integrantes de grupos de vulnerabilidade, o que causa grande preocupação.

“A consideração da questão prisional deve ser conjugada com as medidas de isolamento social das pessoas em geral, de modo que a preocupação se dirija à preservação do ambiente prisional como local sensível de prevenção do contágio, a fim de evitar a desnaturação da unidade em razão da pandemia instaurada” (Nota Técnica 2/20 – CNMP).

Concluimos, sempre com o devido respeito, assim como o fez o CNMP, o desencarceramento generalizado, concretizado em decisões judiciais, não consegue analisar o contexto em sua plenitude. “Não se pode aproveitar de uma crise sanitária sem precedentes para tentar resolver uma crise prisional de décadas, criando uma potencial crise de segurança pública” (NT 2/20 – CNMP).

### **3 - Modelos de cautelares inominadas para dar efeito suspensivo ao RESE.**

Registramos que, nos dias 26 e 27 de março, as Promotorias de Justiça Criminais de Arujá e Monte Mor obtiveram medidas liminares e impediram as revogações de algumas prisões. Os Recursos foram monitorados por este CAOCRIM.

Clique [aqui](#) para ter acesso ao modelo da cautelar inominada

Clique [aqui](#) para ter acesso a liminar deferida

#### 4 - Modelo de denúncia (art. 268 do CP)

Clique [aqui](#)

#### 5 – NOTÍCIA: Ações do CYBER GAECO para combater fake news sobre coronavírus

O CyberGaeco, unidade especializada no combate ao cibercrime, direcionou suas ações para combater notícias falsas relacionadas ao COVID-19. As mensagens falsas, conhecidas por “Fake News”, além de atrapalhar a ação do Estado, disseminam códigos maliciosos (vírus de computadores) capazes de “roubar” dados dos usuários.

No primeiro final de semana da quarentena generalizada, transitou pelos aplicativos de mensagens, especialmente pelo *WhatsApp*, uma mensagem falsa divulgando que a AMBEV, maior fabricante de bebidas do Brasil, estaria doando álcool gel, produto que se escasseou dos mercados, por ser eficaz na assepsia contra o novo vírus.

Na segunda-feira, dia 23 de março, o Ministério Público Federal encaminhou ao Cyber Gaeco, Notícia de Fato (NF) sobre a referida mensagem, entendendo não ser de competência federal a apuração e persecução desse tipo de delito. O Ministério Público de São Paulo instaurou Procedimento Investigatório Criminal, apurou quem era a empresa responsável pela referida página falsa e então, utilizando-se de métodos internacionais de repressão a esse tipo de delito, conseguiu acionar o Registrador Internacional do site, que, atendendo ao pedido do Ministério Público, no dia 25 de março, retirou o referido site do ar, impedindo assim, que a notícia falsa continuasse a se espalhar, evitando-se também que novas vítimas tivessem seus computadores infectados.

O Ministério Público de São Paulo, por meio do Cyber Gaeco, também, passou a combater de forma prioritária, as vendas fraudulentas e abusivas de gêneros de primeiríssima necessidade relacionadas com a mitigação da letalidade e disseminação do Coronavírus, tais como, álcool gel, máscaras sanitárias, ventiladores mecânicos e luvas.

Nos últimos dois dias, mais de trinta anúncios em *Marketplaces* foram retirados por determinação do CyberGaeco, sendo que os responsáveis serão investigados por crimes contra a economia popular e também por delito de corrupção de materiais utilizados na área da saúde.

O CyberGaeco tem recebido vários pedidos de intervenções das promotorias criminais e tem trabalho integrado com os demais grupos e com o CAOCRIM, o que justifica a agilidade no repasse da informação e no enfrentamento da fraude e abuso econômico.

## 6 – RECOMENDAÇÃO DA PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DIREITOS HUMANOS PARA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA (cuidados sanitários com a população carcerária)

[Clique aqui.](#)

Transcrevemos apenas a parte final da **Recomendação** (a íntegra contém 20 páginas) enviada pela Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da Capital, com repercussão no Estado de São Paulo, após ter sido provocada pela Promotoria de Justiça das Execuções Criminais de Presidente Prudente e de Itaipava, à SAP:

“(...) 06. Por tais motivos e baseado nos mencionados fundamentos legais, o Ministério Público do Estado de São Paulo, por meio da Área de Inclusão Social da Promotoria de Justiça de Direitos Humanos da Capital, **RECOMENDA** à Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, na pessoa do Senhor Secretário de Estado, a adoção imediata das seguintes providências:

- I. A elaboração e implantação de um plano de contingências que preveja, minimamente, as seguintes medidas:*
  - *realização de campanhas informativas acerca da Covid-19, ações de educação em saúde e medidas de prevenção e tratamento para agentes públicos, pessoas privadas de liberdade, visitantes e todos os que necessitam adentrar nos estabelecimentos prisionais;*

- *procedimento de triagem pelas equipes de saúde nas entradas de unidades prisionais, com vistas à identificação prévia de pessoas suspeitas de diagnóstico de Covid-19 e prevenção do contato com a população presa ou internada;*
- *adoção de medidas preventivas de higiene, tais como aumento da frequência de limpeza de todos os espaços de circulação e permanência das pessoas custodiadas e privadas de liberdade, com atenção especial para higienização de estruturas metálicas, viaturas de transporte e algemas, instalação de dispensadores de álcool gel nas áreas de circulação, entre outros;*
- *abastecimento de remédios e fornecimento obrigatório de alimentação e itens básicos de higiene pela Administração Pública e a ampliação do rol de itens permitidos e do quantitativo máximo de entrada autorizada de medicamentos, alimentos e materiais de limpeza e higiene fornecidos por familiares e visitantes (deixados na entrada do estabelecimento ou entregues aos agentes penitenciários, à vista da proibição de visitas);*
- *fornecimento ininterrupto de água para as pessoas privadas de liberdade e agentes públicos das unidades ou, na impossibilidade de fazê-lo, ampliação do fornecimento ao máximo da capacidade instalada;*
- *adoção de providências para evitar o transporte compartilhado de pessoas privadas de liberdade, garantindo-se manutenção de distância respiratória mínima e a salubridade do veículo;*

- *designação de equipes médicas em todos os estabelecimentos penais ou socioeducativos para a realização de acolhimento, triagem, exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação, referenciamento para unidade de saúde de referência e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos, observando-se o protocolo determinado pela autoridade sanitária;*
  - *fornecimento de equipamentos de proteção individual para os agentes públicos da administração penitenciária e socioeducativa;*
  - *planejamento preventivo para as hipóteses de agentes públicos com suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19, de modo a promover o seu afastamento e substituição, considerando-se a possibilidade de revisão de escalas e adoção de regime de plantão diferenciado.*
- II. *Adotar procedimento ou protocolo de atuação para os casos suspeitos ou confirmados de Covid-19 no âmbito do sistema prisional, adotando-se as seguintes providências:*
- *separação de pessoas que apresentar sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, bem como o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19 e sua imediata notificação, pela direção do estabelecimento prisional, à Secretaria de Administração Penitenciária, que notificará a respectiva Secretaria Municipal de Saúde;*

- *encaminhamento imediato para tratamento em unidade de saúde de referência das pessoas que apresentem dificuldades respiratórias graves associadas à Covid-19;*
  - *comunicação imediata ao juízo competente para avaliar a substituição da prisão em regime fechado por medida não privativa de liberdade, particularmente na ausência de espaço de isolamento adequado ou de equipe de saúde;*
  - *prestação de esclarecimento às pessoas privadas de liberdade, bem como aos seus familiares e defensores, em respeito ao pleno direito à informação, sobre as providências adotadas em virtude de suspeita ou confirmação de diagnóstico de Covid-19;*
  - *prestação de imediatas informações, à Promotoria de Justiça de Execuções Criminais do território, dos casos de suspeita ou confirmação de diagnóstico do Covid-19 de pessoas privadas de liberdade.*
- III. Observância das medidas mínimas contempladas no Plano de Contingências acima mencionado, em especial e também as seguintes:
- *submissão, sem demora, da população carcerária à vacinação contra a gripe H1N1, nas próprias unidades prisionais;*

## Boletim Criminal **Comentado** nº 085 – março 2020

- *separação imediata dos presos novos, que ingressarem no estabelecimento prisional por força de prisão em flagrante, preventiva ou temporária, bem como em decorrência de transferências;*
- capacitação dos agentes de segurança e dos presos responsáveis pela comunicação entre a população carcerária e a administração prisional (conhecidos como “faxinas”) para que saibam identificar os sintomas aparentes do coronavírus;
- manutenção, em cada unidade prisional, de enfermaria suficientemente dotada de insumos, medicamentos e equipamentos mínimos, inclusive oxímetro, para atuação das equipes de saúde;
- manutenção, em cada unidade prisional, durante 24 horas, de profissional de saúde habilitado a atender às exigências de prevenção da pandemia de coronavírus, especialmente para a coleta de material para realização de exame de diagnóstico;
- *criação de áreas específicas para isolamento de presos acometidos de sintomas gripais, no mesmo complexo arquitetônico se possível, promovendo-se o isolamento assim que surgirem tais sintomas;*
- *isolamento de presos maiores de sessenta anos ou com doenças crônicas;*
- *suspensão das atividades educacionais, de trabalho, assistência religiosa ou qualquer outra que envolva aglomeração e proximidade entre os presos;*

- *adoção de meios e procedimentos carcerários para assepsia diária das celas, com utilização de desinfetantes ou similares;*
- *promoção de campanhas educacionais e de conscientização sobre os meios de prevenção da doença, envolvendo servidores, visitantes e os privados de liberdade;*
- *ampliação do tempo diário do procedimento de banho de sol, caso haja possibilidade, assegurando-se que o procedimento se dê de modo escalonado, evitando-se aglomerações;*
- *suspensão de férias e licenças de servidores do sistema prisional pelos próximos noventa dias.*

IV. *Limitação ou suspensão das transferências, remoções ou recâmbios de pessoa presas entre unidades do sistema prisional, realizando-as apenas em caso de extrema necessidade, na gestão dos presos, de modo a evitar superlotação e garantir as necessárias apartações entre presos.*

*Na hipótese de remoção ou transferência necessária, adotar, no mínimo, as seguintes providências:*

- *entrega e exigência de uso de equipamentos de proteção individual aos agentes penitenciários e funcionários responsáveis pela escolta e transporte, bem como aos presos que serão transportados;*
- *submissão dos presos a exame clínico pelas equipes de saúde dos presídios, tanto na saída, como na chegada;*
- *disponibilização de álcool em gel durante o transporte;*



## Boletim Criminal **Comentado** nº 085 – março 2020

- *higienização minuciosa da viatura, antes e depois do transporte;*
- *transporte de no máximo dois presos por viatura de modelo camburão e de no máximo um preso por viatura de modelo automóvel; em caso de viaturas de grande porte, em quantidades que garantam amplo espaço entre os presos.*

07. Por outro lado, baseado no artigo 97 do Ato Normativo CPJ nº 484/06, solicita o Ministério Público que em 5 dias essa Secretaria de Estado demonstre, por mensagem eletrônica (devida ao vigente regime de teletrabalho) a adoção das providências destinadas a atender à recomendação e à sua divulgação”.

### **7 – Habeas corpus: indeferimento de liminar em pedido de liberdade com fundamento na pandemia**

Clique [aqui](#)

**8 – Medidas Assecuratórias de proibição de reunião e carreata, busca e apreensão domiciliar cumulada com indisponibilidade de bens para efeitos indenizatórios por danos morais coletivos, com pedido de liminar “inaudita altera pars” - Promotoria de Justiça de Ribeirão Preto:**

Clique [aqui](#)

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 086

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

**Mário Tebet**

**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**

**MENSAGEM DA EQUIPE DO CAO-CRIM**

---

**Caros colegas, promotores e procuradores de Justiça.**

Inauguramos o BOLETIM SEMANAL para divulgar o relatório da nossa gestão no Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCRIM e destacar as nossas principais atividades:

- a) Publicamos 85 Boletins Informativos Comentados, elaborados sempre com o seguinte critério: **i)** julgados relevantes e mais recentes; **ii)** leis penais e processuais penais novas; **iii)** consultas feitas por colegas ao CAOCrim;
- b) Os boletins totalizaram 1.397 páginas, com 168 estudos de casos diferentes e mais de 300 jurisprudências do STF e STJ comentadas;
- c) Elaboramos **73 Enunciados**, disponibilizados na página eletrônica do CAOCRIM;
- d) Emitimos **8 notas técnicas sobre Projetos de Leis** em trâmite no Congresso Nacional; inclusive sobre a Lei de Abuso de Autoridade;
- e) A equipe do CAOCRIM atendeu vários membros do MPSP:
  - em 2018, 4 mil atendimentos;
  - em 2019, foi implementado, de forma pioneira, o atendimento por *whatsapp*. Ao lado de centenas de consultas por este novo meio, atendemos, ainda, 2.296 colegas pelo telefone fixo;
  - e em 2020, até dia 13 de Março, 560 membros;
- f) Representamos os colegas da Barra Funda, peticionando à Diretoria do DIPO para que juntasse as mídias gravadas nas audiências de custódia, providência até então negada pela Magistrada responsável, mas revertida com a ação do CAOCrim; o objetivo foi **viabilizar o reconhecimento fotográfico** com a imagem preservada e correspondente com o momento da prisão em flagrante;
- g) Depois de realizadas diversas Reuniões de Trabalho com as Promotorias de Justiça Criminais da Capital - Barra Funda; bem como Reuniões de Trabalho no interior: **Araçatuba, Araraquara, Bauru, Campinas, Marília, Mococa, Mogi das Cruzes, Mogi Mirim, Jundiai, Piracicaba, Presidente Prudente, Ribeirão Preto, São José dos Campos, São Bernardo do Campo, Ourinhos e Taubaté**, fizemos a difusão sobre a Política Criminal idealizada pelo CAOCrim, notadamente no que se refere ao “Acordo de Não

Persecução Penal”. Foram realizados até o final de Março de 2020 cerca de 1.325

**Termos de Acordo de Não Persecução Penal;**

- h) Foram monitorados, até o presente momento, 233 **Recursos em Segunda Instância**, a pedido dos Promotores de Justiça, o que antes não ocorria, pois não havia intermediação entre a primeira e segunda instância;
- i) Foram monitorados 23 **Mandados de Prisões** pendentes de cumprimentos, a pedido dos Promotores de Justiça de primeira instância. O objetivo foi dar efetividade ao trabalho das promotorias criminais;
- j) Realizamos **Workshops**, via Skype, sobre os seguintes temas: **i)** “Acordo de Não Persecução Penal”; **ii)** “Escuta protegida e depoimento especial” (em parceria com o CAOCÍVEL); **iii)** “Execução da Pena de Multa”; e **iv)** “Atualização Legislativa”; **v)** Investigação Digital; **vi)** Enunciados sobre Execução Penal; **vii)** Alterações legislativas do Estatuto de Desarmamento. Atingimos com tais eventos pela internet mais de mil colegas;
- k) Promovemos a **capacitação de Promotores de Justiça Criminais e seus Oficiais de Promotorias e Analistas Jurídicos sobre “Técnicas Avançadas em Investigação de Crimes de Formação de Cartel e Fraude à Licitação Pública”**, no dia 27 de setembro de 2019;
- l) O conteúdo da capacitação foi disponibilizado como **Cartilha** na página eletrônica do CAOCRIM;
- m) Elaboramos o **fluxograma** com procedimentos a serem observados na **Escuta especial e depoimento protegido**; na **Execução da Pena de Multa**; e na **Proteção do Estatuto do Torcedor** – ambos disponíveis na página do CAOCRIM;
- n) Por meio de Convênio firmado com a Secretaria da Administração Penitenciária (SAP), Secretaria do Estado de Segurança Pública e ENASP, participamos da **coleta de mais de 7000 amostras biológicas de DNA de presos condenados por crimes sexuais**; sendo que 6000 foram incluídas no banco de DNA do Estado de São Paulo;
- o) Após as coletas das amostras de DNA houve confronto com as amostras de vítimas. O resultado foi muito bom: houve **7 coincidências**, que possibilitaram o prosseguimento de investigações policiais que estavam sem autoria. O CAOCRIM enviou, no início do mês de setembro/2019, os Relatórios produzidos pelo Núcleo de Biologia e Bioquímica aos sete promotores de justiça responsáveis pelos casos ainda pendentes de conclusão;

## Boletim Criminal **Comentado** nº 086 – abril 2020

- p) Após Reunião conjunta com o Núcleo de Biologia e Bioquímica do Instituto de Criminalística, os Juízes do DIPO e os Promotores de Justiça que atuam nas audiências de custódia da Capital, passamos a realizar a **perícia de DNA de presos em flagrante**, pela prática de crimes sexuais, nas audiências de custódia. Após gestões deste Centro de Apoio junto a Polícia Científica, o IML da Capital está capacitado para fazer as perícias e as coletas de DNA. Esse Projeto será expandido para outras cidades;
- q) Firmamos convênio com a Secretaria da Administração Penitenciária (**SAP**) e celebramos de Termo de Cooperação Técnica, com vistas à implementação, acompanhamento e avaliação da política de alternativas Penais no Estado de São Paulo, para cumprimento das condições impostas nos **Acordos de Não Persecução Penal**, nos termos propostos na Resolução 181/2017 do CNMP, alterada pela Resolução 183/2018 (aguarda-se apenas o agendamento da solenidade para assinatura);
- r) Obtivemos êxito em representação formulada à **CGJ**, que modificou seu entendimento constante do Parecer 451/2017-J e revogou os Comunicados CG 573/2016 e 2077/2017, **reconhecendo a essencialidade do boletim informativo e/ou atestado de conduta carcerária** para análise de benefícios prisionais;
- s) Obtivemos o acesso direto, com **30 senhas** aos promotores de justiça dos DECRIMs, ao **Sistema de Gestão Penitenciária**, para obtenção do atestado de conduta Carcerária e Boletim Informativo;
- t) Integramos o **PROVITA** e participamos de suas reuniões, que possibilitaram a proteção de cerca de 90 pessoas – vítimas, testemunhas e/ou réus colaboradores;
- u) Desde 2018 estamos em constante tratativa com a Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo visando a ampliação para outras regiões do Estado e o **fortalecimento do CRAVI** – Centro de Referência e Apoio às Vítimas. Houve já implementação em Barueri e Suzano. Em breve, será implantada uma unidade em Pindamonhangaba, com o apoio do GAECO do Vale do Paraíba;
- v) Obtivemos com o **IMESC** a possibilidade de serem realizados **Relatórios de Avaliação de Danos Psicológicos** em vítimas de crimes de violência doméstica e delitos sexuais;
- w) Realizamos, no dia 6 de Dezembro de 2019, no Auditório das Promotorias de Justiça Criminais do Fórum da Barra Funda, **Reunião de Trabalho** com os **Promotores de Justiça dos Tribunais do Júri da Capital e os Delegados de Polícia do DHPP**. O resultado do encontro foi a elaboração de uma “Carta de Intenções” a ser cumprida pelas partes envolvidas;

## Boletim Criminal **Comentado** nº 086 – abril 2020

- x) Durante o período de vigência da pandemia e teletrabalho, derivado do estado de calamidade pública provocada pelo novo Coronavírus – COVID 19, o CAOCRIM elaborou:
- a. Duas Notas Técnicas sobre o impacto da COVID no Sistema Prisional;
  - b. Orientação Técnica em Conjunto com o CAO do Consumidor sobre o Aumento Abusivo de Preços;
  - c. Orientações aos Órgãos de Segurança Pública;
  - d. Vários modelos de peças jurídicas: **i)** manifestação contrária ao pedido de revogação preventiva pelo excesso de prazo; **ii)** manifestação contrário a revogação preventiva por receio de contaminação da COVID 19; **iii)** Recurso em Sentido; **iv)** Medida Cautelar Inominada; **v)** Modelo de manifestação para requerer ao Juiz destinação de Valores ao Fundo Municipal de Saúde; **vi)** Modelo de Ofício à Prefeitura Municipal para requerer dados e número de conta bancária para envio de recursos obtidos em procedimentos criminais;
  - e. Apresentamos a Representação da Promotoria de Justiça de Execuções Criminais de Presidente Prudente à Promotoria de Justiça de Direitos Humanos, com a finalidade de ser vedada a transferência de presos, que acolheu integralmente a solicitação e tomou as providências cabíveis junto a SAP – Secretaria da Administração Penitenciária;
  - f. Elaboramos anteprojeto de lei para alterar o Código Penal e propor nova causa suspensiva da prescrição da pretensão punitiva do Estado

**EQUIPE DO CAO-CRIM (gestão 2018-2020).**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 086 – abril 2020

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1- Modelo de Inicial da pena de multa elaborada pelo Dr Felipe Bertolli**

Clique [aqui](#)

#### **2- Passo a passo – Peticionamento eletrônico da Execução da multa e do ANPP – Elaborado pelo Promotor de Justiça, Daniel Tadeu dos Santos Mano, 2.º Promotor de Justiça de Martinópolis, e sua equipe**

Clique [aqui](#)

#### **3- Modelo de manifestação sobre o pedido de revogação da prisão preventiva em razão da pandemia**

Clique [aqui](#)

#### **4- Modelo de Portaria - PAA Coronavirus - unidades prisionais**

Clique [aqui](#)

#### **5- Recomendação ao Governo do Estado de São Paulo elaborada pela Promotoria de Justiça de Direitos Humanos – Saúde Pública**

Clique [aqui](#)

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1-Tema: Tráfico de drogas. Flagrante. Violação de domicílio. Tema 280/STF. Denúncia anônima. Fuga isolada do suspeito. Ausência de justa causa. Nulidade de provas.**

**INFORMATIVO 666 STJ- QUINTA TURMA**

A existência de denúncia anônima da prática de tráfico de drogas somada à fuga do acusado ao avistar a polícia, por si só, não configuram fundadas razões a autorizar o ingresso policial no domicílio do acusado sem o seu consentimento ou sem determinação judicial.

No caso, as razões para o ingresso no imóvel teriam sido a natureza permanente do tráfico, a denúncia anônima e a fuga do investigado ao avistar a polícia. Em relação à tentativa de fuga do agente ao avistar policiais, deve-se salientar que, nos termos do entendimento da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, tal circunstância, por si só, não configura justa causa exigida para autorizar a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio.

Deve-se frisar, ainda, que "a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida." (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 03/12/2019).

Neste ensejo, vale destacar que, em situação semelhante, a Sexta Turma desta Corte entendeu que, mesmo diante da conjugação desses dois fatores, não se estaria diante de justa causa e ressaltou a imprescindibilidade de prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas (RHC 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018).

Desta feita, entende-se que, a partir da leitura do Tema 280/STF, resta mais adequado a este Colegiado seguir esse entendimento, no sentido da exigência de prévia investigação policial da veracidade das informações recebidas. Destaque-se que não se está a exigir diligências profundas, mas breve averiguação, como "campana" próxima à residência para verificar a movimentação na casa e outros elementos de informação que possam ratificar a notícia anônima.

PROCESSO: RHC 89.853-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 18/2/2020, DJe 2/3/2020.



### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O julgado ora comentado está pacificado na Corte. Sabemos que no tipo penal de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06) há figuras típicas classificadas como permanentes, ou seja, nas quais a consumação se prolonga no tempo, admitindo o flagrante a qualquer momento. O indivíduo que, por exemplo, guarda ou tem em depósito determinada quantidade de droga em sua residência está continuamente em flagrante delito. Considerando a exceção trazida pelo art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal a respeito da inviolabilidade do domicílio (flagrante delito ou desastre, prestação de socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial), conclui-se que o armazenamento de drogas em determinada residência permite a entrada de agentes policiais independentemente de autorização judicial.

Mas há um problema: nem sempre é possível ter certeza sobre o armazenamento de drogas em uma residência. Há situações em que os órgãos de polícia judiciária são capazes de investigar amplamente a movimentação de membros de organizações criminosas e, com isso, conseguem estabelecer um grau razoável de certeza a respeito da conduta criminosa permanente. É comum, por exemplo, que policiais em campanha observem por dias a movimentação em imóveis utilizados por traficantes, o que lhes dá segurança para uma abordagem certa.

Mas há casos em que a investigação prévia é simplesmente impossível. São rotineiras as ocasiões em que policiais militares ou mesmo guardas municipais se defrontam com indivíduos em atitudes suspeitas – normalmente próximos a pontos de venda de drogas – e iniciam uma abordagem que culmina na vistoria de imóveis residenciais baseada apenas na suspeita de que nesses locais algo ilícito pode estar sendo armazenado. Isto faz surgir a dúvida: a entrada no imóvel é legal?

Não há uma resposta a priori, sem que se considerem as inúmeras circunstâncias que caracterizam um determinado fato. O STJ tem diversos julgados no sentido de que o mandado de busca e apreensão é prescindível, justamente porque se trata de crime permanente, que atrai a situação de flagrância:

“1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso, o paciente foi acusado de praticar o crime de tráfico na modalidade guardar e manter em depósito substâncias entorpecentes, estando-se diante de ilícito de natureza permanente, o que legitima a medida adotada” (HC 373.388/RS, DJe 1/2/2017).

## Boletim Criminal Comentado nº 086 – abril 2020

“A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, prescindível o mandado de busca e apreensão, bem como a autorização do respectivo morador, para que policiais adentrem a residência do acusado, não havendo falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC 345.424/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, j. 18/8/2016, DJe 16/9/2016)” (HC 326.503/RS, DJe 15/3/2017).

Mas essa dispensa deve ser fundamentada em evidências de que o crime de fato está ocorrendo, como, por exemplo, na situação em que a polícia presencia o comércio de drogas em frente a uma residência e constata que usuários e traficantes a estão frequentando. Se, no entanto, tratar-se apenas de uma presunção, sem elementos concretos, o próprio STJ vem copiosamente julgando inválidas as violações de domicílios. Recentemente, o tribunal considerou ilegal a busca e apreensão em situação na qual, em razão de uma “denúncia” anônima, uma equipe se deslocou ao local apontado e, ao avistá-la, o indivíduo apontado como traficante fugiu:

“No caso, as razões para o ingresso no imóvel teriam sido a natureza permanente do tráfico, a denúncia anônima e a fuga do investigado ao avistar a polícia. Em relação à tentativa de fuga do agente ao avistar policiais, deve-se salientar que, nos termos do entendimento da Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, tal circunstância, por si só, não configura justa causa exigida para autorizar a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio.

Deve-se frisar, ainda, que “a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio indicado, estando, ausente, assim, nessas situações, justa causa para a medida.” (HC 512.418/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 3/12/2019).

Neste ensejo, vale destacar que, em situação semelhante, a Sexta Turma desta Corte entendeu que, mesmo diante da conjugação desses dois fatores, não se estaria diante de justa causa e ressaltou a imprescindibilidade de prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas (RHC 83.501/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2018, DJe 5/4/2018).

Desta feita, entende-se que, a partir da leitura do Tema 280/STF, resta mais adequado a este Colegiado seguir esse entendimento, no sentido da exigência de prévia investigação policial da veracidade das informações recebidas. Destaque-se que não se está a exigir diligências profundas, mas breve averiguação, como “campana” próxima à residência para verificar a

## Boletim Criminal **Comentado** nº 086 – abril 2020

movimentação na casa e outros elementos de informação que possam ratificar a notícia anônima” (RHC 89.853/SP, j. 18/2/2020).

### **2- Tema: Atraso na instrução em razão de férias da testemunha pode caracterizar excesso de prazo na prisão preventiva**

#### **INFORMATIVO 666 STJ- QUINTA TURMA**

Com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A prisão preventiva pode ser decretada na fase de investigação policial ou quando já deflagrado o processo penal. Em sentido amplo, pode ser definida como a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e tem significado idêntico a “prisão processual”, “cautelar”, “provisória” ou “prisão sem pena”. Em um sentido mais estrito, é disciplinada a partir do art. 311 do CPP.

Há países que limitam expressamente a extensão da prisão preventiva. O Código de Processo Penal português, por exemplo, em seu art. 215 estabelece que será extinta a prisão preventiva quando decorridos “quatro meses sem que tenha sido deduzida acusação; oito meses sem que, havendo lugar a instrução, tenha sido proferida decisão instrutória; um ano e dois meses sem que tenha havido condenação em 1ª instância; um ano e seis meses sem que tenha havido condenação com trânsito em julgado”. A nossa lei processual, por outro lado, não estipula um prazo máximo, considerando que as peculiaridades do caso concreto podem justificar tratamentos e prazos diversos.

Afastada a indicação de um lapso temporal estrito para a duração da prisão cautelar, é necessário adotar um critério de razoabilidade, pois, por sua natureza precária, a prisão decretada sem a formação da culpa não pode se estender indefinidamente. Esse critério nos é proporcionado pelo art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (grifamos).

## Boletim Criminal Comentado nº 086 – abril 2020

A preocupação com a duração razoável do processo a que o acusado responde preso levou o Conselho Nacional da Justiça a editar a Resolução 66/2009, na qual se impõe que, estando o réu preso provisoriamente há mais de três meses, com o processo ou inquéritos parados, cumpre ao juiz (ou ao relator, tratando-se de recurso), investigar as razões da demora, indicando, ainda, as providências adotadas, a serem, posteriormente, comunicadas à Corregedoria Geral de Justiça ou à Presidência do Tribunal (no caso do relator). A Lei 13.964/19, alterando o art. 316 do CPP, seguiu o espírito da referida resolução para impor ao órgão emissor da decisão o dever de revisar a cada noventa dias, mediante nova decisão fundamentada, a necessidade da manutenção da prisão.

Se, como vimos, não há um prazo específico para a duração da prisão cautelar, a análise do excesso é feita com base nas características de cada processo. Se a prova se resume à oitiva da vítima e de uma testemunha, ambas residentes na mesma cidade em que tramita a ação penal, é razoável exigir que se proceda de forma mais célere do que em uma ação penal em que devem ser ouvidas dez testemunhas em locais diversos.

Mas, ainda que se justifique a extensão do prazo em razão da complexidade que o processo revela, é preciso cuidado para evitar excessos. A complexidade não é um fator capaz de absolver falhas que acarretam a prorrogação do processo para além do razoável dentro daquele contexto. Recentemente, o STJ concedeu habeas corpus para determinar a soltura de uma ré presa que aguardava apenas a oitiva de uma testemunha que não pôde ser intimada porque estava de férias. A ação penal, relativa a um furto de equipamentos médicos avaliados em oitocentos mil reais, tramitava com a prisão decretada havia oito meses, e, dadas as circunstâncias, o tribunal considerou presente o constrangimento ilegal:

“[...] Mencione-se, por outro lado, que, com o fim de assegurar que a prisão não se estenda por período superior ao necessário, configurando verdadeiro cumprimento antecipado da pena, a alteração promovida pela Lei n. 13.964/2019 ao art. 316 do Código Penal estabeleceu que o magistrado revisará a cada 90 dias a necessidade da manutenção da prisão, mediante decisão fundamentada, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Necessário, porém, considerar que, cumprido tal requisito, eventual constrangimento ilegal por excesso de prazo não resulta de um critério aritmético, mas de uma aferição realizada pelo julgador, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as peculiaridades do caso concreto, de modo a evitar retardo abusivo e injustificado na prestação jurisdicional.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 086 – abril 2020

Como visto, a paciente responde, com mais três pessoas, pelo crime de associação criminosa e furto qualificado, por terem furtado 5 equipamentos endoscópio, 2 equipamentos de colonoscopia, 1 equipamento de duodenoscopia e acessórios, com válvulas e tampas de válvulas, material avaliado em cerca de R\$ 800.000 (e-STJ fls. 32 e 45).

Ainda, segundo consta dos autos, encontra-se presa desde o dia 23/7/2019, há mais de 8 meses, sem que tenha sido proferida sentença, por crime praticado sem violência ou grave ameaça. Importa destacar que uma das testemunhas não foi ouvida, um policial, porque estava de férias, razão pela qual a paciente teve que aguardar presa a nova audiência, contexto que agravo mais o constrangimento sofrido em razão da excessiva demora na prisão cautelar.

Assim, forçoso reconhecer o excesso de prazo para a formação da culpa”.

### **3- Tema: Possibilidade de o juízo da execução proclamar a reincidência**

#### **STJ- PESQUISA PRONTA**

No **REsp 1.738.968**, a relatora, ministra Laurita Vaz, consignou: "O STJ firmou entendimento pela possibilidade de o juízo da execução, ante a ausência de reconhecimento pelo juízo sentenciante, proclamar a reincidência sem que tal providência acarrete *reformatio in pejus*".

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A reincidência é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo.

Sendo assim, a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas.

O entendimento – que já havia sido aplicado no julgamento do **HC 307.180**, de relatoria do ministro Felix Fischer – foi reafirmado no **HC 506.275**, sob a relatoria do ministro Sebastião Reis Júnior.

**DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Art. 241-A da Lei n. 8.069/1990. Grande interesse por material pornográfico. Exasperação da pena-base. Conduta social ou personalidade. Inviabilidade**

**INFORMATIVO 666 STJ- SEXTA TURMA**

O grande interesse por material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente é ínsito ao crime descrito no art. 241-A da Lei n. 8.069/1990, não sendo justificável a exasperação da pena-base a título de conduta social ou personalidade.

Cinge-se a controvérsia a decidir se o grande interesse em pornografia infantil é motivo idôneo para valorar negativamente a pena-base do réu, a título de conduta social ou personalidade do agente que cometeu o crime do art. 241-A da Lei n. 8.069/1990.

Caracteriza o crime do art. 241-A do ECA oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (pena de 3 a 6 de reclusão e multa).

Nesse contexto, o dado inerente ao tipo penal não justifica a exasperação da pena-base, a título de conduta social ou personalidade. O grande interesse por material que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente é ínsito ao crime descrito no art. 241-A da Lei n. 8.069/1999. O referido dado já foi sopesado pelo legislador para criminalizar a conduta e estabelecer severa sanção penal, com o objetivo, justamente, de proteger a dignidade das crianças e dos adolescentes, pondo-os a salvo de formas desviadas de satisfação sexual.

PROCESSO: REsp 1.579.578-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por maioria, julgado em 4/2/2020, DJe 17/2/2020.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A primeira etapa de aplicação da pena privativa de liberdade tem por finalidade fixar a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado cominado no tipo penal, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal: culpabilidade,

## Boletim Criminal Comentado nº 086 – abril 2020

antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima.

Cada uma destas circunstâncias é baseada em aspectos distintos que envolvem o crime e seu autor. O aumento da pena nessa primeira fase é justificável apenas nas situações em que as circunstâncias revelam uma gravidade maior do que o normal. Por alguma das razões elencadas no art. 59, o fato é mais grave do que o legislador anteviu ao cominar os limites da pena. Por exemplo, já se decidiu que o policial que comete crime de concussão tem maior culpabilidade (leia-se: sua conduta é mais reprovável) do que um funcionário público comum que comete o mesmo crime, tendo em vista que, pela função desempenhada, espera-se que a população possa confiar mais em policiais do que em outros agentes públicos (STJ, AgRg no REsp 1.366.683/PR, j. 14/11/2017). Há também decisão que, devido aos severos danos psicológicos suportados pela vítima de estupros em continuidade, considerou legítimo o aumento da pena em razão das consequências do crime (STJ, HC 454.044/RJ, j. 04/09/2018). Ambos os exemplos revelam circunstâncias que exorbitam as elementares dos crimes. A condição de funcionário público na concussão e o abalo psicológico no estupro já são considerados na própria composição do tipo, mas há situações excepcionais que tornam mais graves essas circunstâncias.

No julgamento do REsp 1.579.578/PR (j. 04/02/2020), relativo a crimes de armazenar e compartilhar material com pornografia infantil, o STJ descartou o aumento da pena-base em razão da personalidade ou da conduta social de um condenado que, segundo o apurado, demonstrava “grande interesse” pelo material apreendido em seu poder. Para o tribunal, ainda que exacerbado, o interesse do agente por imagens ou vídeos de crianças e adolescentes em cenas pornográficas é inerente às figuras criminosas do ECA, razão pela qual já é considerado na cominação da pena-base:

“Cinge-se a controvérsia a decidir se o grande interesse em pornografia infantil é motivo idôneo para valorar negativamente a pena-base do réu, a título de conduta social ou personalidade do agente que cometeu o crime do art. 241-A da Lei n. 8.069/1990.

Caracteriza o crime do art. 241-A do ECA oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (pena de 3 a 6 de reclusão e multa).

Nesse contexto, o dado inerente ao tipo penal não justifica a exasperação da pena-base, a título de conduta social ou personalidade. O grande interesse por material que contenha cena

## Boletim Criminal **Comentado** nº 086 – abril 2020

de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente é ínsito ao crime descrito no art. 241-A da Lei n. 8.069/1999. O referido dado já foi sopesado pelo legislador para criminalizar a conduta e estabelecer severa sanção penal, com o objetivo, justamente, de proteger a dignidade das crianças e dos adolescentes, pondo-os a salvo de formas desviadas de satisfação sexual”.



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 087

**Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais e Institucionais**

**Mário Tebet**

**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**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 087 - abril -2020

### AVISO

---

O Tribunal de Justiça, nos autos da Apelação Criminal nº 0006370-20.2016.8.26.0362, da Comarca de Mogi Guaçu, em julgamento de 8 de Abril de 2020, por meio de sua 4ª Câmara de Direito Criminal, consagrou o entendimento defendido em boletins anteriores pelo CAOCRIM. De fato, o TJSP decidiu que “com o advento do ‘pacote anticrime’, a ação penal passou a ser pública condicionada à representação, mas a inovação não atinge as ações penais em curso, com denúncia já recebida”. Para conhecer o teor do Acórdão: **clique [aqui](#)**.

### ESTUDOS DO CAOCRIM

---

#### 1-Tema: Execução da Pena de Multa

Nos termos do Provimento n.º 4/2020, que alterou as disposições das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, a execução da pena de multa será realizada em ação autônoma e poderá ser instruída unicamente com a certidão de sentença expedida pelo Juízo do Conhecimento.

Com o trânsito em julgado da condenação, o Juízo do Conhecimento fará o cálculo da multa aplicada e determinará a intimação do réu para pagamento. Caso o sentenciado, devidamente intimado, não efetue o pagamento ou não seja localizado, será expedida certidão de sentença, e os autos irão com vista para o MP, que deverá salvar a certidão em PDF e encaminhá-la por e-mail para a Promotoria das Execuções Criminais do domicílio do sentenciado: se solto, onde declarou residir; se preso, na cidade onde está situado o estabelecimento em que se encontra custodiado, ainda que a execução da pena privativa de liberdade tramite em juízo diverso, por ex., sentenciado preso no CDP de São Bernardo do Campo, processo de execução da pena privativa de liberdade em tramite no DEECRIM da Capital, a certidão de sentença deve ser encaminhada à PJ das Execuções de São Bernardo do Campo.

Somente nos casos em que o sentenciado está solto e não é encontrado no endereço informado nos autos (ou possui endereço desconhecido, morador de rua, por ex.) é que a certidão deve ser encaminhada por e-mail para a Promotoria das Execuções Criminais do Juízo da Condenação.

Importante aqui salientar que será criado novo e-mail em todas as Promotorias de Justiça do Estado, para encaminhamento das certidões de sentença, com vistas à execução da multa; bem como dos ANPP, para fiscalização da execução. Em breve haverá Aviso conjunto para viabilizar essa dinâmica.

Por ora, o e-mail com a certidão (ou com o ANPP celebrado) deve ser encaminhado ao e-mail da Promotoria de Justiça informado no site do MP (se houver e-mail específico da Promotoria Criminal da cidade, este deverá ser observado).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 087 - abril -2020

Nos autos do processo de conhecimento o Promotor comunica que fez esse encaminhamento.

De se ressaltar que é imprescindível o envio da certidão de sentença ao Promotor da Execução, na qual constará que o sentenciado está preso ou reside na comarca onde atua o Promotor das Execuções destinatário.

O Promotor das Execuções, ao receber a certidão de sentença, estando o sentenciado preso na sua comarca ou nela residindo, ajuizará a ação de execução mediante peticionamento inicial. O CTIC vem desenvolvendo pesquisas para facilitar esse procedimento e em breve haverá facilidade nesse peticionamento.

A execução da multa será sempre digital, ainda que a execução da pena privativa de liberdade se dê em processo físico.

No tocante aos sentenciados presos, tendo em vista que são constantes as transferências de presos para outros estabelecimentos prisionais e considerando que dificilmente se logrará êxito no pagamento da multa, na esteira de manifestação elaborada pelo colega **Manoel Maldonado, Promotor de Justiça de Tupã**, sugerimos ao Promotor da Execução que peticione no processo da execução da pena privativa de liberdade protestando a juntada da certidão, para que, no futuro, quando o sentenciado obtiver a progressão ao regime aberto, o livramento condicional ou ainda, tiver a pena extinta, o promotor do domicílio do sentenciado promova a execução da multa.

Importante, portanto, que o promotor, ao receber execução de sentenciado progredido ao regime aberto, ou agraciado com o livramento condicional, ou ainda, ao tomar ciência de alvará de soltura cumprido em virtude do término da pena privativa de liberdade, verifique se está juntada nos autos a certidão de sentença, para que promova a execução da multa em ação autônoma ou a encaminhe por e-mail ao Promotor das Execuções do domicílio declarado pelo sentenciado.

Por fim, vale salientar que nas execuções criminais em andamento, uma vez verificado o término do cumprimento da pena privativa de liberdade, na decisão do juízo da execução que extingue a pena privativa de liberdade, deverá ser determinada a remessa de cópia ao juízo da condenação, para cumprimento das disposições do Provimento n.º 4/2020. Desse modo, no processo do conhecimento, o sentenciado será intimado para pagamento da multa, e, caso não pague, o juízo expedirá certidão de sentença e abrirá vista ao MP, que deverá remeter a certidão em PDF ao Promotor das Execuções do endereço do sentenciado, para execução da multa.

- Provimento 04/2020 **clique [aqui](#)**

- Manifestação de Devolução do Expediente ao Promotor do Conhecimento, diante da ausência da certidão de sentença: **clique [aqui](#)**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 087 - abril -2020

- Inicial da execução da multa: **clique [aqui](#)**
- Roteiro de peticionamento da execução da multa no ESAJ: **clique [aqui](#)**
- Petição de juntada da certidão de sentença no processo de execução da pena privativa de liberdade: **clique [aqui](#)**
- Decisão de extinção da pena privativa de liberdade: **clique [aqui](#)**

### **2-Tema: ANPP após a sentença condenatória. Tese de não cabimento**

De acordo com o disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na 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 juízo da execução, na forma do **art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**;

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do **art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

É cediço que as novas disposições do art. 28-A do CPP configuram norma mista ou híbrida, é dizer, possui natureza processual, mas com reflexo penal, uma vez que cria nova hipótese de extinção da punibilidade: o integral cumprimento do acordo de não persecução (art. 28-A, § 13). Lex mitior, portanto.

A afirmação de que se trata de norma mista ou híbrida significa que poderá ser aplicada aos casos em andamento, ou seja, anteriores ao início de eficácia do novo art. 28-A do CPP, mesmo que superada a etapa de oferecimento da denúncia. Trata-se, é certo, de momento de transição, e a aplicação aos casos em curso terá o condão apenas de dar tratamento isonômico com os casos anteriores ainda sem oferecimento da inicial acusatória.

Mas há que se estabelecer um limite, que deverá levar em conta a compatibilidade entre o aspecto processual do instituto e a etapa em que se encontre o processo. E, nesse ponto, não há dúvida de que o limite é a prolação da sentença condenatória. Senão, vejamos.

Um dos pressupostos exigidos pelo art. 28-A do CPP para que seja possível o acordo de não persecução penal é a confissão formal e circunstanciada. Essa exigência legal traz maior respaldo aos elementos indiciários que, a essa altura, já indicam ter o acusado cometido o crime, além de revelar estar o indiciado efetivamente disposto a colaborar com o Ministério Público, ao aceitar sua responsabilidade e ganhando, da parte do órgão acusador, uma moratória, condicionada ao cumprimento do que for acordado entre as partes, tendo-se como baliza os incisos I a V do caput do art. 28-A. Não se pode ignorar, ademais, que a confissão ficará nos autos e, em caso de descumprimento e oferecimento da denúncia, poderá ser utilizada para formação da convicção do julgador, desde que respeitados os mandamentos do art. 155 do mesmo Código.

Ora, a ausência de confissão, mesmo depois de vencida toda a etapa processual, revela a completa ausência de intenção de colaboração por parte do acusado. Poder-se-á dizer: confissão não houve, porque ainda não havia sido realizada a importante modificação do CPP, que inscreveu em lei o acordo de não persecução, antes já existente, embora com outra roupagem, por força da Resolução

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; e pode o acusado, mesmo depois da sentença, ser novamente interrogado (art. 616).

Quanto ao primeiro argumento, verifica-se que a confissão do acusado, depois da sentença, já não tem serventia alguma para o Ministério Público, visto já ter perdido toda o seu valor político-criminal e epistemológico: a confissão virá depois que as consequências penais já são conhecidas pelo réu; e aumentará a possibilidade de que a confissão venha, não como intenção de colaborar com a Justiça e assumir a responsabilidade pelo crime, mas puramente para obtenção de benefício e evitar os efeitos da condenação.

Quanto ao segundo – de que o acusado pode ser a qualquer momento interrogado –, observe-se que o interrogatório somente deve ser colhido depois da sentença se, na fase anterior, não teve o acusado a oportunidade de narrar sua versão e/ou assim entenda importante o Tribunal ad quem para a busca da verdade. Não é a hipótese dos autos.

Ainda que, durante a instrução, tenha o acusado confessado, mesmo com o intento de excluir qualificadora, majorantes ou provocar a desclassificação da infração penal, também não seria possível a celebração do acordo e por uma razão mais simples: estará esgotada a jurisdição ordinária, não havendo razões jurídicas para o retorno dos autos ao 1º Grau, até porque a sentença, hígida, válida, proferida sem qualquer mácula, não pode ser anulada.

Diga-se, aliás, que essa discussão já foi travada em nossos tribunais, em outro momento, a respeito de instituto semelhante, por se tratar de forma de justiça negociada: a suspensão condicional do processo.

Naquela oportunidade, entendeu o E. Supremo Tribunal Federal que a nova Lei 9.099/1995 – também de conteúdo misto e cujo art. 89 trazia hipótese de *lex mitior* no seu aspecto meramente penal – não poderia ser aplicada depois da condenação penal, *verbis*:

HABEAS CORPUS – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (“SURSIS PROCESSUAL”) – LEI Nº 9.099/95 (ART. 89) – CONDENAÇÃO PENAL JÁ DECRETADA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEX MITIOR – LIMITES DA RETROATIVIDADE – PEDIDO INDEFERIDO.

A suspensão condicional do processo – que constitui medida despenalizadora – acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da *lex mitior*.

A possibilidade de válida aplicação da norma inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 – que dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal (“sursis” processual) – supõe, mesmo tratando-se de

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível. Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do art. 89 da Lei nº 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípua para o qual o instituto do “sursis” processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade.

Precedente.

Em seu voto, o Min. Celso de Mello conclui que:

Ocorre, no entanto, tratando-se de suspensão condicional do processo, que pela incidência da norma de direito material mais benéfica – considerada a própria natureza desse novo instituto – encontra limitações que derivam da fase processual em que se acha a persecutio criminis.

(...)

Essa situação – existência de decreto condenatório, ainda que recorrível – atua como causa obstativa da aplicação retroativa do instituto jurídico em referência, pois, em tal hipótese, já não subsiste a possibilidade de útil invocação da norma consubstanciada no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Assim sendo, e tendo em consideração o precedente firmado pelo Pleno do STF, indefiro o presente habeas corpus, eis que a existência de condenação penal, ainda que não transitada em julgado para o réu, impede, quanto ao processo em que ela foi proferida, a aplicação retroativa do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

No mesmo sentido, o posicionamento da doutrina (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 213):

Assim, parece ser plenamente possível – ainda que temporariamente – a aplicação do acordo de não persecução penal para os processos penais em curso, nos quais ainda não tenha sido proferida sentença.

É dizer, o marco final para que possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal.

Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como já visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo.

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

Ademais, já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida.

Pondere-se, ainda, que o critério de aferição da conveniência de oferecer a proposta de acordo, com vistas à prevenção e repressão do delito, é tarefa do Ministério Público, no exercício de sua Anklagemonopol (art. 129, I, da CF), isto é, de seu monopólio da ação penal pública (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27ª ed. München: Beck, 2012, p. 75). No sistema acusatório, entende-se que não pode o juiz emitir decisão a respeito de tal conveniência, razão pela qual, em caso de divergência de opinião com o órgão ministerial deve encaminhar o caso ao órgão revisional do próprio Ministério Público.

Esse entendimento nem é propriamente novo, visto ser de há muito seguido nos casos da suspensão condicional do processo e da transação penal. Nesse sentido, o enunciado da Súmula 696 do E. Supremo Tribunal Federal (“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”).

Por fim, o oferecimento do acordo é prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.

Com efeito, o acordo de não persecução penal assemelha-se a um termo de ajustamento de conduta (TAC), mas aplicado no campo criminal. Tratando-se de modalidade de justiça negocial, assemelha-se aos princípios e postulados básicos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Portanto, tal como já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal no caso da transação penal e o sursis processual, também o acordo de não persecução deve ser encarado como poder-dever do Ministério Público e não um direito público subjetivo do acusado.

A respeito da obrigatoriedade de propositura de acordo pelo Ministério Público, vale ressaltar o voto do então Ministro do Tribunal Constitucional, Ayres Britto, em julgado que tratava de suspensão condicional do processo e que, pela natureza do instituto, pode ser aqui utilizado: "não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transaccional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela." (HC 84.342/RJ, 1ª Turma).

Nesse sentido é também a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes: "(...) Pensamos, portanto, que o "poderá" em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em



## Boletim Criminal **Comentado** n° 087 - abril -2020

que não se configurem as condições do § 2.º do dispositivo (in Juizados Especiais Criminais. 5a ed. RT, 2005, p. 153 – grifos nossos).

Entender o acordo de não persecução como obrigatoriedade seria o mesmo que “estabelecer-se um autêntico princípio da obrigatoriedade às avessas” (Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dover. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal, *in Acordo de não persecução penal*, organizadores Rogério Sanches Cunha e outros, Salvador, Juspodivm, 2017, p. 123).

No novo instituto, no espaço de discricionariedade regrada (poder-dever) que lhe concede a legislação e a própria concepção do instituto sob o foco, o MP poderá se negar a formular proposta ao investigado, pois deverá ponderar previamente e fundamentar se o acordo “é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (condição subjetiva e cláusula aberta de controle), no caso concreto.

### **3-Tema: Lei 13.984/20. Novas medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor**

Lei 13.984/20 alterou a Lei Maria da Penha, mais precisamente seu art. 22, para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

O artigo 35 da Lei prevê a criação de centros de educação e reabilitação para agressores, nos quais os programas de recuperação podem ser ministrados. O comparecimento obrigatório a tais programas, antes mesmo da edição da Lei n. 13.984, de 3 de abril de 2020, já era determinado como medida protetiva de urgência, sendo inclusive objeto do Enunciado 26 do Fórum Nacional de Juízes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FONAVID), a se conferir:

“O juiz, a título de medida protetiva de urgência, poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor para atendimento psicossocial e pedagógico, como prática de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher”.

O novo dispositivo (art. 22, VI) apenas concretiza medida que já era amplamente adotada em diversas repartições judiciárias no país. O comparecimento do agressor a programa de recuperação e reeducação tem por objetivo a conscientização e a reflexão a respeito das consequências da violência contra a mulher e, na prática, tem se mostrado bastante eficaz no combate à reincidência.

O acompanhamento psicossocial (art. 22, VII) também é medida que já vinha sendo adotada por varas especializadas em diversos locais. Tem como objetivo, assim como os programas de reeducação, promover a mudança de comportamento de agressores por meio do diálogo e da conscientização realizados por psicólogos e terapeutas.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 – Tema: Condenado a regime semiaberto não pode ser mantido preso para recorrer**

O impetrante havia sido processado por associação para o tráfico majorada pelo emprego de arma de fogo. Preso preventivamente, foi condenado a três anos e seis meses de reclusão em regime inicial semiaberto, mas lhe foi negada a possibilidade de apelar em liberdade. O STF no julgamento do HC 182.567/RJ (j. 18/03/2020) concedeu habeas corpus por considerar evidente o constrangimento ilegal.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Nos termos do art. 312 do CPP, 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. 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, a saber, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* é a comprovação da existência de um crime e de indícios suficientes de autoria. É a fumaça da prática de um fato punível, que deve vir acompanhada do *periculum libertatis*, referente ao risco que o criminoso em liberdade pode criar para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal e para a aplicação da lei penal. Este requisito sempre foi lembrado pela doutrina e pela jurisprudência, pois não era explícito no art. 312. Agora, com as alterações trazidas pela Lei 13.964/19, o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado encerra o texto do dispositivo legal.

A prisão preventiva não é, obviamente, uma antecipação da culpa, mas tão somente uma forma excepcional de assegurar o curso do processo penal ao mesmo tempo em que a sociedade é protegida das ações de alguém cuja liberdade põe em risco evidente e imediato a paz social. Tanto isto é verdade que nada impede a absolvição do réu preso cautelarmente, nem tampouco é

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

impossível que, em decorrência da condenação, a situação do réu se torne mais favorável em comparação àquela vivida durante a ação penal. Suponhamos que alguém seja denunciado por tráfico de variadas drogas em quantidade acima do normal e, devido ao risco à ordem pública, seja preso preventivamente. Na sentença condenatória, o magistrado julga viável a incidência da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, pois a quantidade e a diversidade das drogas, por si, não são fatores impeditivos (STJ: AgRg no HC 542.989/ES, j. 10/3/2020). Em virtude da diminuição da pena, e porque não há elementos que justifiquem um tratamento mais severo, o juiz impõe o regime inicial semiaberto.

A situação descrita não torna ilegal a prisão, imposta segundo as circunstâncias do momento da decretação. Mas é preciso atentar para o fato de que a cautelar tem seus fundamentos profundamente abalados, pois, uma vez confirmada a sentença, o condenado terá sua situação imediatamente amenizada, o que se revela um contrassenso. Há muito o STJ firmou a tese de que, neste caso, a prisão preventiva não pode subsistir:

“A prisão preventiva não é legítima nos casos em que a sanção abstratamente prevista ou imposta na sentença condenatória recorrível não resulte em constrição pessoal, por força do princípio da homogeneidade” (Tese nº 07, edição 32 da Jurisprudência em Teses).

No mesmo sentido decidiu o STF no julgamento do HC 182.567/RJ (j. 18/3/2020). O impetrante havia sido processado por associação para o tráfico majorada pelo emprego de arma de fogo. Preso preventivamente, foi condenado a três anos e seis meses de reclusão em regime inicial semiaberto, mas lhe foi negada a possibilidade de apelar em liberdade. A ministra Cármen Lúcia concedeu a ordem por considerar evidente o constrangimento ilegal:

“Este Supremo Tribunal firmou jurisprudência no sentido da inviabilidade da manutenção da prisão preventiva em sentença condenatória pela qual se fixa o regime semiaberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, não se admitindo sequer modulação da custódia cautelar para se adequar ao regime inicial menos gravoso. Confirmam-se os julgados a seguir:

‘PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I – Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, a manutenção da prisão provisória é incompatível com a fixação de regime de início de cumprimento de pena menos severo que o fechado. Precedentes. II – Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e determinar a sua imediata soltura, sem prejuízo da fixação, pelo juízo sentenciante, de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário’ (HC n. 138.122, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 22.5.2017).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 087 - abril -2020

[...]

Considerando-se que o magistrado de primeira instância fixou o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, incabível a manutenção da prisão preventiva do paciente, que permaneceria fechado até a finalização do processo ou outra providência adotada”.

### **DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Arts. 241-A e 241-B da Lei n. 8.069/1990. Consunção automática. Inocorrência. Necessidade de análise das peculiaridades de cada caso.**

### **INFORMATIVO 666 STJ- SEXTA TURMA**

Em regra, não há automática consunção quando ocorrem armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil.

Caracteriza o crime do art. 241-A do ECA oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (pena de 3 a 6 de reclusão e multa).

Já o art. 241-B do mesmo estatuto estabelece que "adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente" atrai a sanção de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

Via de regra, não há automática consunção quando ocorrem armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil. Deveras, o cometimento de um dos crimes não perpassa, necessariamente, pela prática do outro, mas é possível a absorção, a depender das peculiaridades de cada caso, quando as duas condutas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas.

O princípio da consunção exige um nexo de dependência entre a sucessão de fatos. Se evidenciado pelo caderno probatório que um dos crimes é absolutamente autônomo, sem relação de subordinação com o outro, o réu deverá responder por ambos, em concurso material.

PROCESSO: REsp 1.579.578-PR, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, por maioria, julgado em 4/2/2020, DJe 17/2/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

Há situações em que, ocorrido o fato, vislumbra-se a aplicação de mais de um dispositivo legal, gerando um conflito aparente de normas. Diz-se aparente porque, no plano da concretude, apenas uma norma será aplicada, vedando-se, obviamente, a incidência de várias normas em concurso, sob pena de retirar do Direito Penal o caráter sistemático e harmônico de que é dotado.

Dentre os princípios que solucionam o conflito aparente de normas, interessa-nos neste momento a consunção (ou absorção). Dá-se a relação de consunção quando o crime previsto por uma norma (consumida) não passa de uma fase de realização do crime previsto por outra (consuntiva) ou é uma forma normal de transição para o último (crime progressivo).

Podemos falar em princípio da consunção nas seguintes hipóteses:

**1)** crime progressivo: para alcançar um resultado/crime mais grave, o agente passa, necessariamente, por um crime menos grave. Ex.: no homicídio é preciso passar pela lesão corporal; a lesão é o crime de passagem. Crime progressivo não é sinônimo de progressão criminosa, na qual o crime ocorre em dois momentos (dois atos). Primeiro, o agente quer cometer um crime menos grave, e o comete. Depois, delibera o crime maior, e também o comete. Houve uma progressão criminosa.

**2)** “antefactum” impunível: é o fato anterior que está na linha de desdobramento da ofensa mais grave. É o caso da violação de domicílio para praticar o furto. O delito antecedente (antefato impunível) não é passagem necessária para o crime-fim (distinguindo-se do crime progressivo). É um meio de executá-lo. Outros furtos ocorrem sem haver violação de domicílio. Também não há substituição do dolo (diferentemente da progressão criminosa).

**3)** “postfactum” impunível: pode ser considerado um exaurimento do crime principal praticado pelo agente, que, portanto, por ele não pode ser punido. É o caso, por exemplo, do falsificador que utiliza o documento espúrio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica diversas condutas relativas à pornografia infantil. Devido às inúmeras situações que podem caracterizar os crimes, não são raras as controvérsias envolvendo imputações de crimes em concurso. Um exemplo pode ser formulado a partir dos artigos 241-A e 241-B do ECA, que punem o seguinte:

“Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: [...]”.

“Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: [...]”.

## Boletim Criminal Comentado nº 087 - abril -2020

Qual a imputação adequada a um indivíduo que adquire, armazena e compartilha imagens pornográficas com crianças e adolescentes? Há concurso material de delitos ou é possível aplicar o princípio da consunção para que condutas posteriores à aquisição sejam absorvidas como post factum impunível?

No julgamento do REsp 1.579.578/PR (j. 04/02/2020), o STJ decidiu que não é possível concluir pela consunção automática. Só se pode afirmar que um crime é apenas uma fase para o cometimento de outro se, no caso concreto, houver estreita ligação entre as condutas:

“Caracteriza o crime do art. 241-A do ECA oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente (pena de 3 a 6 de reclusão e multa).

Já o art. 241-B do mesmo estatuto estabelece que “adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” atrai a sanção de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

Via de regra, não há automática consunção quando ocorrem armazenamento e compartilhamento de material pornográfico infanto-juvenil. Deveras, o cometimento de um dos crimes não perpassa, necessariamente, pela prática do outro, mas é possível a absorção, a depender das peculiaridades de cada caso, quando as duas condutas guardem, entre si, uma relação de meio e fim estreitamente vinculadas.

O princípio da consunção exige um nexo de dependência entre a sucessão de fatos. Se evidenciado pelo caderno probatório que um dos crimes é absolutamente autônomo, sem relação de subordinação com o outro, o réu deverá responder por ambos, em concurso material”.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 088

**Procurador-Geral de Justiça**

Mário Luiz Sarrubbo

**Coordenador do CAO Criminal**

Arthur Pinto Lemos Junior

**Assessores**

Fernanda Narezi Pimentel Rosa

Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras

Rogério Sanches Cunha

Valéria Scarance

Marcelo Sorrentino Neira

Paulo José de Palma

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues

## **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

### **1-Tema: Natureza jurídica do crime de poluição qualificada**

O art. 54 da Lei 9.605/98 pune a conduta de 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. A pena é de reclusão de um a quatro anos, além da multa.

O § 2º do art. 54 qualifica o crime que **(1)** torna uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana, **(2)** causa poluição atmosférica que provoca a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que causa danos diretos à saúde da população, **(3)** causa poluição hídrica que torna necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade, **(4)** dificulta ou impede o uso público das praias ou **(5)** ocorre por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. E, de acordo com o § 3º, incorre na mesma pena qualificada quem deixa de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. Este parágrafo, apesar de tratar de medidas de precaução contra o risco de dano, pode incidir inclusive em situações em que o dano já tenha ocorrido, mas há potencial de agravamento caso o poluidor se mantenha inerte.

Na definição do Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, causar significa “ser causa de; originar, motivar, provocar”, e tem como sinônimos, dentre outros, motivar, originar, promover, produzir. Segundo ensina Nucci a respeito do tipo penal, “causar (provocar o surgimento de algo) é a conduta, que tem por objeto a poluição (sujeira, prejudicial à saúde). Esta pode ser produzida de qualquer modo, ou seja, qualquer que seja sua origem. Embora pareça desnecessário o tipo dizer que a poluição seja em níveis que possam resultar em danos à saúde humana, já que toda forma de poluição é um prejuízo natural à saúde de seres vivos, quer-se demonstrar que a conduta penalmente relevante relaciona-se com níveis insuportáveis, inclusive aptos a gerar a morte de animais e a destruição de vegetais. Há diferença entre seres humanos e animais ou plantas. Quanto a pessoas, a poluição precisa apenas ser capaz de causar danos à saúde; em relação a animais ou vegetais, é fundamental chegar à mortandade ou destruição” (*Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 2, p. 733).

Diferentemente do que ocorre em tipos penais em que a conduta nuclear traz a implicação lógica de que a consumação deve se prostrar no tempo, o núcleo típico do art. 54 da Lei 9.605/98 não é assim evidente. Com efeito, se no sequestro e em algumas modalidades do tráfico (como manter drogas em depósito) e da receptação (como guardar o produto do crime) não há possibilidade de que o delito se considere perfeito e acabado instantaneamente, não se pode afirmar o mesmo



## Boletim Criminal **Comentado** nº 088 - abril 2020

sobre a conduta de causar poluição, especialmente quando combinada com os parágrafos do art. 54.

Recordemos que, segundo a classificação relativa ao momento consumativo, o crime se divide, basicamente, em instantâneo, instantâneo de efeitos permanentes e permanente.

O crime instantâneo se consuma em momento determinado (consumação imediata), sem prolongamento. Não significa que ocorre rapidamente, mas que, uma vez reunidos seus elementos, a consumação ocorre peremptoriamente. No crime instantâneo de efeitos permanentes a consumação também ocorre em momento determinado, mas os efeitos dela decorrentes são indelévels, como no homicídio consumado, por exemplo.

O crime permanente, por outro lado, é aquele em que a execução se protraí no tempo por determinação do sujeito ativo. É a modalidade de crime em que a ofensa ao bem jurídico se dá de maneira constante e cessa de acordo com a vontade do agente. Temos como exemplos os crimes já citados acima (sequestro e algumas modalidades do tráfico de drogas e da receptação). A relevância prática da permanência reside no início da contagem do prazo prescricional, que só ocorre após a cessação da ofensa ao bem jurídico (art. 111, inc. III, do Código Penal), e também na possibilidade da prisão em flagrante a qualquer tempo.

No caso da poluição ambiental, instala-se a controvérsia: trata-se de conduta permanente ou instantânea de efeitos permanentes? Em outras palavras: ao causar poluição no solo, por exemplo, por meio do descarte de produtos contaminados, o agente poluidor comete um crime que se consuma imediatamente mas provoca efeitos ambientais perenes, ou pratica uma conduta constante, que perdura enquanto não adotadas as providências determinadas para reparar o ambiente poluído e evitar que os danos se agravem?

No julgamento de agravo regimental no REsp 1.847.097/PA (j. 5/3/2020), a Quinta Turma do STJ decidiu que se trata de crime permanente.

No caso julgado, uma pessoa jurídica havia sido acusada de descartar indevidamente tambores de combustível e de descumprir a determinação para que o dano ambiental fosse reparado. Para o tribunal, ainda que por omissão ante a necessidade de cumprir as determinações dos órgãos ambientais, o crime deve ser considerado permanente:

“Destarte, necessário verificar, no caso aqui tratado, qual o elemento volitivo do autor no que se refere aos efeitos da primeira conduta criminosa – poluição.

*In casu*, o que se extrai do aresto hostilizado, às fls. 544/548, é que a empresa agravante armazenou seu lixo industrial, no município de Ulianópolis, e, dessa conduta, resultou poluição

## Boletim Criminal **Comentado** nº 088 - abril 2020

grave da área degradada, sendo que, até o momento de prolação do julgado, não teria tomado providências para reparar o dano, caracterizando a continuidade da prática infracional.

[...]

Ao que se tem, a conduta criminosa ultrapassou a ação inicial, ou seja, os efeitos decorrentes da poluição permaneceram diante da própria omissão da empresa recorrente em corrigir ou diminuir os efeitos geradores da conduta inaugural.

Assim, no caso em exame, entendo que o crime de poluição qualificada é permanente, diante da continuidade da prática infracional, ainda que por omissão da parte autora, que foi prontamente notificada a reparar o dano causado – retirar os resíduos e assim não o fez (fl. 596).

[...]

Esta Corte tem se posicionado pela impossibilidade de aferição do transcurso do lapso prescricional quanto a delito cometido em desfavor do meio ambiente, quando pautado na continuidade das atividades ilícitas.

[...]

A meu ver, esse posicionamento vem tomando força e deve ser a linha de orientação a ser seguida, considerado o bem jurídico-constitucional de elevado valor a que a lei faz referência – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – que legitima a intervenção do Estado no controle das ações praticadas a seu desfavor, devendo ser promovida a efetiva aplicação das normas penais”.

**1 - Tema: Modelo de Agravo do colega Jerônimo Crepaldi Júnior, interposto em face de decisão que declarou extinta a punibilidade do sentenciado em razão do cumprimento integral da PPL, entendendo inexecutável a multa, em virtude do valor baixo.**

Clique [aqui](#)

**2 – Tema: Conflito negativo de atribuição. Divergência sobre a atribuição para promover a execução da multa criminal em face de sentenciada presa definitivamente**

Clique [aqui](#)

**3 - Errata do CAO-CRIM sobre o Peticionamento de Execução de Multa no E-SAJ:**

Informamos que a Coordenadora da Secretaria de Primeira Instância do TJSP encaminhou errata referente ao Peticionamento Eletrônico Inicial da Execução da Multa:

1) JUIZO DAS EXECUÇÕES- Peticionamento Eletrônico Inicial:

Competência: 71- Execução Penal- Multa

Classe: 386- Execução da Pena

Assunto: 9972 – Pena de Multa

**4 – Considerações sobre a Certidão de Sentença para Execução da Pena de Multa:**

Nos termos do §1.º do artigo 538-A do Provimento CGJ 4/2020 que alterou as Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, a ação de execução da pena de multa poderá ser instruída apenas com a Certidão de Sentença extraída na forma do artigo 164 da LEP e artigo 479-B e 480-A das Normas de Serviço referidas.

Portanto, é imprescindível que da certidão de sentença conste o domicílio do sentenciado ou local da prisão (imprescindível para a fixação da competência da VEC) e também o valor da multa a ser cobrada.

Nesses termos, deverá o Promotor de Justiça do processo de conhecimento diligenciar junto ao Juízo para que a certidão seja emitida com tais informações.

**6- Necessidade de pagamento da multa para progressão de regime - entendimento atual do Supremo Tribunal Federal no “Ag.Reg. na progressão de regime da execução nº 12-DF”:**

Conforme o entendimento jurisprudencial acolhido pelo Supremo Tribunal Federal no “Ag.Reg. na progressão de regime da execução nº 12-DF”, ***“o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional. Tal regra somente é excepcionada pela comprovação da absoluta impossibilidade econômica do apenado em pagar a multa, ainda que parceladamente”.***

## Boletim Criminal **Comentado** n° 088 - abril 2020

Em consonância com referida decisão, que visa emprestar eficácia social à pena de multa, nos pedidos de progressão de regime, o Ministério Público poderá postular a intimação do advogado visando instruir o processo com informações sobre o pagamento, parcelamento da pena de multa ou sua absoluta impossibilidade econômica de fazê-lo.

Vale aqui consignar que o pedido de pagamento da multa (ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo) no processo de execução da pena privativa de liberdade não se confunde com a ação autônoma de execução da multa (a qual orientamos os colegas a ajuizarem somente quando o sentenciado se encontrar no regime aberto, em livramento condicional ou tiver a pena privativa de liberdade extinta).

Senão vejamos. O pagamento voluntário da multa durante o cumprimento da pena privativa de liberdade decorre do comando existente no decreto condenatório e evitará o ajuizamento de futura ação de execução autônoma, pois a comprovação será feita no próprio processo de execução da pena privativa de liberdade. Caso o sentenciado desempenhe trabalho na unidade prisional é possível a utilização de parte da remuneração para quitação da multa, medida que atende as funções retributiva e intimidativa da pena. Ademais, não convém olvidar que o condenado sempre poderá comprovar sua absoluta impossibilidade econômica de efetuar o pagamento, ainda que parcelado, hipótese em que, o inadimplemento da multa não poderá obstar a progressão de regime.

Já o ajuizamento de ação autônoma de execução da multa em face de sentenciado preso encontra dificuldade prática diante das constantes transferências realizadas pela SAP em prol da segurança e do interesse público. Além disso, constitui medida extrema, com poder de coerção maior, por meio da qual buscamos o respeito ao comando condenatório, não verificado voluntariamente durante a execução da pena privativa de liberdade em meio fechado.

Clique [aqui](#) (decisão STF)

Clique [aqui](#) (Agravo em Execução em face de decisão proferida pelo DEECRIM)

Clique [aqui](#) (Agravo em Execução em face de decisão proferida pela VEC)

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 – Tema: Homicídio envolvendo policiais militares de diferentes unidades da federação. Policiais fora de serviço ou da função. Discussão iniciada no trânsito. Contexto fático que não se amolda ao disposto no art. 9º, II, a, e III, d, do CPM. Competência da Justiça comum.**

**INFORMATIVO 667 STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

Compete à Justiça comum (Tribunal do Júri) o julgamento de homicídio praticado por militar contra outro quando ambos estejam fora do serviço ou da função no momento do crime.

Nos termos da orientação sedimentada na Terceira Seção desta Corte, só é crime militar, na forma do art. 9º, II, a, do Código Penal Militar, o delito perpetrado por militar da ativa, em serviço, ou quando tenha se prevaletido de sua função para a prática do crime. Interpretação consentânea com a jurisprudência da Suprema Corte.

Em se tratando de crimes dolosos contra a vida, deve ser observado, ainda, o disposto no art. 9º, § 1º, do Código Penal Militar, de modo que tais delitos, quando perpetrados por policial militar contra civil, mesmo que no exercício da função, serão da competência da Justiça comum (Tribunal do Júri).

No caso, a vítima e o réu – ambos policiais militares à época dos fatos – estavam fora de serviço quando iniciaram uma discussão no trânsito, tendo ela sido motivada por uma dúvida da vítima acerca da identificação do réu como policial militar.

Nos momentos que antecederam aos disparos, não há nenhum indício de que o réu tenha atuado como policial militar. Há elementos, inclusive, que sugerem comportamento anormal àquele esperado para a função, já que supostamente teria resistido à investida da vítima, no sentido de conduzi-lo à autoridade administrativa.

O fato não se amolda à hipótese prevista no art. 9º, II, a, do CPM, notadamente porque o evento tido como delituoso envolveu policiais militares fora de serviço, sendo que o agente ativo não agiu, mesmo com o transcorrer dos acontecimentos, como um policial militar em serviço.

Inviável, também, concluir pela prática de crime militar com base no art. 9º, III, d, do CPM, ou seja, mediante equiparação do réu (fora de serviço) a um civil, pois, ainda que a vítima, antes dos disparos, tenha dado voz de prisão ao réu, ela não foi requisitada para esse fim nem agiu em

## Boletim Criminal **Comentado** nº 088 - abril 2020

obediência à ordem de superior hierárquico, circunstância que rechaça a existência de crime militar nos termos do referido preceito normativo.

PROCESSO: CC 170.201-PI, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 11/3/2020, DJe 17/3/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Segundo dispõe o art. 124 da Constituição Federal, é da competência da Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei. A competência da Justiça Militar estadual, por sua vez, está estampada no art. 125 da Constituição, cujo § 4º 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.

A especialidade dos crimes militares, as peculiaridades da caserna, enfim, as condições particulares que envolvem a prática e o processamento desses delitos justificam a competência 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).

Dentre as situações mais comuns em que se verifica a atuação da Justiça Militar está o crime militar definido no inc. II do art. 9º do CPM:

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

**II** – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

- 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;

## Boletim Criminal Comentado nº 088 - abril 2020

**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”.

Nesse contexto, é possível que um militar cometa um crime contra outro militar em unidade da federação diversa da sua, situação em que, segundo a súmula 78 do STJ, a competência de julgamento é atribuída à unidade da federação de origem do autor do crime, não obstante o lugar da infração tenha sido diverso, excepcionando-se, portanto, o disposto no art. 85, inc. I, a, do Código de Processo Penal Militar (competência pelo lugar da infração).

Mas, para que incida a regra da competência da Justiça Militar, é preciso definir com certeza que o caso concreto se insere na definição de crime militar, o que nem sempre é evidente à primeira vista.

Ao definir o conflito de competência 170.201/PI (j. 11/3/20), a Terceira Seção do STJ decidiu que se afasta a competência da Justiça Militar no crime cometido entre dois militares que não estavam no exercício efetivo da função. No caso, um soldado da Polícia Militar do Maranhão estava na cidade de Teresina, no Piauí, quando se envolveu em uma discussão de trânsito com um policial local. O entrevero resultou em disparos de arma de fogo efetuados pelo policial maranhense, que matou o outro indivíduo. Uma das testemunhas relatou o seguinte sobre como ocorreram os fatos:

“(…) que estava no local onde ocorreu o fato; que presenciou o crime; (...) que viu o momento em que a vítima vinha em uma moto, logo atrás do acusado; que parecia ser uma perseguição; que ao chegar na esquina do colégio Dom Barreto, o FRANCISCO RIBEIRO desceu da moto já com arma em punho e perguntou aos seguranças do colégio se eles eram policiais; (...) que o acusado disse que estavam querendo lhe assaltar; que, logo em seguida, a vítima chegou e desceu da moto, com seu filho; que nesse momento começou a discussão entre acusado e vítima (...); que o acusado “puxou” as duas armas que tinha; que nesse instante a vítima começou a filmar; que a vítima deu voz de prisão ao acusado e disse que não o deixaria sair de lá; que a vítima disse que levaria o acusado à Corregedoria; que nesse momento o acusado quis ir embora; que a vítima retirou a chave da ignição da moto do acusado, para impedi-lo de sair; (...) que, após isso, aconteceu o fato; que viu quando o acusado efetuou os 03 disparos: que o primeiro foi efetuado ‘de frente’ e atingiu o peito da vítima e os outros dois atingiram próximo a região das costas e da nuca; (...) que o crime ocorreu porque a vítima deu voz de prisão a FRANCISCO RIBEIRO devido a arma que o acusado estava usando (...)”.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 088 - abril 2020

O STJ concluiu que a discussão não teve nenhuma relação com a função de polícia militar de ambos os envolvidos, o que afasta a competência da Justiça Castrense e, conseqüentemente, atrai a da Justiça Comum do Piauí, onde ocorreu o crime:

“Desses elementos coligidos, é possível extrair algumas conclusões: 1) a vítima e o réu estavam fora de serviço quando iniciaram uma discussão no trânsito, tendo ela sido motivada por uma dúvida da vítima acerca da identificação do réu como policial militar; e 2) nos momentos que antecederam aos disparos, não há nenhum indício de que o réu tenha atuado como policial militar; existindo elementos, inclusive, que sugerem comportamento anormal àquele esperado para a função, já que supostamente teria resistido à investida da vítima, no sentido de conduzi-lo à autoridade administrativa.

Tal o contexto, entendo que o fato não se amolda à hipótese prevista no art. 9º, II, a, do CPM, notadamente porque o evento tido como delituoso envolveu policiais militares fora de serviço, sendo que o agente ativo não agiu, mesmo com o transcorrer dos acontecimentos, como um policial militar em serviço.

[...]

Também não há possibilidade de firmar a prática de crime militar com base no art. 9º, III, d, do CPM, ou seja, mediante equiparação do réu (fora de serviço) a um civil, pois, ainda que a vítima, antes dos disparos, tenha dado voz de prisão ao réu, ela não foi requisitada para esse fim nem agiu em obediência à ordem de superior hierárquico, circunstância que rechaça a existência de crime militar nos termos do referido preceito normativo”.

### **2- Tema: Criptomoeda. Oferta pública de contrato de investimento coletivo. Incidência dos crimes tipificados na Lei n. 7.492/1986. Competência da Justiça Federal.**

#### **INFORMATIVO 667 STJ- SEXTA TURMA**

Compete à Justiça Federal julgar crimes relacionados à oferta pública de contrato de investimento coletivo em criptomoedas.

No julgamento do CC 161.123/SP, a Terceira Seção desta Corte decidiu que a operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 088 - abril 2020

Cumprido destacar que, naquele caso, não havia denúncia formalizada e a competência da Justiça estadual foi declarada exclusivamente considerando os indícios colhidos até a deflagração do incidente, bem como o dissenso verificado entre os Juízes envolvidos, sendo que nenhum deles, naquele incidente, cogitou que o contrato celebrado entre o investigado e as vítimas consubstanciaria um contrato de investimento coletivo.

O caso, no entanto, ostenta contornos distintos, pois já há denúncia ofertada, na qual foi descrita e devidamente delineada a conduta do paciente e dos demais corréus no sentido de oferecer contrato de investimento coletivo, sem prévio registro de emissão na autoridade competente.

Considerando que a denúncia imputa a efetiva oferta pública de contrato de investimento coletivo, não há dúvida de que incidem as disposições contidas na Lei n. 7.492/1986, notadamente porque tal espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976.

Assim, considerando os fatos narrados na denúncia, especificamente os crimes tipificados nos arts. 4º, 5º, 7º, II, e 16, todos da Lei n. 7.492/1986, é competente o Juízo Federal para processar a ação penal (art. 26 da Lei n. 7.492/1986), inclusive no que se refere às infrações conexas, por força do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 122/STJ.

PROCESSO: HC 530.563-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 5/3/2020, DJe 12/3/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Compete à Justiça Federal, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal, 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”.

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.

## Boletim Criminal **Comentado** n° 088 - abril 2020

Mas a criação de novas tecnologias pode provocar dúvidas a respeito da aplicação de leis penais e processuais penais. Já tratamos, neste mesmo espaço, 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 criptomoedas, 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 criptomoedas, 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.

Em novembro de 2018, 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).

## Boletim Criminal **Comentado** n° 088 - abril 2020

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.

O cenário, após a denúncia, foi alterado, nela tendo sido descrita e devidamente delineada a conduta do agente e dos demais corréus no sentido de oferecer contrato de investimento coletivo, sem prévio registro de emissão na autoridade competente.

Considerando que a denúncia imputa a efetiva oferta pública de contrato de investimento coletivo, não há dúvida de que incidem as disposições contidas na Lei n. 7.492/1986, notadamente porque tal espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976.

Assim, considerando os fatos narrados na denúncia, especificamente os crimes tipificados nos arts. 4º, 5º, 7º, II, e 16, todos da Lei n. 7.492/1986, é competente o Juízo Federal para processar a ação penal (art. 26 da Lei n. 7.492/1986), inclusive no que se refere às infrações conexas, por força do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 122/STJ.

**3- Tema: Deferimento de desbloqueio de bens e valores. Decisão definitiva. Mandado de segurança. Inadmissibilidade. Decisão passível de recurso de apelação**

### **INFORMATIVO 667 STJ- SEXTA TURMA**

Não é admissível a impetração de mandado de segurança contra ato jurisdicional que defere o desbloqueio de bens e valores.

No caso, o juízo de primeiro grau determinou o sequestro/arresto de valores recebidos por terceiros, oriundos da suposta prática de crimes contra o sistema financeiro (pirâmide financeira) e de lavagem de dinheiro. Posteriormente, determinou-se o desbloqueio dos valores, ao fundamento de que inadmissível que os bens de terceiros pessoas, sem indícios suficientes de autoria delitiva, permaneçam constritos por mais de três anos, sem previsão de solução das investigações e, quiçá, da ação penal. Inconformado, o Ministério Público impetrou mandado de segurança e o tribunal de origem concedeu a segurança para manter o bloqueio dos valores.

Tal decisão, no entanto, diverge da jurisprudência desta Corte no sentido de que o mandado de segurança não pode constituir-se em sucedâneo recursal, sob pena de se desnaturar a sua finalidade.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 088 - abril 2020

O recurso adequado contra a decisão que julga o pedido de restituição de bens é a apelação. Assim, mostra-se incabível o manejo do *mandamus* quando há recurso próprio previsto na legislação processual, apto a resguardar a pretensão do Ministério Público, consoante o art. 5º, II, da Lei n. 12.016/2009 c/c art. 593, II, do CPP. Nesse sentido, a Súmula n. 267/STF dispõe que não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.

PROCESSO: REsp 1.787.449-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 10/3/2020, DJe 13/3/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Nos termos do art. 593, II, CPP, cabe apelação das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior.

Decisões definitivas, ou com força de definitivas compreendem as decisões interlocutórias mistas nas quais é encerrada a relação processual, com o julgamento do mérito, mas sem condenar ou absolver o réu. Exemplo: em um processo de tráfico de entorpecente, o proprietário do avião utilizado para a prática criminosa – que não é réu no processo – ingressa com um pedido de restituição de coisa apreendida (art. 118 e ss. do CPP). A partir daí se forma uma relação processual, que será encerrada com uma decisão definitiva do juiz, na qual será apreciado o mérito (deferindo ou não a devolução da aeronave), mas não condenará nem absolverá o réu. Supondo-se que seja acolhido o pedido de restituição do bem, poderá o Ministério Público ingressar com apelação. Ou, se desacolhido, o suposto proprietário do avião. Outros exemplos apontados pela doutrina onde é cabível apelação são da decisão que ordena ou não o sequestro (art. 127 do CPP), que homologa ou não o laudo pericial referente a objetos apreendidos nos crimes contra a propriedade imaterial (art. 528 do CPP), que indefere pedido de justificação, que homologa o laudo no incidente de insanidade mental (art. 153 do código).

Vale atentar, porém, que somente caberá apelação com base no dispositivo legal em estudo, quando não cabível, na hipótese concreta, o recurso em sentido estrito, isto é, “nos casos não previstos no Capítulo anterior”, como indica a parte final do inc. II, do art. 593 do código. Assim, por exemplo, a decisão que acolhe exceção de coisa julgada se enquadra perfeitamente no conceito de decisão definitiva, ou com força de definitiva, mas, por força de expressa disposição legal, contra ela é cabível recurso em sentido estrito (art. 581, inc. III).

## **DIREITO PENAL:**

---

**1 - Tema: Crime de responsabilidade dos prefeitos. Art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967. Funcionário fantasma. Pagamento de remuneração. Serviços não prestados. Atipicidade da conduta.**

### **INFORMATIVO 667 STJ- SEXTA TURMA**

O pagamento de remuneração a funcionários fantasmas não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967.

Nos termos do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, constitui crime de responsabilidade dos prefeitos apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.

Ocorre que pagar ao servidor público não constitui desvio ou apropriação da renda pública, tratando-se, pois, de obrigação legal.

Ademais, a forma de provimento, direcionada ou não, em fraude ou não, é questão diversa, passível inclusive de sanções administrativas ou civis, mas não de sanção penal.

De outro lado, a não prestação de serviços por servidor tampouco configura o crime discutido, também sendo passível de responsabilização funcional e até demissão.

Nesse contexto, verifica-se que a conduta em análise não se subsume à norma em questão.

Dessa forma, o pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a remuneração é devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito.

PROCESSO: AgRg no AREsp 1.162.086-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 5/3/2020, DJe 9/3/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 1º do Decreto-lei 201/67 elenca os crimes de responsabilidade de prefeitos. Neste dispositivo, os crimes de responsabilidade são definidos em sentido próprio, ou seja, trata-se de infrações penais comuns, praticadas por sujeito ativo específico e julgadas pelo Poder Judiciário. Não se confundem, portanto, com os crimes de responsabilidade impróprios, infrações político- administrativas cuja punição política é atribuída ao Poder Legislativo.

## Boletim Criminal Comentado nº 088 - abril 2020

O inciso I do art. 1º pune com reclusão de dois a doze anos as condutas de apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio. Esta infração penal se assemelha muito ao crime de peculato tipificado no caput do art. 312 do CP, que assim dispõe: “Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”. Nota-se que o crime de responsabilidade não passa de uma forma especial do peculato-apropriação e do peculato-desvio.

Na apropriação, o agente político se apodera de bens ou rendas públicas que tem sob sua posse legítima, passando, arbitrariamente, a comportar-se como se dono fosse (*uti dominus*). Como se ensina no peculato, esta modalidade corresponde a um tipo especial de apropriação indébita, aqui qualificada pelo fato de o sujeito ativo exercer o cargo de prefeito, prejudicando não só a moral, mas também o patrimônio público. No desvio (ou malversação), o prefeito dá destinação diversa a bens ou rendas públicas, em benefício próprio ou alheio. É também pressuposto desta modalidade criminosa que o agente tenha a posse lícita do bem e que, depois, desvie-o.

Uma das imputações comuns envolvendo o tipo penal do art. 1º, inc. I é relativa à nomeação e ao pagamento de funcionários que, na realidade, não exercem a função. O STJ, contudo, tem decidido que o pagamento aos denominados “funcionários fantasmas” não se insere no tipo penal:

“Nos termos do art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, constitui crime de responsabilidade dos prefeitos apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio.

Ocorre que pagar ao servidor público não constitui desvio ou apropriação da renda pública, tratando-se, pois, de obrigação legal.

Ademais, a forma de provimento, direcionada ou não, em fraude ou não, é questão diversa, passível inclusive de sanções administrativas ou civis, mas não de sanção penal.

De outro lado, a não prestação de serviços por servidor tampouco configura o crime discutido, também sendo passível de responsabilização funcional e até demissão.

Nesse contexto, verifica-se que a conduta em análise não se subsume à norma em questão.

Dessa forma, o pagamento de salário não configura apropriação ou desvio de verba pública, previstos pelo art. 1º, inciso I, do Decreto-Lei n. 201/1967, pois a remuneração é devida, ainda que questionável a contratação de parentes do Prefeito” (AgRg no AREsp 1.162.086/SP, j. 5/3/2020).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 089

**Procurador-Geral de Justiça**

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

Valéria Scarance

**Analista Jurídica**

a Karenina Saura Rodrigues

## Boletim Criminal **Comentado** nº 089 - abril 2020

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

#### **1-Tema: Parecer elaborado pelo Dr Lauro Luiz Gomes Ribeiro- Progressão ao regime semiaberto e falta de comprovação do pagamento da multa**

Na esteira do entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, recentemente o Procurador de Justiça, Lauro Luiz Gomes Ribeiro, elaborou Parecer em Agravo em Execução, interposto em face de decisão que concedeu ao sentenciado a progressão ao regime semiaberto, embora ausente comprovação do pagamento da multa. No referido parecer, o Dr. Lauro aborda com maestria o entendimento do Min. Barroso, no julgamento do Ag. G. na progressão de regime da execução número 12-DF; e reitera o Prequestionamento feito pela colega de primeira instância, para viabilizar a interposição dos recursos especial e extraordinário, caso o Tribunal de Justiça não encampe a tese do Ministério Público.

Clique [aqui](#)

Pesquisa sobre o tema, progressão de regime e pagamento da pena de multa- Clique [aqui](#)

#### **2-Tema: NOVOS ESCLARECIMENTOS DO CAOCRIM SOBRE A EXECUÇÃO DA MULTA**

Após o boletim informativo da semana passada, inúmeras dúvidas surgiram no tocante à execução da multa quando o sentenciado está preso.

Importante esclarecer que o Promotor de Execuções Criminais da cidade onde o sentenciado está custodiado ao receber a certidão de sentença, poderá desde logo ajuizar a execução da multa perante a VEC ou optar por peticionar no processo onde a pena privativa de liberdade é executada, postulando a juntada da certidão, para que, no futuro, quando o sentenciado obtiver a progressão ao regime aberto, o livramento condicional ou ainda, tiver a pena extinta, o Promotor do domicílio do condenado promova a execução da multa.

É inegável que a alteração legislativa acarretou considerável aumento de trabalho nas Promotorias de Execução, especialmente nas cidades onde há estabelecimentos prisionais. De outra parte, é sabido que a SAP promove constantes transferências de presos entre estabelecimentos prisionais, bem como que dificilmente se logrará êxito no pagamento da multa em se tratando de condenado preso.

Por isso, atentos às dificuldades que a execução imediata da pena de multa de sentenciados presos poderá ocasionar no dia-a-dia das Promotorias de Execuções; bem como à alteração da competência do juízo que se verificará caso o preso seja transferido para outra cidade; e ainda, ao fato de que na maioria das vezes a execução resultará infrutífera por se encontrar o sentenciado



## Boletim Criminal **Comentado** n° 089 - abril 2020

preso, sugerimos o pedido de juntada da certidão nos autos da execução da pena privativa de liberdade, para que, no futuro, a multa seja executada pelo Promotor de Execuções do domicílio do sentenciado.

Vale aqui salientar que o artigo 8.º da Resolução n.º 616/2013 exclui da competência das Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais (DEECRIM) a execução da pena de multa.

Desta feita, as certidões de sentença NÃO DEVEM ser encaminhadas aos Promotores que atuam nos DEECRIM's e sim à Promotoria de Justiça – via e-mail – da cidade onde o sentenciado está preso. Ao receber a certidão, optando por não executar imediatamente a multa, o Promotor que a recebeu deverá peticionar sua juntada nos autos da execução da pena privativa de liberdade, em tramite no DEECRIM ou na VEC.

De outra parte, vale ressaltar que será criado, por determinação do Procurador-Geral de Justiça, com apoio da Corregedoria-Geral de Justiça, Grupo de Trabalho para estudar estratégias na cobrança de multas de pequeno valor.

Por fim, importante mencionar que houve a publicação do Aviso n.º 146/2020-PGJ-CGMP, disciplinando a execução da multa, bem como disponibilizando Formulários para as Promotorias de Justiça com atribuição de execuções criminais solicitarem ao CTIC a criação de e-mail específico para recebimento de acordos de não persecução penal e das certidões de execução da pena de multa a serem encaminhadas pelo Promotor de Justiça que atuou no processo de conhecimento.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 – Tema: Tribunal do Júri. Pedido de desaforamento. Art. 427 do CPP. Divulgação dos fatos e opinião da mídia. Mera presunção de parcialidade dos jurados. Insuficiência.**

**INFORMATIVO 668 STJ- QUINTA TURMA**

A mera presunção de parcialidade dos jurados do Tribunal do Júri em razão da divulgação dos fatos e da opinião da mídia é insuficiente para o desaforamento do julgamento para outra comarca.

No caso o impetrante requereu o desaforamento sob o argumento de que há manifesto comprometimento da imparcialidade do Júri, pela ampla divulgação nos meios de comunicação, por parte da acusação, da condenação do Paciente.

Nos termos do art. 427 do CPP, se o interesse da ordem pública o reclamar, ou se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

A mera presunção de parcialidade dos jurados em razão da divulgação dos fatos e da opinião da mídia é insuficiente para o deferimento da medida excepcional do desaforamento da competência.

PROCESSO: HC 492.964-MS, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 3/3/2020, DJe 23/3/2020.

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O desaforamento está previsto nos art. 427 e 428 do CPP e consiste na prática de um ato, pela Instância Superior, que modifica a regra de competência territorial nas hipóteses de Júri. Através do desaforamento, portanto, o réu, por motivos que a lei relaciona, é julgado em foro diverso daquele em que cometeu o crime, deixando de ser observada, assim, a competência pelo lugar da infração mencionada no art. 70 do código (competência *ratione loci*). Desaforar, pois, na precisa lição de Júlio Fabbrini Mirabete, “é retirar o processo do foro em que está para que o julgamento se processe em outro” (*Processo penal*, p. 502).

O desaforamento é admitido em quatro hipóteses, na exata dicção dos arts. 427 e 428, do CPP, a saber: **1)** por interesse da ordem pública; **2)** quando pairar dúvida sobre a imparcialidade do Júri; **3)**

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

quando houver risco à segurança pessoal do acusado e **4)** quando injustificadamente o Júri não se realizar no prazo de seis meses contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia.

Interessa, para o julgado em comento, o segundo pressuposto, que, na prática, fundamenta a imensa maioria dos pedidos de desaforamento: a dúvida sobre a imparcialidade dos jurados. Ora, é sabido que se espera do juiz, quer togado, quer leigo, que aprecie a causa com imparcialidade. A imparcialidade é, por assim dizer, verdadeiro sinônimo de justiça, não se cogitando da existência de uma sem a outra. Por vezes, no entanto, a repercussão do crime ganha tamanha intensidade que é capaz de gerar dúvida quanto à condição dos jurados para proferirem um veredicto imparcial. O jurado, nesses casos, mesmo sem conhecer o processo a fundo, muitas vezes ignorando a prova dos autos e antes de ouvir os debates, já tem sua convicção previamente formada. Em outras palavras: ele já sai de casa com a conclusão precipitadamente estabelecida, seja para condenar, seja para absolver. Essa situação, vivida hoje em dia quase que apenas em pequenas cidades, deve ser evitada, como forma de preservação da imparcialidade do Júri e, para tanto, se prevê o desaforamento.

Exige-se, portanto, para o desaforamento, que a opinião do jurado esteja turvada pelo ódio contra o acusado em virtude do crime bárbaro que cometeu, tão intenso que se mostre capaz de retirar-lhe o equilíbrio.

A fim de ressaltar, sempre, o caráter excepcional da medida, posto que o crime deve ser julgado no distrito da culpa, isto é, no local em que ocorreu (“*ubifacinus perpetravit, ibi poena redditur*”), registre-se interessante julgado no qual pessoas de prestígio na cidade (presidente da subseção local da OAB, da Câmara Municipal, do Rotary Club, Prefeito Municipal e muitos de seus secretários) subscreveram manifestação atestando a boa índole do réu. Mesmo assim, manteve-se a competência original, indeferindo-se, em consequência, o desaforamento (RT 822/592). Meras conjecturas, assim, não autorizam o desaforamento, conforme já decidiu o STF (RT 603/425), sendo necessária prova clara calcada em dados objetivos (RT 787/582). Foi o que decidiu o STJ no julgado em análise.

Por fim, não raras vezes, o longo tempo passado entre a prática do crime e a realização do Júri, faz com que a paixão e o ódio, capazes de inspirar negativamente o jurado, se diluam, não mais se justificando, então, a derrogação da competência (nesse sentido, RT 744/630). Ressalte-se, por derradeiro, que a possibilidade que se abre às partes de recusarem determinado jurado, já serve de poderoso filtro a eliminar aquele que, previamente, demonstra sua parcialidade para o julgamento.

**2- Tema: Suspensão condicional do processo. Prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Analogia com a prática de contravenção penal. Causa facultativa de revogação do benefício. Aplicação do artigo 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995. Proporcionalidade.**

**INFORMATIVO 668 STJ- QUINTA TURMA**

O processamento do réu pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei de Drogas no curso do período de prova deve ser considerado como causa de revogação facultativa da suspensão condicional do processo.

Em princípio, ressalte-se que a conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, razão pela qual a sua prática tem aptidão para gerar os mesmos efeitos secundários que uma condenação por qualquer outro crime gera, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, conforme previsto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995.

Todavia, quanto ao crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas, cumpre destacar que importantes ponderações no âmbito desta Corte Superior têm sido feitas no que diz respeito aos efeitos que uma condenação por tal delito pode gerar.

Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que "em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018).

Nesse sentido, vem -se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não configura reincidência e, assim não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O principal fundamento para este entendimento toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas).

## Boletim Criminal **Comentado** n° 089 - abril 2020

Adotando-se tal premissa mostra-se desproporcional que o mero processamento do réu pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 torne obrigatória a revogação da suspensão condicional do processo (art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995), enquanto que o processamento por contravenção penal (que tem efeitos primários mais deletérios) ocasione a revogação facultativa (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995). Assim, é mais razoável que o fato da prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seja analisado como causa facultativa de revogação do benefício da suspensão condicional do processo, cabendo ao magistrado proceder nos termos do § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/2006 ou extinguir a punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995), a partir da análise do cumprimento das obrigações impostas.

PROCESSO: REsp 1.795.962-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 10/3/2020, DJe 26/3/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Os parágrafos 3.º e 4.º do art. 89 estabelecem, respectivamente, as causas de revogação obrigatória e facultativa do benefício da suspensão condicional do processo.

Se o acusado, no período da suspensão do processo, vier a ser processado por outro crime, o benefício será necessariamente revogado pelo juiz e a persecução penal que se buscava evitar retomará o seu curso. A expressão “ser processado por outro crime” refere-se ao caso em que o acusado tem contra si a ação penal recebida pelo juízo. Afinal, a instauração do processo-crime ocorre quando afirmativo o juízo de prelibação (admissibilidade) da ação penal.

De igual modo, se o acusado não repara o dano ensejado pela prática criminosa, quando lhe é possível fazê-lo, também essa razão é causa obrigatória de revogação do benefício. Veremos logo adiante que a verificação dessa condição pode se dar mesmo após o escoamento do prazo da suspensão condicional do processo. Por ora, contudo, sigamos na apreciação das hipóteses de revogação do benefício.

Se o acusado vier a ser processado criminalmente por contravenção penal (e não crime) ou se vier a descumprir as demais condições descritas nos incisos II, III e IV do § 1.º (proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização do juízo, comparecimento periódico ao juízo para informar e justificar suas atividades), o juiz apreciará a possibilidade de revogar o benefício. São situações em que a revogação é facultativa, isto é, depende de decisão motivada do juiz que, nesses casos, conjugará a falta do acusado em face das condições que lhe foram impostas, as razões eventualmente apresentadas para tanto e a frustração (ou não) do benefício como medida despenalizante e que evita a resposta própria da persecução penal tradicional.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 089 - abril 2020

Na linha do que já vem decidindo quanto ao efeito da reincidência, o STJ reafirma a tese no sentido de que o art. 28 da Lei de Drogas, nas causas de revogação da suspensão condicional do processo, não merece o mesmo tratamento do crime, mas de contravenção penal ou infração penal “sui generis”: causa de revogação facultativa.

### **DIREITO PENAL:**

---

#### **1-Tema: Crime de dispensa ilegal de licitação exige prova de dolo e de dano ao erário**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Para a configuração do crime de dispensar ou declarar a inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais (**artigo 89** da Lei 8.666/1993) é preciso haver a presença do dolo específico de causar dano ao erário e do efetivo prejuízo à administração pública.

Com esse entendimento, o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Reynaldo Soares da Fonseca determinou o trancamento de ação penal ajuizada pelo Ministério Público do Paraná contra uma babá acusada de participar de fraude para burlar as exigências da Lei de Licitações.

Segundo o processo, ela trabalhava como babá e depois foi registrada como recepcionista na empresa de seus patrões, os quais – aproveitando-se de sua ingenuidade – colocaram seu nome no quadro de sócios da firma e a induziram a assinar documentos cujo conteúdo desconhecia. Os documentos teriam sido usados para propiciar a prática do crime previsto no artigo 89, parágrafo único, da Lei de Licitações (dispensa ou declaração de inexigibilidade em desacordo com as normas legais).

A defesa da babá alegou não haver o dolo exigido para tipificar o delito imputado. Afirmou também que a conduta seria acobertada pela excludente de culpabilidade, pois ela não seria capaz de compreender a natureza de suas ações.

#### **Sem previsão**

As alegações não foram aceitas pelas instâncias de origem, que negaram o pedido de absolvição sumária, sob o entendimento de que não haveria necessidade de demonstração do dolo específico, uma vez que o dispositivo legal não traz tal previsão, diferentemente de outros artigos da mesma lei que utilizam as expressões "com o intuito de", "com o fim de" ou "a fim de".

## Boletim Criminal **Comentado** nº 089 - abril 2020

Para as instâncias ordinárias, o dolo está na mera dispensa ou na afirmação de que a licitação é inexigível fora das hipóteses previstas em lei.

### **Intenção e prejuízo**

Ao analisar o recurso da defesa, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca destacou que tanto a jurisprudência do STJ quanto a do Supremo Tribunal Federal (STF) consideram que o crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/1993 exige, para sua caracterização, a intenção de causar lesão ao erário e a comprovação de que houve prejuízo ao ente público.

"Tais condições constituem elementares do tipo penal, devendo estar presentes para fins de tipicidade da conduta", afirmou o ministro.

Ele disse que "os tipos penais previstos na Lei 8.666/1993 não têm por objetivo criminalizar a mera inobservância de formalidades legais para a contratação com o poder público, mas, sim, o descumprimento com a intenção de violar os princípios cardeais da administração pública".

No caso analisado, Reynaldo Soares da Fonseca salientou que não foi possível identificar no processo as circunstâncias exigidas pela jurisprudência do STF e do STJ para a caracterização do crime por parte da babá utilizada como laranja – o que impõe o encerramento da ação penal por ausência de justa causa.

Leia a [decisão](#).

**Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):** [RHC 124871](#)

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

No crime do art. 89 da Lei de Licitações são tutelados o princípio da obrigatoriedade da licitação, além do princípio da igualdade entre os licitantes e a observância do caráter competitivo do certame. Para o STJ, "o tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei" (Resp. 1073676-MG, 5.ª T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 23.02.2010, v.u.). Secundariamente também é tutelado o patrimônio do ente público.

O crime é próprio porque somente os servidores públicos investidos de capacidade e função de decidir pela dispensa ou inexigibilidade de licitação podem praticá-lo.

Sujeito passivo é a entidade cuja licitação foi indevidamente dispensada ou inexigida (vide artigo 85 da Lei 8.666/1993).

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

As condutas típicas são dispensar (isentar), inexigir (deixar de exigir, não promover ou obrigar) ou deixar de observar (desprezar) licitação fora das hipóteses legais ou sem as formalidades legais. Trata-se de tipo misto alternativo, entendido como aquele em que a Lei estabelece diversos núcleos que, se praticados no mesmo contexto fático, caracterizam o cometimento de apenas um delito.

Quanto à tipicidade subjetiva, exige-se o dolo (direto ou eventual), consistente na vontade consciente de dispensar ou inexigir a licitação, fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades que a Lei exige.

O STJ entende que o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige dolo específico e efetivo dano ao erário. Nesse sentido o enunciado geral contido na publicação periódica Jurisprudência em Tese:

“Para a configuração do delito tipificado no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é indispensável a comprovação do dolo específico do agente em causar dano ao erário, bem como do prejuízo à administração pública.”. Esta é a interpretação que vem prevalecendo no STF.

Não nos parece ser a melhor interpretação do dispositivo. Como bem esclarece Renee de Ó Souza (*Leis Penais Especiais – Lei de Licitações*, Ed. Juspodivm, ed. 2019, p. 305 e ss), promotor de Justiça do Mato Grosso, é desnecessário elemento subjetivo especial (“dolo específico”), conclusão que se extrai da simples comparação com o crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/1993. A ausência de qualquer expressão como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, é eloquente. Os motivos que levaram o agente a dispensar ou inexigir a licitação, fora das hipóteses previstas em lei, é de análise desnecessária. O dolo está na mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância.

Ademais, mesmo nos casos em que o administrador não pretenda prejudicar o erário ou beneficiar favorito seu, mas se nega a cumprir a legislação por capricho, conveniência, comodidade pessoal ou até aversão pela burocracia, optando por contratar seus serviços e fornecedores diretamente, sem prévia licitação, a atuação persiste manifestamente reprovável, pois, consciente de que está descumprindo a lei, prefere administrar a coisa pública como se sua fosse, elegendo seus contratados sem qualquer critério objetivo e sem a mínima formalidade para a dispensa/inexigibilidade de licitação.

Isso implica em um dever de cautela pois, caso o gestor público tenha dúvida séria e fundada sobre a obrigatoriedade da licitação e, assim mesmo, sem maiores perquirições, dispense ou não exija o certame, dará causa a prática do delito mediante dolo eventual vez que assumiu o risco de sua conduta produzir o resultado ilícito. Além disso, fosse necessária a intenção de causar prejuízo ao erário mediante desvio de recursos, haveria uma insolúvel confusão com o crime de peculato



tentado. Essa interpretação cria também uma dificuldade de ordem temporal quase insuperável para a caracterização do delito uma vez que a decisão de dispensa indevida é tomada muito tempo antes da apuração do prejuízo ao erário, realizada, geralmente, em meio à execução do contrato celebrado.

### **2- Tema: Juiz pode escolher tratamento ambulatorial para inimputável acusado de fato punível com reclusão**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Em razão dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, o artigo 97 do Código Penal não deve ser submetido a uma interpretação literal. Dessa forma, nos casos de delitos sujeitos à pena de reclusão atribuídos a pessoas inimputáveis, o magistrado, em vez de determinar obrigatoriamente a internação do agente para tratamento psiquiátrico, tem a faculdade de optar pelo tratamento ambulatorial, se considerá-lo mais adequado.

O entendimento foi firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento de embargos de divergência. Com a decisão, tomada por unanimidade, a seção pacificou entendimentos divergentes entre a Quinta Turma – que não admitia a substituição da internação em hospital de custódia por tratamento ambulatorial – e a Sexta Turma – que considerava a substituição possível.

De acordo com o Código Penal, se o agente for inimputável, o juiz determinará a sua internação. Entretanto, se o fato for punível com detenção (aplicada para condenações mais leves, nas quais, pela natureza do delito, não se admite o início do cumprimento da pena em regime fechado), o magistrado poderá submeter o agente a tratamento ambulatorial.

No julgamento de recurso especial de agente acusado de atentado violento ao pudor, absolvido com base no artigo 26 do Código Penal (absolvição imprópria, aplicável a pessoas consideradas inimputáveis), a Sexta Turma estabeleceu que é possível a aplicação de medida de segurança consistente no tratamento ambulatorial.

Contra a decisão, o Ministério Público Federal interpôs embargos de divergência, invocando a orientação da Quinta Turma no sentido de que, ante a referência explícita à detenção no artigo 97 do Código Penal, não há a possibilidade de opção pelo tratamento ambulatorial quando a pena aplicável ao agente seria a de reclusão.

#### **Injustiça**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 089 - abril 2020

Relator dos embargos de divergência, o ministro Ribeiro Dantas afirmou que a doutrina brasileira, de forma majoritária, tem se manifestado sobre a injustiça do artigo 97 do CP.

Segundo o ministro, a norma padroniza a aplicação da medida de segurança, impondo ao agente – independentemente de sua periculosidade – a internação em hospital de custódia apenas porque o fato previsto como crime é punível com reclusão.

"Ao meu sentir, para uma melhor exegese do artigo 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável", concluiu o ministro ao rejeitar os embargos de divergência.

O número deste processo não é divulgado em razão de segredo judicial.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A medida de segurança é espécie de sanção penal que pressupõe agente não imputável. Tem finalidade essencialmente preventiva (prevenção especial), é dizer, sua missão maior é evitar que o agente (perigoso) volte a delinquir. Tem os seguintes pressupostos:

**(A)** Prática de fato previsto como crime (leia-se, fato típico, não alcançado por causa excludente da ilicitude). No Brasil, as medidas são sempre pós-delituais, vedadas as pré-delituais.

**(B)** Periculosidade do agente: Indica a maior ou menor inclinação para o crime.

A medida de segurança pode ser de duas espécies:

**(A)** Detentiva: Representa a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Aplica-se aos crimes punidos com pena de reclusão. Atenta ao caráter excepcional da medida, a Resolução nº 113 do CNJ, no artigo 17, determina que deve ser buscada, sempre que possível, a implementação de medidas antimanicomiais.

**(B)** Restritiva: Corresponde ao tratamento ambulatorial. Cabe, em regra, na hipótese do crime punido com detenção, salvo se o grau de periculosidade do agente indicar necessidade da internação.

Esta regra que vincula a medida detentiva aos crimes punidos com reclusão e a medida restritiva aos punidos com detenção deriva do disposto no art. 97 do CP:

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

“Art. 97 – Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”.

Considerando o dispositivo legal, a 5ª Turma do STJ decidia no geral que, uma vez cometido fato tipificado como crime punido com reclusão, não era possível a substituição da internação pelo tratamento ambulatorial:

“Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que, apenas é cabível a imposição de medida de segurança de tratamento ambulatorial se o fato previsto como crime for punível com detenção” (AgRg no REsp 1.779.990/MG, j. 23/04/2019).

Não obstante, admitia-se certa flexibilização diante das peculiaridades do que estivesse sendo julgado:

“2. A par do entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior, no sentido da imposição de medida internação quando o crime praticado for punível com reclusão – reconhecida a inimputabilidade do agente -, nos termos do art. 97 do Código Penal, cabível a submissão do inimputável a tratamento ambulatorial, ainda que o crime não seja punível com detenção. (REsp 912.668/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 18/3/2014, DJe de 7/4/2014). 3. Não se apresenta razoável, proporcional e tampouco recomendada a internação de pessoa portadora de esquizofrenia em hospital de custódia para tratamento psiquiátrico, que cometeu infração penal sem violência ou grave ameaça, apresenta reduzido grau de periculosidade social e possui respaldo familiar para a disponibilização do necessário para o tratamento de sua enfermidade’ (HC 503.889/SP, j. 10/09/2019).

A 6ª Turma há tempos decide que, mesmo no caso de crime punido com reclusão, as circunstâncias podem fazer com que a medida adequada se restrinja ao tratamento ambulatorial:

“1. Levando-se em consideração o propósito terapêutico da medida de segurança e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é viável a aplicação de tratamento ambulatorial, mesmo em se tratando de prática de crime punido com reclusão. 2. O tratamento ambulatorial foi imposto ao recorrido depois de cuidadosa análise das peculiaridades do caso, havendo sido constatada a desnecessidade da internação para o fim de cura da periculosidade” (AgInt no REsp 1.805.564/MS, j. 26/11/2019).

No julgamento do EREsp 998.128/MG (j. 27/11/2019), a Terceira Seção do tribunal dirimiu a divergência e estabeleceu que o fator determinante para a imposição de medida de segurança não é a forma da pena que seria imposta ao imputável, mas sim o nível de periculosidade do inimputável. Se o exame que conclui pela inimputabilidade estabelece que não há um elevado grau

de periculosidade, a medida de segurança restritiva é suficiente, ainda que o fato seja punido com reclusão:

“4. Hipótese em que se verifica posicionamento dissonante entre as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte quanto ao direito federal aplicável (art. 97 do CP. “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”). 5. A doutrina brasileira majoritariamente tem se manifestado acerca da injustiça da referida norma, por padronizar a aplicação da sanção penal, impondo ao condenado, independentemente de sua periculosidade, medida de segurança de internação em hospital de custódia, em razão de o fato previsto como crime ser punível com reclusão. 6. Para uma melhor exegese do art. 97 do CP, à luz dos princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, não deve ser considerada a natureza da pena privativa de liberdade aplicável, mas sim a periculosidade do agente, cabendo ao julgador a faculdade de optar pelo tratamento que melhor se adapte ao inimputável. 7. Deve prevalecer o entendimento firmado no acórdão embargado, no sentido de que, em se tratando de delito punível com reclusão, é facultado ao magistrado a escolha do tratamento mais adequado ao inimputável, nos termos do art. 97 do Código Penal”.

**3- Tema: Crime contra ordem tributária. Tributos estaduais ou municipais. Causa de aumento. Art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990. Caracterização de grave dano à coletividade. Equivalência a créditos prioritários ou grandes devedores.**

### **INFORMATIVO 668 STJ- TERCEIRA SEÇÃO**

A majorante de grave dano à coletividade, tratando-se de tributos estaduais ou municipais, é objetivamente aferível pela admissão na Fazenda local de crédito prioritário ou destacado (como grande devedor).

A controvérsia cinge-se a saber qual parâmetro deve ser adotado para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 para tributos estaduais ou municipais.

Para aplicar a majorante do grave dano à coletividade em relação a tributos federais adota-se, analogamente, para tributos federais o critério já administrativamente aceito na definição de créditos prioritários, critério fixado pelo art. 14, caput, da Portaria n. 320/PGFN.

Tratando-se de tributos estaduais ou municipais, porém, o critério para caracterização do grave dano à coletividade deve ser, por equivalência, aquele definido como prioritário ou de destacados créditos (grandes devedores) para a fazenda local.

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

Destaca-se que tratando-se de crime, o dano tributário deve considerar todos acréscimos legais (juros, multa, etc.), pois incidentes obrigatoriamente pela falta de cumprimento da obrigação legal de recolhimento adequado e tempestivo dos tributos.

PROCESSO: REsp 1.849.120-SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Terceira Seção, por maioria, julgado em 11/3/2020, DJe 25/3/2020.

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O artigo 12 da Lei n. 8.137/90 estabelece – para os delitos previstos no art. 1º, 2º, 4º e 7º – três hipóteses de majorantes, que devem ser aplicadas no terceiro momento, do método trifásico de aplicação da pena (CP, art. 68). Para o estudo do julgado acima interessa do inciso I. A norma prevê como hipótese majorante da pena quando o crime “ocasionar grave dano à coletividade”.

De plano, já se verifica que o legislador optou por não apresentar um valor numérico-objetivo do que se consideraria grave dano à coletividade ou qual extensão do dano é apta a caracterizar referida gravidade, o que, de certa forma, gera uma dificuldade interpretativa, muito embora afigure-se a melhor opção dadas as dificuldades que uma tarefa que tal poderia acarretar.

Para entender de forma mais adequada essa majorante, parece extremamente relevante dividir sua aplicação de acordo com os bens jurídicos protegidos pelo delito, uma vez que será ele a referência para dimensionar a gravidade.

Esse estudo será com base nas lições Rodrigo Leite Cabral (*Leis Penais Especiais – Crimes Contra a Ordem Tributária, Ordem Econômica e Relações de Consumo*, Ed. Juspodivm, ed. 2019, p. 895 e ss), membro do Ministério Público do Paraná, feito para os crimes contra a ordem tributária (art. 1º e 2º), crimes contra a ordem econômica (art. 4º) e crimes contra o consumidor (art. 7º).

**a)** A majorante do grave dano à coletividade nos crimes contra a ordem tributária (art. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90):

Com relação a esses delitos, afigura-se adequado trabalhar-se com os seguintes critérios:

**i)** Capacidade Econômica da Vítima: Nos crimes tributários, para considerar a gravidade do dano, deve-se considerar a capacidade econômica da vítima. Assim, um valor que não é considerado grave para a União, pode muito bem ser considerado grave para um pequeno município. Quanto menor a capacidade econômica do ente público vítima do delito, menores serão as balizas para a caracterização da aludida majorante.

**ii)** Valor Sonogado ou Valor Potencialmente Sonogado: Como se viu, os crimes contra a ordem tributária previstos na Lei n. 8.137/90, são de dano (art. 1º) ou de perigo (art. 2º), de modo que um critério bastante importante para a identificação do grave dano à coletividade é o valor sonogado,

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

no caso do art. 1º, ou o valor potencialmente sonogado, no caso do art. 2º, reconhecendo-se que, neste último caso, muitas vezes será difícil dimensionar tal potencialidade, sendo que nessas hipóteses, em caso de dúvida, o mais cauteloso é afastar a aplicação da majorante.

Para verificar esse valor, inicialmente, deve-se identificar o valor sonogado (ou potencialmente sonogado) e contextualizá-lo no momento da sentença, de modo que se atualize o valor sonogado ou se considere a dimensão do seu valor, contextualizada à data dos fatos. Assim, o julgador tem a ideal dimensão do quão grave foi a lesão (ou perigo) causada pelo delito. No entanto, não devem entrar nesse cálculo os acessórios, como multa e juros, uma vez que não dizem respeito ao efetivo dano causado (ou potencialmente causado).

Ademais, uma vez atualizado o valor ou contextualizado no momento da prática delitiva, é possível verificar-se que a jurisprudência já tem alguns parâmetros relativo a valores do dano, que podem ser utilizados para a apreciação da gravidade ou não do dano à coletividade.

Os valores que podem ser utilizados como parâmetros são os seguintes, conforme julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

- i) R\$ 154.149,04 (valores referentes a 2003, 2004 e 2005) (STJ – AgRg REsp n. 1.194.509 /MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 27/11/2017);
- ii) R\$ 463.497,92 (valores atualizados em fevereiro/2010) (STJ – AgRg nos EDcl no AREsp 465.222/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016);
- iii) R\$ 429.004,15 (valores de março de 2007) (STF – HC 130269, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 13/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15/06/2016 PUBLIC 16/06/2016);
- iv) R\$ 301.664,95 (trezentos e um mil, seiscentos e sessenta e quatro reais e noventa e cinco centavos), calculado até 28/4/2006, realizada contra a União (ou seja, com maior capacidade econômica) (STJ – AREsp. 587.620/SP, Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJ de 5/11/2015).
- v) R\$530.220,79, realizada contra a União (maior capacidade econômica). (STJ – AgRg no REsp 1134070/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013).

Ademais, sobre o tema, deve-se considerar que: **a)** “A descrição, na denúncia, do valor do crédito tributário sonogado é suficiente para que o juízo delibere sobre o grave dano à coletividade e, conseqüentemente, sobre a incidência da causa de aumento do art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990.

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

Precedente.” (STJ – AgRg no AREsp 1058190/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017); e que **b)** “A continuidade delitiva, não se confunde com a causa de aumento de pena relativa ao grave dano à coletividade. De fato, é possível que certo agente pratique apenas um crime contra a ordem tributária e cause grave dano à coletividade. Assim como, é possível o cometimento de diversos delitos e não se fazer aplicar a causa de aumento prevista no art. 12, inciso I da Lei 8.137/90.” (STJ – AgRg no REsp 1134070/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 05/03/2013).

Por fim, o valor do dano poderá ser considerado na fase do art. 59 do Código Penal, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao consignar que: “(...) em se tratando de infrações penais contra a ordem tributária, a extensão do dano causado pode ser invocada na primeira fase da dosimetria, como critério para exasperação da pena-base, sem que tanto implique bis in idem.” (STF – HC 128446, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 28-09-2015 PUBLIC 29-09-2015).

É com base nesses critérios que se defende aqui seja avaliada, em cada caso concreto, se restou ou não caracterizada a majorante do grave dano à coletividade nos crimes contra a ordem tributária.

**b)** A majorante do grave dano à coletividade nos crimes contra a ordem econômica (art. 3º da Lei n. 8.137/90):

Com relação a crimes contra a ordem econômica, o intérprete deve verificar os seguintes critérios, considerando-se que o bem jurídico protegido é a defesa da livre concorrência, que gera prejuízos tanto aos demais empresários, quanto aos consumidores expostos ao mercado viciado:

i) o aspecto geográfico do cartel ou do abuso do poder econômico: Assim, caso o cartel ou abuso transcenda a mera atuação em determinada região restrita, atingindo municípios inteiros, quando estes forem de menor porte, ou grandes extensões em municípios maiores, restará caracterizada a majorante do grave dano à coletividade. Da mesma forma, se o cartel atuar em mais de um município ou estados, também, estará caracterizada a majorante.

ii) aspecto econômico do cartel ou do abuso do poder econômico: se o cartel ou abuso tiver uma limitada atuação geográfica, mas importante em termos econômicos, causando grandes prejuízos à saúde do mercado, também, poderá restar caracterizada a majorante.

iii) aspecto temporal do cartel ou do abuso do poder econômico: do mesmo modo, ainda que o cartel ou o abuso seja limitado geograficamente e os valores mensais dos negócios sejam pequenos, poderá estar caracterizada a majorante caso essas práticas venham sendo praticadas por um largo período de tempo.

## Boletim Criminal Comentado nº 089 - abril 2020

c) A majorante do grave dano à coletividade nos crimes contra os consumidores (art. 7º da Lei n. 8.137/90):

Considerando-se que o tipo penal do art. 7º tutela os direitos patrimoniais e sociais do consumidor, é possível levar-se em conta os seguintes critérios:

i) o aspecto geográfico do crime contra o consumidor: Quando os danos aos consumidores se estenderem por limites territoriais que transcendam o simplesmente paroquial, como são aqueles que atingem um município, vários municípios ou mesmo estados, poderá incidir a majorante do inciso I, do art. 12 da Lei n. 8.137/90.

ii) aspecto econômico do crime contra o consumidor: Da mesma forma, ainda que geograficamente limitado, caso a conduta gere grande prejuízo econômico, perfeitamente possível a incidência da majorante.

iii) aspecto temporal do crime contra o consumidor: além disso, quando a conduta danosa se protraia por longo período de tempo, causando grave lesão, por sua reiteração, também, aplicável a majorante.



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 090

**Procurador-Geral de Justiça**  
Mário Luiz Sarrubbo

**Coordenador do CAO Criminal**  
Arthur Pinto Lemos Junior

**Assessores**  
Fernanda Narezi Pimentel Rosa  
Paulo José de Palma  
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras  
Rogério Sanches Cunha  
Valéria Scarance

**Analista Jurídica**  
Ana Karenina Saura Rodrigues

## **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

### **1-Tema: Execução penal provisória no Tribunal do Júri (artigo escrito pelo procurador-geral de Justiça em coautoria com dois PGJs).**

EMENTA: 1. Um julgamento histórico no STF. 2. Princípio da proporcionalidade em sentido amplo. 3. A soberania do júri e jurisprudência do STF. 4. Os crimes de homicídio e a facilidade de concretização de impunidade através da prescrição. 5. A soberania dos veredictos e o princípio da razoabilidade. 6. Relatividade do princípio da soberania dos vereditos. 7. Uma conclusão inevitável.

#### **1. UM JULGAMENTO HISTÓRICO NO STF**

O Supremo Tribunal Federal (STF) julga de forma virtual um caso de feminicídio ocorrido em Santa Catarina que pode mudar o entendimento sobre a prisão de condenados pelo Tribunal do Júri em todo o País.

Historicamente, sempre houve um grande confronto entre o princípio da soberania dos veredictos e o princípio da não culpabilidade antecipada.

Para os defensores da prevalência do princípio da soberania dos veredictos, é possível a execução provisória da pena logo após o veredicto do tribunal do júri. Esta tese foi, inclusive, o voto do relator, o ministro Luis Roberto Barroso. O presidente do STF, Dias Toffoli, o acompanhou.

Para os defensores da prevalência do princípio da não culpabilidade antecipada, somente será possível executar a pena após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Este foi o voto do Min. Gilmar Mendes.

O ministro Ricardo Lewandowski pediu vista.

#### **2. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO**

O princípio da proporcionalidade é operado por meio da verificação, pelo Juiz, de determinado caso concreto, no qual surja o conflito de dois interesses juridicamente protegidos. Em caso afirmativo, deverão esses interesses, postos em causa, ser pesados e ponderados. A partir daí estabelecer-se-ão os limites de atuação das normas, na verificação do interesse predominante. Desse modo, o magistrado, mediante minuciosa valoração dos interesses, decidirá em que medida deve-se fazer prevalecer um ou outro interesse, impondo as restrições necessárias ao resguardo de outros bens jurídicos.

Stinmetz (2001, p. 142-143) elucida que:

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

“A colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, na qual a realização ou otimização de um implica a afetação, a restrição ou até mesmo a não realização do outro, a inexistência de uma hierarquia abstrata entre direitos em colisão, isto é, a impossibilidade de construção de uma regra de prevalência definitiva”.

Realmente, com frequência, o julgador depara-se com dilemas em que a solução de um problema processual implica o sacrifício de um valor conflitante com outro, não obstante ambos tenham proteção legal. Nesse caso, devemos valorar os princípios em conflito, estabelecendo, em cada caso, que direito ou prerrogativa deve prevalecer. Na solução do conflito é preciso desvendar o seguinte paradigma: se quaisquer das soluções afrontarão direitos, qual a solução menos injusta, ou seja, qual a solução que, dentro das desvantagens, apresentará mais vantagem à solução do litígio, de modo a dar-se a solução concreta mais justa?

A ponderação é a forma de argumentação jurídica que mais intimamente se encontra associada à necessidade de comparação entre dois ou mais valores (ou princípios, direitos, bens, interesses, como se prefira) para o estabelecimento da decisão correta num determinado caso.

Para Robert Alexy, o “caminho do constitucionalismo discursivo, que começa com os direitos fundamentais e segue com a ponderação, o discurso e a jurisdição constitucional terminará com uma ilusão, na qual a legitimação de qualquer coisa é possível”.

A ponderação ou balancing, nesse contexto, assume a função de instrumentalizar a racionalidade no constitucionalismo discursivo em torno da máxima da proporcionalidade.

Sua formulação estrutural é sintetizada pela lei da ponderação, segundo a qual “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

A lei da ponderação, portanto, é uma estrutura racional concebida para estabelecer a correção, ou valoração, do juízo jurídico de um discurso, o que significa dizer que a ponderação é uma forma de argumentação própria do constitucionalismo discursivo, instrumentalizada em torno da máxima da proporcionalidade.

E ainda que a ponderação não possa ser tida por si mesma como um modelo suscetível de conduzir o intérprete à melhor decisão em todos os casos, o modelo da ponderação como um todo, ao associar a lei da colisão à teoria da argumentação jurídica, pode ser aceito como um modelo discursivo confiável, em cuja essência consiste a busca pela fundamentação racional de enunciados de precedências condicionadas entre dois ou mais valores, interesses ou princípios colidentes.

Nesse sentido, é certo que os enunciados de precedências condicionadas decorrentes da ponderação de dois ou mais princípios no caso concreto consubstanciam regras atribuídas aos

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

direitos fundamentais as quais, diante de determinadas condições, estabelecem a consequência jurídica em relação ao princípio prevalente.

No processo de criação e fundamentação de tais enunciados, no entanto, todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional podem ser utilizados. Desse modo, para a fundamentação de um enunciado de preferência condicionada e, com isso, para a justificação da regra a que ele corresponde, pode-se recorrer a todos os cânones da interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica.

É indiscutivelmente aceito pela jurisprudência dessa Suprema Corte o entendimento de que os direitos fundamentais previstos na Constituição não se revestem de caráter absoluto, estando sujeitos, portanto, a juízos de ponderação no caso concreto, definidores de relações de precedência condicionadas entre os demais princípios fundamentais concorrentes.

Nesse sentido, para uma adequada colocação normativa do problema, deve-se desde logo registrar que culpa e prisão não podem ser consideradas como entidades caracterizadoras do mesmo mandado normativo perante a Constituição, pois decorre da própria ordem constitucional a possibilidade de segregação sem declaração inequívoca de culpa, “em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente” (art. 5º, LXI, CRFB).

Resulta importante, aqui, a advertência do Ministro Eros Roberto Grau, segundo o qual a Constituição não pode simplesmente ser lida em tiras, aos pedaços isolados.

O traço materialmente diferenciador entre a sentença do magistrado singular em um julgamento de crime comum, e aquela decorrente de um crime contra a vida pelo Tribunal do Júri, está plasmado na expressão “soberania dos vereditos”.

A expressão “soberania” é mencionada no texto constitucional somente em três hipóteses:

- 1ª) referindo-se à soberania nacional como fundamento da república;
- 2) à soberania popular exercida por meio do sufrágio universal;
- 3) e à soberania dos veredictos nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.

Nessa lógica, ao contrário dos demais crimes comuns, a Carta Magna conferiu ao próprio povo a prerrogativa de julgar seus pares pelo cometimento de crimes contra a vida, e o fez não apenas na perspectiva de uma cláusula institucional de soberania, mas também como uma garantia fundamental do próprio indivíduo contra o Estado, vez que, no julgamento comum de crimes contra a vida, não é dado a nenhum integrante da Magistratura nacional interferir no mérito dessa decisão (5º, XXXVIII, alínea “c”, da CRFB).

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

O tratamento diferenciado no plano normativo-constitucional corrobora a necessidade de diferenciação no plano da concordância prática.

Tal revela que a Constituição da República, ao atribuir ao Tribunal do Júri a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida e qualificá-los sob a cláusula da “soberania dos veredictos”, retirou dos tribunais a possibilidade de substituição da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, sendo vedado ao órgão do Poder Judiciário reapreciar os fatos e as provas que assentaram a responsabilidade penal do réu reconhecida soberanamente pelo Júri.

Não cabendo aos Tribunais a reapreciação dos fatos e provas – ressalvada apenas a hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos -, não há se falar em violação ao princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade na execução imediata da condenação imposta pelo Tribunal do Júri.

### **3. A SOBERANIA DO JÚRI E JURISPRUDÊNCIA DO STF**

A questão da prevalência do princípio da soberania do júri na resolução do antagonismo normativo concreto decorrente da aplicação do princípio da não culpabilidade não é matéria não é estranha à jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal.

Nos autos do HC n. 118.770/SP, de relatoria para acórdão do Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso, a Primeira Turma firmou a tese de que: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade”.

De acordo com esse julgamento, a “Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular”. Diante disso, “não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. TeoriZavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso”.

Além disso, em outro precedente do mesmo órgão julgador decidiu-se favoravelmente à prevalência do princípio da soberania dos veredictos, ao afirmar-se que a “custódia lastreada em decisão do Tribunal do Júri, ainda que pendente recurso especial, não viola o princípio

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

constitucional da inocência” (Habeas Corpus nº 133528/PA, 1ª Turma do STF, Rel. Marco Aurélio. j. 06.06.2017, maioria, DJe 21.08.2017).

### **4. OS CRIMES DE HOMICÍDIO E A FACILIDADE DE CONCRETIZAÇÃO DE IMPUNIDADE ATRAVÉS DA PRESCRIÇÃO**

No ano de 2019, em primoroso trabalho coordenado pelo Conselho Nacional de Justiça, foi elaborado o “Diagnóstico das Ações Penais de Competência do Tribunal do Júri”.

Esse relatório concluiu que: “o desfecho mais recorrente nos processos de competência do Tribunal do Júri foi a condenação (47,9% dos casos decididos). Em seguida, vieram as decisões pela extinção da punibilidade (32,4%) e, em menor proporção, as decisões absolutórias (19,6%)”.

Além disso, na comparação da natureza da decisão final em relação à duração dos processos, referido estudo demonstrou que “a prescrição ocorreu em 14% dos julgamentos e representa 42% dos casos de extinção da punibilidade. O tempo médio decorrido entre o início da ação penal e a decisão pela extinção da punibilidade é de oito anos e seis meses, porém, nas prescrições, a média sobe para treze anos. Cerca de 64% das decisões que reconhecem a prescrição ocorrem justamente nos processos mais longevos, com mais de oito anos de tramitação”.

Quando se condiciona o cumprimento da pena definida no veredicto do Conselho de Sentença ao trânsito em julgado da condenação, facilita-se a famigerada prescrição, além de transmutar-se a exceção que decorre da mutabilidade fundada na decisão contrária à prova dos autos (que se verifica em hipóteses muito incomuns e bem delimitadas), em cláusula de barreira da eficácia normativa do princípio da soberania dos veredictos (firmados normativamente em torno do pressuposto fático condenatório, segundo o levantamento do CNJ).

### **5. A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

Atuamos muito tempo no Tribunal do Júri, precisamos muitas injustiças fáticas, mas a pior das injustiças é a denominada “injustiça hermenêutica”, que pode ser revelada como “o dedo riste e o riso cínico na cara da justiça”. Como?

Réu assassino confesso de jovens e mulheres, ganha como prêmio um longo procedimento e um belo dia podem ir a julgamento. Após uma longa batalha de debates, enfim a justiça demonstra seu veredito: “Condenado”. O alívio é total por parte daqueles que sonhavam com esse momento, as frases que suspiram no plenário do júri é: “enfim, a justiça foi feita”, mas a alegria logo é arrefecida quando o juiz ao concluir a sentença diz: “defiro o pedido para que o réu recorra em liberdade”.

Nesse contexto, questiona-se: É razoável? É proporcional que ainda aguarde o réu em liberdade o desfecho de seus subsequentes artifícios recursais? Quantos julgamentos de feminicídios Brasil

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

afora estão em condições mais morosas do que o presente caso? Quantos assassinatos vinculados ao tráfico de drogas e à guerra entre facções criminosas?

Nesse cenário de conflituosidade normativa, não se pode perder de vista, ainda, o princípio da razoabilidade, na sua propriedade de conexão e sentido entre o Direito e a Justiça. Oliveira (2003, p. 92) conceitua o princípio da razoabilidade como:

O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.

O pensamento de Kant buscou uma compreensão ética da natureza humana, conforme descreve (1785, apud LÔBO, 2009, p.37):

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Mas qual seria o verdadeiro “pano de fundo” da superação do princípio da soberania dos julgamentos do júri ao condicioná-lo ao voluntarismo recursal do acusado?

A hipótese coloca em risco não apenas a efetivação da própria justiça, hoje em fase de total descrédito pelas constantes efetivações de “injustiça hermenêutica” patrocinada por um doutrinamento “garantista hiperbólico monocular”, mas, igualmente, enfraquece e esvazia o sentido do próprio Estado Democrático de Direito, que tem na soberania dos veredictos um de seus postulados mais evidentes de expressão, ao atribuir ao povo o poder de intervenção direta nos domínios da Justiça.

Não por outra razão, o princípio da soberania dos veredictos foi introduzido no catálogo dos direitos fundamentais, basicamente vinculado à defesa da VIDA, bem nuclear que reclamou o estabelecimento de um degrau de proteção constitucional maior que os demais valores e princípios constitucionais, porque, na invocação de Kant, o ser humano deve estar no centro do conhecimento, como um fim em si mesmo, o que faz com que a proteção de sua existência seja gravada com especial nível de proteção na ordem constitucional.

Usando como alicerce o garantismo integral, o promotor de Justiça Caio Márcio Loureiro destaca que o modelo ideal de direito penal garantista é o que busca não apenas evitar a hipertrofia da punição, mas também, com a mesma ênfase, impedir a intervenção insuficiente do Estado na tutela

do bem jurídico apontado como indispensável para a convivência harmônica do homem em sociedade (O princípio da plenitude da vida no tribunal do júri: Carlini e Caniato, 2017).

## **6. RELATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS**

O denominado “Pacote Anticrime” (Lei nº 13.964/2019) promoveu alterações no artigo 492 do CPP, ao instituir a letra “e”, no inciso “I”, do art. 492, bem como dos parágrafos 3o, 4o, 5o e 6o, in verbis:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:

I – no caso de condenação:

(...)

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

(...)

§ 3º O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas de que trata a alínea e do inciso I do caput deste artigo, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 4º A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.

§ 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso:

I – não tem propósito meramente protelatório; e

II – levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

§ 6º O pedido de concessão de efeito suspensivo poderá ser feito incidentalmente na apelação ou por meio de petição em separado dirigida diretamente ao relator, instruída com cópias da sentença condenatória, das razões da apelação e de prova da tempestividade, das contrarrazões e das demais peças necessárias à compreensão da controvérsia.



## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

Rodrigo Fauz Pereira e Silva no artigo “A execução provisória em condenações no Tribunal do Júri” defende a inconstitucionalidade do artigo supramencionado argumentado que:

Isto é, não obstante as discussões recentes sobre a antecipação do cumprimento da pena a partir do segundo grau de jurisdição, cria-se a execução da pena a partir de decisão em primeiro grau de jurisdição, tendo como justificativa a condenação pelo conselho de sentença a uma pena elevada. Todavia, ao determinar a prisão do condenado sem o trânsito em julgado de sentença penal, viola-se o princípio constitucional da presunção de inocência previsto no inciso LVII da Constituição Federal (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), bem como o princípio do duplo grau de jurisdição, expresso como garantia judicial mínima no Pacto de San José da Costa Rica no artigo 8, II, h (“direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”).

Entendemos a inovação legislativa padece de vício de inconstitucionalidade, não por eventual ofensa ao princípio da não culpabilidade, mas, sim, porque relativiza o princípio da soberania dos veredictos, ao ampliar a única exceção definida de revisão dos veredictos do Tribunal do Júri (aquela decorrente de condenação manifestamente contrária à prova dos autos), para afastar a aplicabilidade imediata da norma constitucional que recomenda pronto cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada. Com isso, verifica-se inconstitucionalidade em pelo menos 3 (três) das hipóteses de aplicação da norma em questão:

- a) Condenados pelo tribunal do júri em pena menor que 15 anos, o juiz mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva = afronta ao princípio da soberania dos veredictos.
- b) Condenados pelo tribunal do júri em uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos = preserva o princípio da soberania dos veredictos.
- c) O presidente poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas, se houver questão substancial cuja resolução pelo tribunal ao qual competir o julgamento possa plausivelmente levar à revisão da condenação = afronta ao princípio da soberania dos veredictos.
- d) Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação = afronta ao princípio da soberania dos veredictos.

Em realidade, só hipótese de manifesta incompatibilidade da condenação com a prova dos autos é que o princípio da soberania dos veredictos pode ser relativizado, levando-se o acusado a novo julgamento, o que encontra lógica com a própria concordância prática com a correção dos julgamentos, numa expressão da própria Justiça.

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

A anulação de decisão do tribunal do júri, por manifestamente contrária à prova dos autos, não viola a regra constitucional que assegura a soberania dos veredictos do júri (CF, art. 5º, XXXVIII, c), pois, in casu, a soberania dos vereditos é relativizada ante à possibilidade concreta de efetivação de uma injustiça, que seria a condenação de uma pessoa sem provas contundentes ou erro formal grave. A relativização do princípio da soberania dos veredictos, na hipótese, encontra razões materiais no próprio texto constitucional. Fora daí, não há margem para restrições formais no plano infraconstitucional à aplicabilidade do princípio constitucional da soberania dos veredictos, condicionando-o à quantidade da pena ou à natureza de “questão substancial” não identificada com a contrariedade manifesta da prova.

Assim vem decidido reiteradamente o STF:

“O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a submissão do acusado a novo julgamento popular não contraria a garantia constitucional da soberania dos veredictos”. Precedentes. Habeas Corpus nº 115977/DF, 1ª Turma do STF, Rel. Marco Aurélio. j. 24.10.2017, unânime, DJe 22.02.2018. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1142744/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Alexandre de Moraes. j. 10.09.2018, unânime, DJe 19.09.2018, AI nº 728.023/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 28.02.11). Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1031372/SP, 2ª Turma do STF, Rel. Dias Toffoli. j. 29.09.2017, unânime, DJe25.10.2017. Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 130690/SP, 1ª Turma do STF, Rel. Roberto Barroso. j. 11.11.2016, maioria, DJe 24.11.2016).

### **7. UMA CONCLUSÃO INEVITÁVEL**

Assim como a aplicação de uma norma constitucional deve se realizar em conexão com a totalidade das normas constitucionais em busca de uma concordância prática, não se pode conceber a existência de um princípio constitucional sem o reconhecimento de um espaço normativo que lhe confira eficácia jurídica na ordem vigente.

Por essa razão, condicionar a aplicação do princípio da soberania dos veredictos ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória equivale ao próprio esvaziamento do conteúdo nele impregnado – porque de ínfima interferência na eficácia social -, além da caracterização de patente violação à proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais em matéria criminal.

Nesse sentido, vale lembrar a lição do Ministro Gilmar Mendes em relação aos “mandatos constitucionais de criminalização”, no julgamento do HC 104.410/RS, julgado 06.03.2012, segundo o qual, “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). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”.

Dentro desse espírito, é fundamental que nossa Suprema Corte, no julgamento histórico que se desenvolve em plenário virtual, dentro de sua competência constitucional, faça a devida ponderação entre os princípios da não culpabilidade e da soberania dos veredictos, conferindo, a este último a sua devida efetividade, à luz da necessária concordância prática com as demais normas constitucionalmente convergentes na aplicação do caso concreto, reconhecendo-se a plena constitucionalidade da imediata execução do veredicto condenatório proferido pelo Tribunal do Júri, por inexistir afronta, na hipótese, ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Nos processos dos crimes dolosos contra a vida, mais que a ampla defesa, exigida em todo e qualquer processo criminal (art. 5º, inc. LV, da CF), vigora a plenitude de defesa. No júri, não apenas a defesa técnica, relativa aos aspectos jurídicos do fato, pode ser produzida. Mais que isso, dadas as peculiaridades do processo e o fato de que são leigos os juízes, permite-se a argumentação não jurídica, com referências a questões sociológicas, religiosas, morais, ou seja, argumentos que, normalmente, não seriam considerados se o julgamento fosse proferido por um juiz togado.

Ainda como consequência desse princípio, ressalta Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1946, p. 270), inclui-se o fato de os jurados serem tirados de todas as classes sociais para julgamento de seus pares, o que confere um tom democrático ao julgamento, em que sete pessoas decidem conforme as nuances da ideia de justiça presente em vários segmentos da sociedade.

A plena oportunidade para que o acusado exerça sua defesa no julgamento é, portanto, outro fator que se agrega para justificar a execução imediata da pena. A plenitude de defesa é algo que não se repete nas fases recursais, que, se insista, não revisitam o mérito a não ser em casos excepcionais. A apelação, que na regra geral é ampla e pode provocar a reanálise de tudo o que foi objeto do processo na primeira instância, no júri é muito restrita devido ao princípio da soberania dos veredictos. E os recursos especial e extraordinário, no júri como em qualquer outra situação, só podem ser interpostos se rigorosamente cumpridos seus diversos requisitos restritivos.

Consignamos, por fim, um dado histórico que não pode ser ignorado, principalmente num julgamento emblemático aqui comentado. A doutrina alerta que, em governos ditatoriais, umas das primeiras atitudes do governante é extinguir a soberania dos veredictos. Essa providência sintomática serve para ocultar de todos a lembrança viva de que o poder emana do povo. Vivemos esse cenário sombrio na nossa história recente, mais precisamente em duas oportunidades: em 1937 e em 1969. Na primeira supressão, a garantia foi restaurada apenas no final da década seguinte. Na segunda, a garantia retornou somente com a redemocratização (1988).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 090 - maio 2020

### **Fernando da Silva Comin**

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

### **Francisco Dirceu de Barros**

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Pernambuco

### **Mário Luiz Sarrubbo**

Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de São Paulo

## **2-Tema: Ações e estratégias adotadas no MPSP em razão do Covid19**

### **Monitoramento da violência doméstica e dos processos envolvendo violência doméstica e familiar**

O Núcleo de Gênero e o CAOCrim elaboraram a Nota Técnica “Raio X da violência doméstica durante isolamento: Um retrato de São Paulo” ([clique aqui](#)). Neste estudo, foram realizados levantamentos no período de 1 ano antes da pandemia e no período de 1 mês após a pandemia.

Constatou-se o aumento de 29,2% dos processos de medidas protetivas urgentes em um mês, muito superior ao aumento de 23,5% registrado durante um ano. Em relação às prisões em flagrante, constatou-se o aumento de 51,4% no primeiro mês de pandemia, sendo que no ano anterior houve queda de 10% das prisões em flagrante.

Um aspecto positivo do levantamento foi a constatação de que houve apenas 2 (dois) casos de prisão em flagrante por descumprimento de medida protetiva de urgência, o que revela a efetividade dessas medidas.

### **Atuação do Ministério Público na Casa da Mulher Brasileira**

Na Capital de São Paulo, a Casa da Mulher Brasileira concentra todos os serviços e atores do sistema de Justiça. O Ministério Público, representado pela Dra. Juliana Tucunduva, atua no atendimento a vítimas, presencial e virtual, bem como em pedidos de medidas protetivas de urgência, que podem ser concedidas para mulheres de todo o país, independentemente de registro de boletim de ocorrência.

### **Recomendação Administrativa – violência contra mulher e serviços essenciais**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 090 - maio 2020

A Promotoria Central de Enfrentamento à Violência Doméstica (GEVID Central) elaborou Recomendação Administrativa para assegurar, durante o período de situação de emergência, medidas em diversos âmbitos.

No âmbito da Assistência Social: informar os profissionais quanto aos riscos de agravamento da violência, manter o atendimento pelos serviços especializados, orientar profissionais que realizam abordagem social, manter o funcionamento das Casas de Acolhimento Provisório, garantir a celeridade do acolhimento institucional sigiloso, viabilizar a distribuição de equipamentos de proteção.

No âmbito da Política de Saúde: manter o atendimento pelos serviços de atenção à saúde sexual e reprodutiva, esclarecer profissionais quanto aos riscos de agravamento da violência doméstica, garantir serviços de saúde mental, adotar medidas de conscientização pública, aprimorar os canais de disseminação de informações da prefeitura, garantir repasses financeiros para os serviços.

Por fim, recomenda-se que a Municipalidade adote Protocolos de Atendimento às Situações de Violência de Gênero no espaço doméstico e familiar.

### **Atuação à distância em processos urgentes**

Desde o decreto de calamidade pública em São Paulo, em 21 de março de 2020, as Promotoras e Promotores de Justiça continuam a atuar à distância em todos os processos urgentes relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Divulgação e acompanhamento da implementação do Boletim de Ocorrência Eletrônico

Desde março, criou-se em São Paulo a possibilidade de registro de Boletim de Ocorrência Eletrônico para casos envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. O Ministério Público tem acompanhado essa implementação e encaminhado sugestões à Secretaria de Segurança Pública de São Paulo para aperfeiçoamento do sistema.

### **Recomendação da Corregedoria Geral de Justiça quanto às medidas protetivas urgentes.**

A Corregedoria Geral emitiu Recomendação com o seguinte teor:

“RECOMENDA, sem caráter vinculativo e respeitada a independência funcional e observadas as peculiaridades do caso concreto, que os membros do Ministério Público do Estado de São Paulo com atribuição para atuar em casos de violência doméstica e familiar, de natureza civil ou criminal, considerando o potencial risco de violência para mulheres em quarentena, adotem providências para assegurar a prorrogação das medidas protetivas de urgência concedidas com prazo determinado, independentemente de requerimento expresso da vítima, tendo-se por parâmetro o

## Boletim Criminal **Comentado** nº 090 - maio 2020

Formulário Nacional de Avaliação de Risco (Resolução Conjunta nº 5, de 3 de março de 2020 – CNJ e CNMP)

Recomenda, ainda, que atentem nos referidos procedimentos, que a concessão das medidas protetivas não está condicionada ao registro da ocorrência ou mesmo à instauração de inquérito policial”.

### **3 -Tema: Sentenciados em meio aberto - Recomendação n.º 62/20 CNJ e Ofício n.º 559 DMF-CNJ**

O Conselho Nacional de Justiça recomendou aos juízes de execução a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo das pessoas em liberdade provisória ou suspensão condicional do processo, além da suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, livramento condicional e penas restritivas, pelo prazo de 90 dias, em virtude da situação de pandemia decorrente da propagação do novo coronavírus (COVID-19) – Recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020.

Por meio do Ofício n.º 559 - DMF (0860143) o CNJ sugeriu aos Tribunais avaliarem a possibilidade de dispensar as atividades presenciais no âmbito das prestações de serviços à comunidade, decorrentes de condenação a penas restritivas de direitos, celebração de suspensão condicional do processo ou de acordo de não persecução penal, durante o prazo de 90 dias, ou enquanto perdurar a situação de emergência de saúde pública.

Contudo, o Corregedor Geral da Justiça do TJSP entendeu que eventual suspensão no cumprimento de condições de medidas cautelares e outras benesses ou mesmo da própria pena restritiva de direitos envolve matéria jurisdicional, e determinou a comunicação do ofício-recomendação aos magistrados com competência criminal, juizado especial criminal e execução criminal para conhecimento e eventual adoção.

Desse modo, é importante verificar em cada comarca qual foi a deliberação do juízo no tocante à matéria, pois não raras vezes, sentenciados recorrem ao Ministério Público, por e-mail ou telefone, a fim de obter informação sobre o cumprimento das condições fixadas nos benefícios referidos durante o período da pandemia.

### **4-Tema: Execução da pena de multa. Esclarecendo as dúvidas mais frequentes da semana**

Na última semana inúmeros colegas nos informaram que o local da prisão do sentenciado constante da certidão de sentença expedida no Juízo de Conhecimento não está atualizado.

## Boletim Criminal Comentado n° 090 - maio 2020

Na tentativa de resolver o problema, realizamos contato com a Juíza Assessora da Corregedoria-Geral da Justiça indagando a possibilidade do Corregedor-Geral expedir norma determinando ao cartório a realização de consulta no SIVEC antes da expedição da certidão; estamos aguardando resposta.

Sem prejuízo, sugerimos aos colegas do processo de conhecimento conversarem com os juízes respectivos sobre essa possibilidade, pois temos notícia de que em algumas comarcas esse diálogo solucionou a questão e o cartório passou consultar o SIVEC e informar na certidão o local da custódia atual do sentenciado.

De outro norte, é importante mencionar que o Provimento n.º 04/2020, que alterou as disposições das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça atinentes à execução da multa, não disciplinou o modo como o Ministério Público encaminhará a certidão ao Promotor das Execuções, sendo certo que não há no ESAJ campo próprio para tal encaminhamento.

O §1.º do artigo 479-B nas NSCGJ preconiza apenas que expedida a certidão no processo de conhecimento o oficial de justiça abrirá vista ao Ministério Público.

Desse modo, o Promotor que atuou no processo de conhecimento deverá salvar a certidão em PDF e encaminhá-la por e-mail para a Promotoria das Execuções Criminais do domicílio do sentenciado (se solto, onde declarou residir; se preso, na cidade onde está situado o estabelecimento em que se encontra custodiado, ainda que a execução da pena privativa de liberdade tramite em juízo diverso, por ex., sentenciado preso no CDP de São Bernardo do Campo, processo de execução da pena privativa de liberdade em tramite no DEECRIM da Capital, a certidão de sentença deve ser encaminhada à PJ das Execuções de São Bernardo do Campo).

Somente nos casos em que o sentenciado está solto não é encontrado no endereço informado nos autos (ou possui endereço desconhecido, morador de rua, por ex.) é que a certidão deve ser encaminhada por e-mail para a Promotoria das Execuções Criminais do Juízo da Condenação.

Importante aqui salientar que o Promotor do Conhecimento deve diligenciar junto ao Juízo para que na certidão de sentença constem as informações imprescindíveis para o ajuizamento da execução, tais como o valor da multa, a data do trânsito em julgado da condenação, o local da prisão e o endereço do sentenciado.

Nos termos do Aviso n.º 146/2020-PGJ-CGMP, a execução da multa será feita em ação autônoma, mediante peticionamento eletrônico inicial de primeiro grau, razão pela qual, não é obrigatório constar da certidão o número do processo de execução da pena privativa de liberdade do sentenciado.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 090 - maio 2020

Estando sentenciado preso, caso o Promotor das Execuções que recebeu a certidão opte por não executar a multa imediatamente, precisará diligenciar para obter o número do processo da execução da pena privativa de liberdade, a fim de peticionar postulando a juntada da certidão nos autos respectivos.

Na referida petição deverá constar expressamente que o Ministério Público quer apenas que a certidão permaneça nos autos, para futura execução da multa, quando o sentenciado obtiver o regime aberto, o livramento condicional ou terminar de cumprir a pena privativa de liberdade.

Fazemos tal observação porque juízes do DEECRIM de Ribeirão Preto costumavam devolver certidões de sentença que recebiam, invocando o artigo 8.º da Resolução n.º 616/2013, que exclui da competência das Unidades Regionais do Departamento Estadual de Execuções Criminais a execução de multa. Daí a necessidade de ficar bem claro na petição a intenção ministerial de apenas anexar a certidão nos autos para execução futura da multa, em processo autônomo.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 090 - maio 2020

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 -Tema: Decisão colegiada que confirma sentença condenatória interrompe prazo da prescrição**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou o entendimento de que o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. Por isso, o acórdão (decisão colegiada do Tribunal) que confirma a sentença condenatória, por revelar pleno exercício da jurisdição penal, interrompe o prazo prescricional, nos termos do artigo 117, inciso IV, do Código Penal. A decisão, por maioria, foi tomada no julgamento do Habeas Corpus (HC 176473), de relatoria do ministro Alexandre de Moraes.

#### **Devido processo legal**

De acordo com o artigo 117 do Código Penal – que, segundo o relator, deve ser interpretado de forma sistemática –, todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte. Assim, a decisão da pronúncia, em que o réu é submetido ao tribunal do júri (inciso II), a decisão confirmatória da pronúncia (inciso III) e “a publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis” (inciso IV) interrompem a prescrição.

"A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal, e o que existe na confirmação da condenação, muito pelo contrário, é a atuação do Tribunal", afirmou o ministro Alexandre de Moraes. "Conseqüentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal".

#### **Caso concreto**

O habeas corpus no qual a tese foi fixada foi impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU) em favor de um homem condenado em Roraima pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direitos. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) manteve a íntegra da sentença, e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) rejeitou o argumento da Defensoria de prescrição da pretensão punitiva.

Segundo a DPU, na época dos fatos (17/4/2015), o réu tinha 20 anos e, por isso, o prazo de prescrição deveria ser reduzido à metade. Como a sentença condenatória foi proferida em 13/4/2016, tendo em conta a pena em concreto e o lapso de dois anos a contar do último marco interruptivo (publicação da sentença), a prescrição da pretensão punitiva teria se dado em 13/4/2018. Para a Defensoria, o TRF-1 apenas chancelou a sentença condenatória e, portanto, o

## Boletim Criminal **Comentado** nº 090 - maio 2020

acórdão não poderia interromper a prescrição. Essa tese foi reiterada no HC impetrado no Supremo.

### **Divergência**

Entre outros argumentos, a DPU sustentou ainda que há divergência de entendimento entre a Primeira Turma e a Segunda Turma do STF. Por isso, pediu que a questão fosse submetida ao Plenário.

Tendo em vista a complexidade e importância da matéria, o ministro Alexandre de Moraes então reconsiderou a decisão monocrática pela qual havia indeferido o HC, para que o tema fosse discutido pelo Plenário na sessão virtual realizada entre 17 e 24/4.

### **Tese**

A tese fixada no julgamento foi a seguinte: "Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta".

Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Leia a [íntegra do voto do ministro Alexandre de Moraes](#).

### **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.

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

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

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.

Outra orientação sustenta que a interrupção do prazo prescricional se dá inclusive pelo acórdão que se limita a confirmar a condenação de primeira instância, diminuir 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 pelo STF.

**DIREITO PENAL:**

---

**1- Tema: Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Perda do controle do carro. Atropelamento na calçada. Causa especial de aumento de pena. Art. 302, § 1º, II, da Lei n. 9.503/1997.**

**INFORMATIVO 668 STJ- QUINTA TURMA**

A causa de aumento prevista no art. 302, § 1º, II, do Código de Trânsito Brasileiro não exige que o agente esteja trafegando na calçada, sendo suficiente que o ilícito ocorra nesse local.

No presente caso, o recorrente transitava pela via pública e, ao efetuar manobra, perdeu o controle do veículo subindo na calçada e atropelando as vítimas.

Alegou-se que a causa de aumento de pena deve estar dirigida aos casos em que o motorista sabe que, transitando pela calçada, deve ter maior atenção aos pedestres, e se não aplicando àqueles em que, ao perder o controle do veículo na rua, termina por atingir pedestre na calçada por mero infortúnio, cuja previsibilidade não era possível antever.

Ocorre que, sobre o tema, a doutrina leciona que "o aumento previsto no art. 302, parágrafo único, II, do Código de Trânsito Brasileiro será aplicado tanto quando o agente estiver conduzindo o seu veículo pela via pública e perder o controle do veículo automotor, vindo a adentrar na calçada e atingir a vítima, como quando estiver saindo de uma garagem ou efetuando qualquer manobra e, em razão de sua desatenção, acabar por colher o pedestre".

Nesse contexto, a norma não exige que o agente esteja trafegando na calçada, sendo suficiente que o ilícito ocorra nesse local, o que reveste a conduta de maior reprovabilidade, pois vem atingir o pedestre em lugar presumidamente seguro.

PROCESSO: AgRg nos EDcl no REsp 1.499.912-SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O homicídio culposo na direção de veículo automotor é tipificado no art. 302 do Código de Trânsito. O caput trata da forma básica e o § 1º elenca quatro majorantes, dentre as quais se insere a prática do crime na calçada. Como calçada se entende, nos termos do anexo I do CTB, a "parte da via, normalmente segregada e em nível diferente, não destinada à circulação de veículos, reservada ao trânsito de pedestres e, quando possível, à implantação de mobiliário urbano, sinalização, vegetação e outros fins".

## Boletim Criminal Comentado nº 090 - maio 2020

O motivo que justifica a exasperação da pena do crime praticado sobre a calçada (ou mesmo sobre a faixa de pedestres) é a preocupação do Código de Trânsito com os transeuntes, conforme observou Geraldo de Faria Lemos Pinheiro, membro da comissão que elaborou a Lei 9.503/97, ao consignar que “os pedestres não foram esquecidos e terão maior proteção, especialmente quando estiverem nas faixas a eles destinadas na via pública. É considerada infração gravíssima deixar de reduzir a velocidade do veículo de forma compatível com a segurança onde haja intensa movimentação de pedestres (art. 220, XIV), e também é gravíssima a infração quando o condutor deixar de dar preferência de passagem a pedestre que se encontre na faixa a ele destinada, que não tenha concluído a travessia, mesmo que ocorra sinal verde para o veículo (art. 214, I e II). Tem preferência o pedestre quando houver iniciado a travessia, mesmo que não haja sinalização a ele destinada (art. 214, IV), ou que esteja atravessando a via transversal para onde se dirige o veículo (art. 214, V)” (Enfim, o código: lei n. 9503, de 23.09.1997. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 60, p. 14- 15, nov. 1997).

A incidência da majorante no crime cometido sobre a calçada não pressupõe que o motorista esteja de fato trafegando sobre ela; basta que, por qualquer razão, o veículo se projete sobre a calçada e atinja o pedestre. De fato, o texto do art. 302, § 1º, inc. II não traz nenhum requisito a respeito do tráfego do veículo, limitando-se a punir mais gravemente o crime praticado sobre a calçada. Neste sentido, decidiu o STJ:

“No presente caso, o recorrente transitava pela via pública e, ao efetuar manobra, perdeu o controle do veículo subindo na calçada e atropelando as vítimas.

Alegou-se que a causa de aumento de pena deve estar dirigida aos casos em que o motorista sabe que, transitando pela calçada, deve ter maior atenção aos pedestres, e se não aplicando àqueles em que, ao perder o controle do veículo na rua, termina por atingir pedestre na calçada por mero infortúnio, cuja previsibilidade não era possível antever.

Ocorre que, sobre o tema, a doutrina leciona que “o aumento previsto no art. 302, parágrafo único, II, do Código de Trânsito Brasileiro será aplicado tanto quando o agente estiver conduzindo o seu veículo pela via pública e perder o controle do veículo automotor, vindo a adentrar na calçada e atingir a vítima, como quando estiver saindo de uma garagem ou efetuando qualquer manobra e, em razão de sua desatenção, acabar por colher o pedestre”.

Nesse contexto, a norma não exige que o agente esteja trafegando na calçada, sendo suficiente que o ilícito ocorra nesse local, o que reveste a conduta de maior reprovabilidade, pois vem atingir o pedestre em lugar presumidamente seguro” (AgRg nos EDcl no REsp 1.499.912/SP, j. 5/3/2020).

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 091

**Procurador-Geral de Justiça**  
Mário Luiz Sarrubbo

**Secretário Especial de Políticas Criminais**  
Arthur Pinto Lemos Junior

**CAOCRIM**  
Fernanda Narezi Pimentel Rosa  
Ricardo José Gasques de Almeida Silveiras  
Rogério Sanches Cunha  
Valéria Scarance  
Paulo José de Palma

**Analista Jurídica**  
Ana Karenina Saura Rodrigues

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1-Tema: RECURSO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERE OU REVOGA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. MAIS RECENTE ENUNCIADO DO CAOCRIM**

Discute-se o recurso cabível contra a concessão, revisão ou substituição de uma das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Para uma primeira corrente, aquele que se sentir prejudicado pela decisão deve impetrar agravo de instrumento, na forma do CPC, dirigido a uma das Câmaras do Tribunal de Justiça. Há, contudo, opiniões em sentido contrário. Partindo da premissa de que a medida protetiva de urgência é acessória do mérito da ação principal, e, se a Lei 11.340/2006 cravou aquela medida protetiva como instrumento de garantia da ordem pública no processo penal, para garantia da incolumidade da mulher violentada (não reiteração criminosa), entendem que as medidas protetivas em discussão são nitidamente de natureza penal e não cível, por força do objeto da ação principal – apuração de infração penal (crime ou contravenção penal). Tudo, então, a desafiar a sistemática recursal prevista no Código de Processo Penal, à luz das regras da taxatividade e adequação.<sup>1</sup>

Para nós, o cabimento do recurso contra as decisões que versam sobre as medidas protetivas de urgência está intrinsecamente ligado à esfera de aproximação penal ou civil das próprias medidas. Caso a medida protetiva seja de feição cível, a matéria deve ser analisada na seara cível, sendo cabível o recurso de agravo de instrumento a ser processado e julgado por Turma Cível do Tribunal de Justiça competente, afastando-se a competência da Turma Criminal [...] De outra banda, caso a medida protetiva possua feição penal, a decisão que versa sobre sua aplicação desafia a interposição do recurso em sentido estrito. Nesse sentido lecionam Lorena Araújo de Oliveira e Davi Valdetaro Gomes Cavalieri, no artigo sob o título “Cabimento de recursos nos juizados de violência contra a mulher” (Disponível em: \*[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)+. Acesso em: 10.8.2017).

Deve ser observado, ainda, que, na dúvida quanto ao recurso cabível e em face da divergência jurisprudencial, tem ampla aplicação o princípio da fungibilidade, devendo o recurso eventualmente interposto de forma equivocada ainda assim ser conhecido, por analogia ao art. 579 do Código de Processo Penal.

Posto isso, o CAOCRIM publicou na sua página oficial novo enunciado, nos seguintes termos:

---

<sup>1</sup> Carlos Eduardo Rios do Amaral: Agravo é via equivocada contra medida protetiva. Disponível em: [[www.conjur.com.br/2009-dez-25/agravo-via-equivocada-medida-protetiva-lei-maria-penha?](http://www.conjur.com.br/2009-dez-25/agravo-via-equivocada-medida-protetiva-lei-maria-penha?)]. Acesso em: 30.07.2012.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

### **ENUNCIADO 73: MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA - RECURSO**

**O recurso cabível da decisão que indefere ou revoga medida protetiva de urgência vinculada a inquérito policial ou processo criminal é o recurso em sentido estrito. Na hipótese de medida protetiva autônoma ou cível o recurso cabível é o agravo de instrumento.**

### **2-Tema: TEMAS DE EXECUÇÃO DA MULTA**

#### **EXECUÇÃO DA MULTA NO JECRIM**

Nos processos de competência do Juizado Especial Criminal, a execução da pena de multa aplicada isoladamente será iniciada com peticionamento eletrônico intermediário de 1º grau (Categoria: petições diversas; Tipo de petição: 7840-Execução da Multa Penal-JECRIM). Nesse caso, o próprio Promotor que atua perante o JECRIM promoverá a execução.

A execução da pena de multa aplicada cumulativamente será de competência da Vara de Execução Criminal e será iniciada pelo Promotor que atua perante a VEC do domicílio do sentenciado (ou da cidade em que ele está preso), com peticionamento eletrônico inicial de 1.º grau (Competência: Execução Penal-Multa; Classe: 386-Execução da Pena; Assunto Principal: 7792-Pena de Multa; Valor da ação: valor a ser executado), nos termos do Aviso 146/2020-PGJ-CGMP [clique aqui](#) para o Aviso.

#### **CALCULADORA PARA ATUALIZAÇÃO DA MULTA**

Pleiteamos ao Tribunal de Justiça acesso à calculadora existente no SIVEC, para viabilizar a atualização da multa antes do ajuizamento da execução. O Juiz Assessor da Presidência do Tribunal de Justiça já determinou à área de TI analisar a viabilidade de atender nosso pedido.

#### **CERTIDÃO DE SENTENÇA PARA EXECUÇÃO DA MULTA**

A respeito das certidões de sentença, importante mencionar que a Corregedoria-Geral da Justiça, nos termos de nossa solicitação, cuidará para que as certidões constem o local da prisão atual do sentenciado, consignando que os serventuários precisam cumprir as Normas da Corregedoria e alimentar o histórico de parte corretamente.

No tocante ao fluxo das Certidões de Sentença, alguns colegas encaminharam sugestões ao Núcleo de Execuções Criminais deste Centro de Apoio, para análise com vistas à normatização interna:

**1-** O Promotor do processo de conhecimento deverá diligenciar junto ao Juízo para que na Certidão da Sentença constem as informações necessárias e atualizadas para ajuizamento da execução da multa, em especial, descrição da infração de acordo com eventual acórdão que tenha reformado a



## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

sentença; último endereço do sentenciado constante dos autos; local da prisão atualizado; valor da multa e data do trânsito em julgado.

**2-** O Promotor do processo de conhecimento deverá requerer a retificação dos dados da Certidão de Sentença INCOMPLETA, INCORRETA ou DESATUALIZADA, e, somente após corrigida, encaminhá-la ao Promotor da Execução do domicílio do sentenciado (ou do local da prisão).

**3-** O Promotor de Execuções poderá devolver a Certidão de Sentença incompleta ou incorreta, que inviabilize o ajuizamento da execução da multa, ao Promotor do conhecimento para a devida regularização junto ao juízo do conhecimento.

**4-** O Promotor de Execuções, ao receber a Certidão de Sentença, deverá verificar se o sentenciado realmente se encontra custodiado em estabelecimento prisional sob jurisdição da VEC na qual atua. Caso verifique que o sentenciado foi transferido ou solto deverá encaminhar referida certidão ao Promotor de Execuções do foro do novo domicílio do sentenciado, observando-se o caráter a itinerante da Certidão da Sentença.

As sugestões serão analisadas pela Procuradoria-Geral de Justiça em conjunto com a Corregedoria.

### **TEMA 941 DA REPERCUSSÃO GERAL**

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o Tema 941 da Repercussão Geral, deu provimento ao Recurso Extraordinário n.º 972548, fixando a seguinte tese: “A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.” Plenário, Sessão Virtual de 24.4.2020 a 30.4.2020; Data do andamento: 4/5/2020.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

#### **1 – Tema: COVID-19 – Indeferidos os pedidos de habeas corpus para colocar presos idosos de SP em regime domiciliar:**

##### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Três habeas corpus coletivos impetrados pela Defensoria Pública (DP) de São Paulo, com o objetivo de colocar em liberdade ou em regime domiciliar presos idosos custodiados nas cidades paulistas de Iperó, Sorocaba e Capela do Alto, foram indeferidos pelos relatores no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nos três casos, a DP alegou que a medida seria necessária para prevenir a contaminação pelo novo coronavírus (Covid-19).

##### **Iperó**

O ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca indeferiu habeas corpus da Defensoria Pública de São Paulo que pedia a saída antecipada ou a concessão do regime domiciliar para todos os presos idosos da Penitenciária Odon Ramos Maranhão, em Iperó.

O habeas corpus foi impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que indeferiu o pedido sob o argumento de que não há na petição inicial a especificação dos presos que estejam sob suspeita ou, de fato, infectados pelo novo coronavírus, para justificar eventual colocação em liberdade ou em prisão domiciliar.

No habeas corpus dirigido ao STJ, a Defensoria Pública alegou que as condições no interior da penitenciária são precárias e que, com a grave crise de saúde pública causada pela Covid-19, os presos com idade superior a 60 anos são os que mais correm risco de contaminação. O pedido foi fundamentado também na Recomendação 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça – que orienta os magistrados a reavaliarem a necessidade da prisão provisória por causa da pandemia.

Ao indeferir o pedido, o relator, citando a decisão do ministro Rogerio Schietti Cruz no HC 567.408, destacou que o entendimento predominante no STJ é de que a pandemia deve ser sempre levada em conta na análise de pleitos de libertação de presos, mas isso não significa que todos devam ser liberados, pois ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social.

Para Reynaldo Soares da Fonseca, as decisões proferidas pelo juízo das execuções criminais e pelo desembargador relator no TJSP – contrárias à medida – apresentam fundamentação suficiente e idônea, não se configurando ilegalidade que autorize a concessão do habeas corpus pleiteado.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

### **Sorocaba**

Idêntico habeas corpus foi apresentado ao STJ pela Defensoria Pública de São Paulo, contra decisão do TJSP, para pedir a soltura antecipada ou a prisão domiciliar para todos os presos idosos do Centro de Detenção Provisória de Sorocaba, sob o argumento de que eles vêm sofrendo constrangimento ilegal por se encontrarem em ambiente de aglomeração que potencializa a sua vulnerabilidade à contaminação pela Covid-19.

O pedido foi indeferido pelo relator, ministro Sebastião Reis Júnior. Para ele, o habeas corpus não merece conhecimento, pois a impetrante não esgotou a instância ordinária, uma vez que não interpôs agravo contra a decisão monocrática do desembargador do TJSP que negou o pedido na origem.

"Não tendo as questões deduzidas neste writ sido apreciadas pelo tribunal a quo, inviável o seu exame por esta corte, sob pena de inadmissível supressão de instância", apontou.

O ministro destacou ainda que o STJ tem admitido o habeas corpus coletivo, mas em situações diferentes da analisada agora – como no HC 416.483, quando o ato coator era genérico (permitia busca e apreensão em comunidades do Rio de Janeiro, sem qualquer critério ou especificação), o que autorizou o uso do habeas corpus coletivo em favor dos moradores.

"Nenhuma das peculiaridades acontece no caso presente, no qual o grupo que se pretende beneficiar – presos idosos de um determinado estabelecimento prisional – não necessariamente se encontra em situação semelhante, o que impede, até mesmo, a análise da presente impetração", afirmou Sebastião Reis Júnior.

Segundo ele, "no grupo de eventuais beneficiados, certamente, encontram-se presos responsáveis por delitos leves, graves (mas sem violência) e graves (com uso da violência), ou mesmo por crimes que, pela própria natureza (feminicídio, por exemplo), não recomendam, dependendo da circunstância em que foram praticados, o retorno do criminoso ao próprio lar".

### **Capela do Alto**

Um terceiro habeas corpus coletivo, com pedido de liminar, com os mesmos argumentos dos anteriores, foi impetrado pela Defensoria Pública de São Paulo em favor dos presos idosos do Centro de Detenção Provisória de Capela do Alto. O pedido foi negado pelo ministro Nefi Cordeiro.

O relator explicou que a concessão de liminar em habeas corpus é medida excepcional e somente é cabível quando há evidente constrangimento ilegal – o que não foi observado no caso em análise.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

Segundo o ministro, como o habeas corpus impetrado na origem foi indeferido de forma monocrática pelo relator no TJSP, e não há decisão de órgão colegiado daquela corte sobre eventual recurso interno, não cabe o habeas corpus apresentado ao STJ.

"Isso porque seria necessária a interposição do recurso adequado perante o TJSP para submissão do respectivo decisum ao colegiado competente, de modo a exaurir a instância antecedente" – afirmou Nefi Cordeiro, acrescentando que a apreciação do pedido pelo STJ caracterizaria supressão de instância.

**Leia** as decisões nos HCs 575.315, 575.314 e 576.036.

### **DIREITO PENAL:**

---

#### **1-Tema: Posse de drogas para consumo próprio não obriga revogação da suspensão condicional do processo**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A instauração de ação penal por posse de droga para consumo próprio – crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) –, no curso do período de prova, é causa de revogação facultativa da suspensão condicional do processo.

Com esse entendimento, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) cassou acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que concluiu que, em tal situação, a suspensão do processo deveria ser revogada obrigatoriamente.

Com a decisão, a Quinta Turma encaminhou o processo para que o juiz de primeira instância analise se é o caso de revogar a suspensão condicional do processo ou de declarar a extinção da punibilidade, caso tenham sido cumpridas todas as obrigações impostas ao acusado.

Após o TJSP ter concluído pela revogação obrigatória do benefício, o acusado entrou com recurso especial, no qual apontou as peculiaridades do crime de posse de drogas para consumo próprio, lembrando que o artigo 28 da Lei 11.343/2006, inclusive, tem sua constitucionalidade questionada perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

O recorrente defendeu que o delito de posse de drogas tenha o mesmo efeito para a suspensão do processo que a contravenção penal, com a aplicação ao seu caso da regra do parágrafo 4º do artigo 89 da Lei 9.099/1995, pois as consequências da conduta descrita no artigo 28 da Lei de Drogas são até mais amenas do que as de uma contravenção.

#### Precedentes

O ministro Ribeiro Dantas, relator do recurso, observou que, como registrado pelo acórdão do TJSP, a posse de drogas para consumo próprio não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada. Em tese, a prática dessa conduta geraria os mesmos efeitos secundários que qualquer outro crime, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão do processo.

Entretanto, de acordo com o ministro, a Sexta Turma definiu em 2018 que a condenação por posse de drogas para consumo próprio não deve constituir causa de reincidência.

"Vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343/2006, justamente por não configurar a reincidência, não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos", explicou o relator ao citar precedentes da Quinta e da Sexta Turmas.

### Proporcionalidade

Ribeiro Dantas afirmou que o entendimento pela não caracterização da reincidência se baseia na comparação entre o crime do artigo 28 e a contravenção penal: como a contravenção não gera reincidência, "revela-se desproporcional considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio".

Segundo o ministro, igualmente se mostra desproporcional que a mera existência de ação penal por posse de drogas para consumo próprio torne obrigatória a revogação da suspensão condicional do processo, enquanto a ação por contravenção dá margem à revogação facultativa.

Afinal, explicou o relator, embora a posse de drogas ainda seja crime, ela é punida com advertência, prestação de serviços e comparecimento a cursos educativos, enquanto a prática de contravenção leva à prisão simples em regime aberto ou semiaberto.

Leia o **acórdão**.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):REsp 1795962.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 89 da Lei 9.099/95 permite a suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano. O processo pode ser suspenso por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (sursis).

Como todo benefício de natureza semelhante, a suspensão condicional do processo pode ser revogada. Dá-se obrigatoriamente a revogação se, no curso do prazo, o beneficiário vem a ser processado por outro crime ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano (art. 89, § 3º). Por outro lado, pode ocorrer a revogação se o acusado é processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumpre qualquer outra condição imposta (art. 89, § 4º).

Em tese, o indivíduo que, no curso da suspensão, é processado por posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06) deve ter o benefício revogado, pois, segundo a orientação dominante, condutas relacionadas a drogas para uso continuam criminosas, embora não sejam punidas com privação da liberdade.

Ocorre que, ultimamente, o STJ tem mitigado alguns efeitos decorrentes do crime de posse de drogas para consumo. Na visão do tribunal, a condenação por esse crime não provoca os efeitos da

## Boletim Criminal Comentado nº 091 - maio 2020

reincidência. Argumenta-se que não se justifica que a condenação por posse de drogas para consumo pessoal 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” (HC 453.437/SP, j. 4/10/2018).

Como invocou a contravenção penal para decidir sobre a reincidência, o STJ fez o mesmo a respeito da revogação da suspensão condicional do processo, que, como vimos, é facultativa na situação em que alguém é processado por contravenção:

“Em princípio, ressalte-se que a conduta prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não foi descriminalizada, mas apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, razão pela qual a sua prática tem aptidão para gerar os mesmos efeitos secundários que uma condenação por qualquer outro crime gera, como a reincidência e a revogação obrigatória da suspensão condicional do processo, conforme previsto no artigo 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995.

Todavia, quanto ao crime descrito no artigo 28 da Lei de Drogas, cumpre destacar que importantes ponderações no âmbito desta Corte Superior têm sido feitas no que diz respeito aos efeitos que uma condenação por tal delito pode gerar.

Em recente julgado deste Tribunal entendeu-se que “em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência” (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/8/2018, DJe 30/8/2018).

Nesse sentido, vem-se entendendo que a prévia condenação pela prática da conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não configura reincidência e, assim não pode obstar, por si só, a concessão de benefícios como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da mesma lei ou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O principal fundamento para este entendimento toma por base uma comparação entre o delito do artigo 28 da Lei de Drogas e a contravenção penal, concluindo-se que, uma vez que a contravenção penal (punível com pena de prisão simples) não configura a reincidência, revela-se desproporcional

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

considerar, para fins de reincidência, o prévio apenamento por posse de droga para consumo próprio (que, embora seja crime, é punido apenas com advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, ou seja, medidas mais amenas).

Adotando-se tal premissa, mostra-se desproporcional que o mero processamento do réu pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 torne obrigatória a revogação da suspensão condicional do processo (art. 89, § 3º, da Lei n. 9.099/1995), enquanto que o processamento por contravenção penal (que tem efeitos primários mais deletérios) ocasione a revogação facultativa (art. 89, § 4º, da Lei n. 9.099/1995). Assim, é mais razoável que o fato da prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 seja analisado como causa facultativa de revogação do benefício da suspensão condicional do processo, cabendo ao magistrado proceder nos termos do § 4º do artigo 89 da Lei n. 9.099/2006 ou extinguir a punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/1995), a partir da análise do cumprimento das obrigações impostas” (REsp 1.795.962/SP, j. 10/3/2020).

**2- Tema: Porte de arma branca. Contravenção penal. Art. 19 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Conduta típica.**

### **INFORMATIVO 668 STJ- QUINTA TURMA**

O porte de arma branca é conduta que permanece típica na Lei das Contravenções Penais.

Como cediço, em relação às armas de fogo, o art. 19 da Lei de Contravenção Penal foi tacitamente revogado pelo art. 10 da Lei n. 9.437/1997, que, por sua vez, também foi revogado pela Lei n. 10.826/2003. Assim, o porte ilegal de arma de fogo caracteriza, atualmente, infração aos arts. 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento, conforme seja a arma permitida ou proibida.

Entretantes, permaneceu vigente o referido dispositivo do Decreto-lei n. 3.688/1941 quanto ao porte de outros artefatos letais, como as armas brancas.

Desse modo, a jurisprudência do STJ é firme no sentido da possibilidade de tipificação da conduta de porte de arma branca como contravenção prevista no art. 19 do Decreto-lei n. 3.688/1941, não havendo que se falar em violação ao princípio da intervenção mínima ou da legalidade

PROCESSO: RHC 56.128-MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 10/3/2020, DJe 26/3/2020.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

O Decreto-lei 3.688/41 pune, no art. 19, a conduta de trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade.

O dispositivo não especifica a natureza da arma que o agente deve trazer consigo para que se caracterize a contravenção. Tratando-se de arma de fogo, obviamente esta infração cede seu lugar à Lei 10.826/03, que trata do porte ilegal em dois dispositivos, conforme a arma seja de uso permitido, restrito ou proibido (arts. 14 e 16). Conclui-se, portanto, que a contravenção pode abranger somente as denominadas “armas brancas”, assim consideradas tanto as próprias, como facas, punhais e espadas, quanto as impróprias, que, embora não produzidas com a finalidade de ataque, podem ser utilizadas com eficácia para esse fim, como machados e martelos, por exemplo.

Mas há controvérsia a respeito da vigência do art. 19 também para punir o porte de arma branca. Recentemente, o STJ decidiu que a punição é plenamente possível:

“Como cediço, em relação às armas de fogo, o art. 19 da Lei de Contravenção Penal foi tacitamente revogado pelo art. 10 da Lei n. 9.437/1997, que, por sua vez, também foi revogado pela Lei n. 10.826/2003. Assim, o porte ilegal de arma de fogo caracteriza, atualmente, infração aos arts. 14 ou 16 do Estatuto do Desarmamento, conforme seja a arma permitida ou proibida.

Entretantes, permaneceu vigente o referido dispositivo do Decreto-lei n. 3.688/1941 quanto ao porte de outros artefatos letais, como as armas brancas.

Desse modo, a jurisprudência do STJ é firme no sentido da possibilidade de tipificação da conduta de porte de arma branca como contravenção prevista no art. 19 do Decreto-lei n. 3.688/1941, não havendo que se falar em violação ao princípio da intervenção mínima ou da legalidade” (RHC 56.128/MG, j. 10/3/2020).

No entanto, para Guilherme de Souza Nucci o dispositivo não tem eficácia em nenhuma situação, pois a utilização de armas brancas não é regulamentada por lei, o que torna impossível que alguém consiga uma licença da autoridade e que, portanto, cumpra o requisito para não ser punido:

“Não há lei regulamentando o porte de arma branca de que tipo for. Logo, é impossível conseguir licença da autoridade para carregar consigo uma espada. Segundo o disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal, ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há outro ponto importante. Cuida-se de tipo penal incriminador, razão pela qual não pode ficar ao critério do operador do direito aplicá-lo ou não, ao seu talante. Primamos pela legalidade (não há crime – ou contravenção – sem prévia definição legal) e não encontramos lei alguma que disponha sobre o tema.

## Boletim Criminal Comentado nº 091 - maio 2020

\*...+

Parece-nos, pois, que não se pode privar um cidadão de trazer consigo, onde bem entenda, em outra ilustração, uma faca de caça (mais vulnerante que um punhal) ou um simples martelo, pretendendo puni-lo por contravenção penal e dando margem a uma infinita e discutível argumentação de que tal medida seria instrumento de contenção da violência. Pior: a aplicação da contravenção penal de porte de arma branca ficaria dependente da análise da vontade do agente: se carrega a faca de caça para caçar, não há infração penal; se a porta para o fim de, eventualmente, agredir alguém, cuida-se de contravenção. O tipo penal do art. 19 da Lei das Contravenções Penais sempre teve como meta primordial impedir o porte ilegal de arma de fogo. Quando, para este tipo de arma, deixou de existir, devemos ter extrema cautela ao defender sua vigência para outros instrumentos, não regulados por lei para qualquer fim (desde a fabricação até o porte). Não se trata, igualmente, de norma penal em branco, pois não há relação de armas válida para preencher o tipo. Ainda que se argumente que já houve proibição de porte de punhal, por exemplo, pode-se, claramente, notar que uma foice (material de trabalho de muito agricultor) pode ser mais vulneral que referido punhal e, decididamente, não é arma destinada à ofensividade. Não podemos concordar com a falta de taxatividade deste tipo, deixando ao alvedrio do agente policial, ao deparar-se com um cidadão caminhando pela rua com uma foice atrelada à cinta, prendê-lo ou não, conforme sua interpretação. Estaria esse sujeito indo ao trabalho, com o instrumento que utiliza para exercê-lo, ou pretenderia agredir terceiros? Essa pergunta não pode ser respondida ao sabor das vontades e segundo a experiência pessoal de cada um” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, vol. 1, p. 119-120).

**MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

**1- Tema: CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO. CRIME DE COMERCIALIZAÇÃO ILEGAL DE BOTIJÕES DE GÁS. LEI 8.176/91. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. TESE PACIFICADA NO STJ.**

Código de Processo Penal, art. 28

Autos n.º 1502430-45.2020.8.26.0228 – MM. Juízo do DIPO 4 (**Comarca da Capital**)

Indiciado: ISRAEL JOSE DA SILVA

Assunto: arquivamento indireto

Cuida-se de investigação penal instaurada a partir da lavratura de auto de prisão em flagrante, visando à apuração dos delitos do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.176/91 e art. 244-B do ECA, cometidos, em tese, por ISRAEL JOSE DA SILVA, que foi surpreendido por policiais civis em seu estabelecimento comercial em 30 de janeiro de 2020, por volta das 16h, na Rua Itajubaquara, 499, Vila Andrade, Município de São Paulo, na companhia de dois adolescentes, armazenando 89 (oitenta e nove) botijões de gás destinados a vendas clandestinas, não possuindo documentação para comercialização do referido produto (auto de exibição e apreensão a fls. 9, auto de depósito a fls. 22).

Laudo pericial do local dos fatos foi juntado as fls. 63/66.

Relatado o feito, foi remetido à 2ª Vara de Crimes Tributários, Organização Criminosa e Lavagem de Bens e Valores da Capital, tendo o Douto Promotor de Justiça entendido pela incompetência daquele D. Juízo, que determinou a remessa dos autos a uma das Varas Criminais Comuns da Capital (fls. 83/86).

A Douta Promotora de Justiça recipiente entendeu que os fatos apurados neste inquérito configuram crime contra os interesses a União, razão pela qual requereu o envio dos autos à Justiça Federal (fls. 107/111).

A MM. Juíza, contudo, discordando da solução adotada, indeferiu o pleito de remessa dos autos, encaminhando a questão para análise desta Chefia Institucional, nos termos do art. 28 do CPP (fls. 113/121).

Eis a síntese do necessário.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

Registre-se, inicialmente, que, muito embora não tenha havido pedido formal de arquivamento dos autos, tem-se em vista o chamado “arquivamento indireto”. Tal figura ocorre justamente quando o Representante do Ministério Público declina de sua atribuição e pugna pelo envio do procedimento a outro juízo supostamente competente e o julgador, discordando do pleito, o indefere.

Desse modo, não pode o magistrado simplesmente obrigar o promotor de justiça a examinar o mérito da causa, promovendo o arquivamento do inquérito ou oferecendo denúncia, sob pena de violar o princípio da independência funcional, mas, sobretudo, o princípio da demanda.

A solução viável em tais situações, portanto, só pode ser a aplicação analógica do art. 28 do CPP.

EUGÊNIO DE OLIVEIRA PACELLI e DOUGLAS FISCHER ponderam a respeito do tema que a solução, na falta de dispositivo expresso na legislação, partiu da jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

“Assentou-se, então, que o juiz, não concordando com a manifestação ministerial, deveria valer-se do disposto no art. 28 do CPP (art. 62, LC n. 75/93, no âmbito do Ministério Público Federal), submetendo a questão à instância de revisão do respectivo parquet. O entendimento ali adotado determinaria, então, ou a designação de outro membro para o oferecimento de denúncia, ou a remessa dos autos ao juiz cuja competência tenha sido apontada na manifestação do Ministério Público. Por isso, por não se tratar propriamente de um arquivamento, já que não se alega a ausência de crime e nem de provas de sua existência, cunhou-se a expressão arquivamento indireto, cujo maior mérito é, repetimos, apresentar uma solução para o então insuperável entrave na persecução penal” (Comentários ao Código de Processo Penal e Sua Jurisprudência, São Paulo, Atlas, 2012, p. 76).

Pois bem.

A razão se encontra com a MM. Juíza, com a máxima vênia da Ilustre Representante Ministerial; senão, vejamos.

Os fatos apurados até o presente momento indicam que o indiciado mantinha em depósito, para comercialização, 89 botijões de gás em desconformidade com as

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

especificações normativas e sem autorização da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), autarquia federal.

Contudo, tal conduta não acarreta prejuízos aos interesses da União, mas sim ao consumidor final do produto comercializado e, desta forma, a competência para julgamento é da Justiça Estadual.

Nesse sentido, o posicionamento do C. Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS (LEI N. 8.176/1991, ART. 1º, INC. I). INTERESSE DA UNIÃO. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Ressalvada a hipótese de a conduta delituosa ter sido praticada "em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas" (CR, art. 109, IV), compete à Justiça estadual processar e julgar ação penal em que ao réu é imputado o crime do inc. I do art. 1º da Lei n. 8.176/1991 ("adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico, hidratado carburante e demais combustíveis líquidos carburantes, em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei"). 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande/SP, ora suscitado. (CC 132.834/SP, Relator Ministro Newton Trisotto - Desembargador Convocado do TJ/SC, DJe de 03/6/2015)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL X JUSTIÇA FEDERAL. INQUÉRITO POLICIAL. COMERCIALIZAÇÃO DE 25 BOTIJÕES DE GÁS EM RESIDÊNCIA, SEM A NECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO. ART. 1º, I, LEI 8.176/91. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE OFENSA A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO, DE SUAS AUTARQUIAS OU EMPRESAS PÚBLICAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que, como as Leis 8.137/90 e 8.176/91, que tratam de crimes contra a ordem econômica, não definiram a competência para o processo e julgamento dos crimes nelas previstos, compete, em regra, à Justiça Estadual o exame de crimes nelas previstos. 2. O eventual deslocamento da competência para o julgamento de tais delitos para a Justiça Federal depende da demonstração de ofensa direta a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos exatos termos do inciso IV do art. 109 da Carta Magna, o que se daria, por exemplo, diante de eventual dano ou ameaça de dano que tivesse o condão de atingir vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais. 3.

## Boletim Criminal Comentado nº 091 - maio 2020

Precedentes: HC 117.169/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 19/02/2009, DJe 16/03/2009; CC 132.834/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (Desembargador convocado do TJ/SC), Terceira Seção, julgado em 27/05/2015, DJe 03/06/2015; CC 122.341/PB, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 11/06/2012; CC 56.193/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, Terceira Seção, julgado em 11/02/2009, DJe 05/03/2009; CC 34.734/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Terceira Seção, julgado em 26/06/2002, DJ 26/08/2002, p. 160. 4. Situação em que, após denúncia anônima de venda ilegal de gás natural, a investigada foi flagrada, em sua residência, com 25 (vinte e cinco) botijões de GLP P13, dos quais 20 (vinte) estavam vazios e 5 (cinco) cheios. 5. Mesmo que a ilegalidade da conduta exsurja da ausência de autorização necessária da Agência Nacional de Petróleo, para realizar distribuição ou revenda de gás natural, o contexto dos fatos somente revela a necessidade de atuação fiscalizatória da autarquia federal reguladora, mas não deixa entrever prejuízo a ela causado ou dano que ultrapasse a localidade. 6. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da 7ª vara Criminal de Cuiabá/MT, para conduzir o inquérito policial. (CC 152.511/MT, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2017, DJe 26/06/2017)

Apenas para ilustrar, vale destacar que o E. Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu, em caso análogo, sua competência para julgamento do delito capitulado no art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.176/91:

APELAÇÃO CRIMINAL. Crimes Contra a Ordem Econômica. Venda de botijões de gás sem autorização e sem observância das normas do órgão administrativo. Artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.176/91. Crime continuado. Sentença Condenatória. Ministério Público apela requerendo que seja majorada a pena acima do patamar mínimo, em virtude do crime continuado. Com razão. Autoria e materialidade sobejamente comprovadas. Relato coeso e harmônico dos policiais imputa ao acusado a prática delitiva. Réu confesso. Dosimetria comporta reparo. De rigor aumentar o patamar da continuidade delitiva. Foram praticados, pelo menos, 33 (tinta e três) infrações. Fixado o regime aberto. Pena corporal substituída por duas restritivas de direitos. Sentença reformada Recurso provido. (TJSP; Apelação Criminal 0000366-07.2018.8.26.0617; Relator (a): Andrade Sampaio; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jacareí - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 19/9/2019; Data de Registro: 9/10/2019)

## Boletim Criminal **Comentado** nº 091 - maio 2020

Diante do exposto, conhece-se da presente remessa, reconhecendo tratar-se de delito da competência da Justiça Estadual, devendo, como consequência, a *opinio delicti* ser formada no seio da 2ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital.

A controvérsia nos termos ora analisados não colide com eventual opinião delitiva a ser deduzida pelo promotor natural, motivo por que não se afigura necessária a designação de outro membro ministerial para atuar em seu lugar.

São Paulo, 4 de maio de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 092

**Procurador-Geral de Justiça**  
Mário Luiz Sarrubbo

**Coordenador do CAO Criminal**  
Arthur Pinto Lemos Junior

**Assessores**

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

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues



## Boletim Criminal **Comentado** n° 092 - maio 2020

### **AVISOS**

---

#### **DADOS DA SAP COVID-19**

O Núcleo de Execuções Criminais do CAOCRIM solicitou à SAP informação semanal referente à pandemia de COVID-19 nas unidades prisionais, indicando o número de casos suspeitos, confirmados e óbitos de presos e servidores em cada estabelecimento prisional.

As informações já estão sendo enviadas a todas as Promotorias Criminais e de Execuções Criminais do Estado, além das Procuradorias de Justiça de Habeas Corpus e Criminais. Para acesso às planilhas de 13/05/20 [clique aqui](#).

#### **GRUPO DE TRABALHO –EXECUÇÃO DA MULTA**

Diante do advento da Lei n.º 13.964/19, que conferiu nova redação ao artigo 51 do Código Penal, preconizando que a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor; bem como do julgamento da ADI 3150, que reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a execução da multa, a pedido do Secretário Especial de Políticas Criminais, foi criado Grupo de Trabalho para realizar estudos e oferecer propostas relacionadas à execução da pena de multa, especialmente no que tange à fixação de eventual piso mínimo a ser executado.

O Grupo de Trabalho será integrado por um Procurador de Justiça; três assessores da Corregedoria-Geral do Ministério Público; três Promotores de Justiça assessores do CAOCRIM e três Promotores de Justiça Criminais, sendo dois do interior e um da Capital.

O prazo para conclusão dos trabalhos será de 120 dias, a partir da primeira reunião do Grupo, prorrogáveis a requerimento do Grupo. A conclusão deverá ser apresentada ao Procurador-Geral de Justiça e à Corregedoria-Geral do Ministério Público, para análise conjunta.

Para acesso à Portaria n.º 5.363/2020-PGJ, de 13 de maio de 2020, [clique aqui](#).

## ESTUDOS DO CAOCRIM

---

### 1– Tema: Roubo com emprego de arma de fogo com numeracao raspada. Majorante pertinente

De acordo com o § 2º-B, inserido no art. 157 pela Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), a pena do caput é aplicada em dobro se a arma de fogo empregada for de uso restrito ou proibido.

Destaca-se inicialmente que não se trata de circunstância qualificadora, mas sim de majorante, pois não se estabelece nova cominação que serve de base para o juiz aplicar o critério trifásico. Ao dispor que a pena se aplica em dobro, a lei impõe, tal como seria se o aumento fosse de 1/3, 1/2 ou 2/3, que o juiz majore a pena na terceira fase de aplicação.

Na definição apresentada pelo art. 2º, inc. II, do Decreto 9.847/19, são de uso restrito as armas de fogo automáticas e as semiautomáticas ou de repetição que sejam: **a)** não portáteis; **b)** de porte, 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; **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.

De acordo com o art. 2º, inc. III, do mesmo decreto, são de uso proibido: **a)** as armas de fogo assim classificadas em acordos e tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja signatária; **b)** as armas de fogo dissimuladas, com aparência de objetos inofensivos.

Note-se que o texto da majorante especifica a arma de fogo de uso restrito ou proibido, omitindo-se em relação àquela de uso permitido, mas com características modificadas de forma a torná-la equivalente à de uso restrito.

Neste caso, em que o assaltante utiliza um instrumento de uso permitido modificado e municiado com projéteis de uso restrito, certamente haverá quem considere impossível subsumir a conduta à majorante sem ofensa ao princípio da reserva legal. Pensamos, no entanto, que pode ser aplicado aqui raciocínio semelhante ao desenvolvido pelo STJ a respeito da caracterização da falta grave cometida pelo preso que mantém sob sua posse acessórios de aparelhos telefônicos. Com efeito, a Lei de Execução Penal pune o preso que possui aparelho telefônico, de rádio ou similar, mas nada menciona acerca de acessórios como baterias, chips e carregadores. O STJ estende a incidência da regra a quem possui os acessórios sob o fundamento de que se trata de objetos imprescindíveis ao funcionamento dos aparelhos e que, por isso, exigem a devida coibição. Nesta causa de aumento do roubo o que importa é a potencialidade lesiva do projétil que pode atingir a vítima e lhe provocar danos maiores. Pouco importa se o mecanismo de disparo era originalmente de uso permitido, pois o potencial de dano está no objeto disparado. Deste modo, sob pena de insuficiente

## Boletim Criminal **Comentado** nº 092 - maio 2020

proteção ao bem jurídico, a nosso ver a expressão “arma de fogo de uso restrito” deve ser compreendida como sendo tanto o artefato assim classificado pela legislação quanto o de uso permitido modificado para aumentar sua potência.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 – Tema: STF julga se Tribunal pode determinar novo júri de réu absolvido contra as provas dos autos**

O ministro Alexandre de Moraes divulgou a íntegra de seu voto no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 170559, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Tribunal do Júri pode realizar nova deliberação em processo-crime julgado de forma contrária às provas. A decisão foi tomada por maioria de votos na sessão de 10/3, quando foi discutida a possibilidade de o Ministério Público recorrer de julgamento em que o Júri absolve o réu, mesmo após admitir a existência de materialidade e de indícios de autoria ou participação no delito. O ministro Alexandre de Moraes divergiu do relator, ministro Marco Aurélio, e seu voto foi seguido pelos demais ministros.

[Clique aqui.](#)

**DIREITO PENAL:**

---

**1 – Tema: Teses do STJ sobre a Lei de Drogas**

**a) Para a configuração do delito de tráfico de drogas previsto no caput do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é desnecessária a aferição do grau de pureza da substância apreendida.**

A constatação de que determinada substância apreendida contém o princípio ativo de uma das drogas elencadas na norma administrativa é feita por meio de exame pericial, inicialmente pelo laudo de constatação, de elaboração simplificada, necessário para a prisão em flagrante, e posteriormente pelo laudo definitivo, mais completo e utilizado como fundamento para a condenação (embora ultimamente sua exigência tenha sido dispensada em situações nas quais o laudo de constatação é suficiente para comprovar definitivamente a materialidade delitiva).

Tratando-se do exame de constatação ou do definitivo, o trabalho do perito consiste em estabelecer se a substância remetida para análise contém droga em sua fórmula. A lei não exige que se examine o grau de pureza da droga para estabelecer seu poder viciante e, a partir deste dado, abrir caminho para a punição. E seria mesmo inviável que assim se procedesse, porque o fato de a droga ter baixo grau de pureza não significa que tenha baixo potencial lesivo, tendo em vista especialmente que indivíduos reagem de formas diversas à ingestão de substâncias que provocam dependência. E, tratando-se de crime de perigo abstrato e de acentuada gravidade, com consequências no geral nefastas, é necessário que a punição abranja o máximo possível de situações que possam se subsumir à lei. Caso a intenção fosse punir somente o tráfico de drogas de elevada pureza, o legislador teria elaborado fórmula típica com esta característica.

“1. Para a configuração do delito de tráfico de drogas é desnecessária a aferição do grau de pureza da droga apreendida, no caso, a cocaína. 2. Conforme ressaltado pelo Parquet estadual, “no crime de tráfico de entorpecentes é necessário se apurar a natureza e a quantidade da substância ou produto apreendidos, mas é irrelevante quantificar quantas dose poderiam ser produzidas com a substância proscrita, até porque esse ‘varejo’ varia de acordo com o traficante que faz a mistura para venda” (fl. 227). 3. In casu, no laudo realizado, em resposta aos quesitos n. 1, 2 e 3, o expert constatou que “a descrição e a massa líquida do material recebido encontram-se apresentadas no item 1 – MATERIAL RECEBIDO. Os testes descritos no item III – EXAMES, efetuados nas 10 (dez) amostras encaminhadas, resultaram todos positivos para a substância COCAÍNA, na forma de sal de cocaína” (RHC 57.526/SP, j. 25/8/2015).

**b) É possível a aplicação do princípio da consunção entre os crimes previstos no § 1º do artigo 33 e/ou no artigo 34 pelo tipificado no caput do artigo 33 da Lei 11. 343/2006, desde que não**

**caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta.**

O *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06 pune condutas relativas ao tráfico de drogas propriamente dito, tanto consistentes no efetivo comércio quanto em procedimentos anteriores que tenham por fim a traficância (importação, exportação, fabricação, preparação, transporte, etc.). O § 1º do mesmo dispositivo pune o tráfico equiparado, abarcando condutas relativas a matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; ao semeio, cultivo ou colheita de plantas que se sejam matéria-prima para a preparação de drogas; e à utilização de local ou bem de qualquer natureza de que o agente tem propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, bem como ao consentimento para que outrem se utilize do local, ainda que gratuitamente, para o tráfico ilícito de drogas.

O art. 34, por sua vez, tipifica condutas relativas ao tráfico de maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas.

Analisando os tipos penais, vê-se que suas condutas podem ser cometidas tanto no mesmo quanto em contextos fáticos totalmente diversos.

Com efeito, é plenamente possível que determinado indivíduo adquira um imóvel, maquinários e instrumentos para fabricar e preparar drogas, adquira a matéria prima, prepare a droga e efetue a venda para que alguém a distribua aos usuários. Temos aqui condutas correspondentes aos três tipos penais cometidas no mesmo contexto fático, o que faz incidir o princípio da consunção para que o agente seja punido apenas por sua finalidade última: o tráfico de drogas.

Se, no entanto, as múltiplas condutas são cometidas em contextos diversos, impõe-se o concurso de delitos, como ocorre, por exemplo, se constatado que alguém cede um imóvel para o comércio de drogas e, em outro local, toma parte na aquisição de matéria prima para a produção de drogas, enquanto se associa com outra pessoa para vender drogas provenientes de um fornecedor internacional. São três crimes absolutamente distintos, que atraem o concurso.

E, mesmo que diversas condutas se reúnam em contexto aparentemente único, é possível o concurso se demonstrada a maior potencialidade lesiva de cada uma delas assim reconhece o STJ:

“1. O princípio da consunção resolve o conflito aparente de normas penais quando um delito menos grave é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro mais danoso. Nessas situações, o agente apenas será responsabilizado pelo último crime. Para tanto, porém, imprescindível a constatação do nexo de dependência entre as condutas a fim de que ocorra a absorção da menos lesiva pela mais nociva. Doutrina.

2. O crime descrito no 34 da Lei n. 11.343/2006 busca coibir a produção de entorpecentes, enquanto a norma incriminadora do tráfico de estupefacientes possui como objetivo obstar a disseminação dos materiais tóxicos. Sendo assim, nos termos da orientação jurisprudencial desta Casa, necessário avaliar, para fins de incidência do princípio da consunção, a concreta lesividade dos instrumentos destinados à fabricação, preparação ou transformação dos entorpecentes. Precedentes.

3. Na espécie, os condenados, além de terem em depósito certa quantidade de entorpecentes para fins de mercancia, armazenavam, em significativa escala, maquinários e utensílios – balanças, tachos e substâncias para mistura, com peso total, conforme auto de apreensão, de dezenove quilogramas – que não se destinavam somente à preparação dos estupefaciente encontrados no momento da prisão dos réus, compondo, para além disso, laboratório que funcionava de forma autônoma, proporcionando a preparação de número muito maior de substâncias estupefacientes. Desse modo, inviável a incidência do princípio da consunção, porquanto evidenciada a independência entre as condutas, ou seja, a fabricação ou transformação dos materiais tóxicos não operou como meio necessário para o crime de tráfico de entorpecentes.” (HC 349.524/SP, j. 30/5/2017).

**c) É cabível a aplicação cumulativa das causas de aumento relativas à transnacionalidade e à interestadualidade do delito, previstas nos incisos I e V do artigo 40 da Lei de Drogas, quando evidenciado que a droga proveniente do exterior se destina a mais de um estado da federação, sendo o intuito dos agentes distribuir o entorpecente estrangeiro por mais de uma localidade do país.**

O STJ firmou a orientação de que, uma vez demonstrada a origem estrangeira da droga que seria distribuída a diversos Estados da Federação, nada impede a imputação simultânea das duas majorantes. Note-se, contudo, que a majorante relativa ao tráfico interestadual pressupõe a prova de que a droga proveniente do exterior seria (ou foi) efetivamente distribuída em mais de um Estado, pois, tratando-se apenas de transporte que passa por várias unidades federativas, com destinação exclusiva a uma delas, não incide a majorante. Assim, sofre o duplo aumento de pena o tráfico de droga proveniente da Bolívia e que seria distribuída em Minas Gerais, em São Paulo e no Rio de Janeiro. Não o sofre, todavia, o tráfico de droga proveniente da Bolívia, que, com destino somente a São Paulo, passa pelos Estados do Mato Grosso, Goiás e Minas Gerais. Neste sentido:

“I – É cabível a aplicação cumulativa das causas de aumento relativas à transnacionalidade e à interestadualidade do delito, previstas nos incisos I e V da Lei de Drogas, quando evidenciado que a droga proveniente do exterior se destina a mais de um estado da federação, sendo o intuito dos agentes distribuir o entorpecente estrangeiro por mais de uma localidade do país. Contudo,

entendeu o acórdão recorrido não ser esta a hipótese. A droga que se destina a unidade federativa que não seja de fronteira, necessariamente percorrerá mais de um estado. Porém, inexistindo difusão ilícita do entorpecente no caminho e comprovado que toda droga será comercializada em um mesmo estado, de fato, não resta configurado o tráfico interestadual. Precedentes.

II – Nessa linha de raciocínio, quando não há difusão ilícita de drogas em mais de uma unidade federativa, o mero transporte de entorpecente por estados fronteiriços até o destino final, como na presente hipótese, é apto a configurar apenas a transnacionalidade do tráfico.” (AgRg no REsp 1.744.207/TO, j. 26/6/2018).

**d) Para a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no artigo 35 da Lei 11.343/2006, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente.**

O crime do art. 35 da Lei de Drogas é autônomo, isto é, a sua caracterização não depende da prática de qualquer dos crimes referidos no tipo, configurando-se o concurso material de delitos, caso ocorram (art. 69, caput, do CP).

**e) A expropriação de bens em favor da União, decorrente da prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes, constitui efeito automático da sentença penal condenatória.**

O tema desperta indisfarçável controvérsia. Para uns, o perdimento do bem não se constitui em um efeito natural da sentença condenatória, “já que a simples sentença condenatória não gera automaticamente o efeito de perdimento. Em outras palavras, o juiz deve se pronunciar, textualmente, sobre os bens apreendidos ou objeto das medidas assecuratórias esclarecendo sobre seu destino e situação jurídica. Não basta apenas que exista uma sentença penal condenatória para que os bens sejam considerados definitivamente perdidos. Todos os bens que sofreram qualquer tipo de constrição ao longo do processo devem ser objeto de análise pelo magistrado”, como adverte Luiz Flávio Gomes (GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas comentada artigo por artigo, São Paulo: RT, 6ª ed., 2014, p. 127). Nesse sentido: TJSP – ED 125211420088260481, Rel. Euvaldo Chaib, publicado em 06.01.2011. Salvo, é claro, os instrumentos do crime que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituam fato ilícito. Nestes casos, o perdimento é automático (STF – HC – RT 559/416) porque, claro, mesmo absolvido ou condenado o réu, ninguém, em sã consciência, determinaria a devolução de quilos de cocaína ou de uma metralhadora cujo uso é vedado por lei.

Mas o STJ firmou tese em sentido contrário, isto é, de que o perdimento de bens é efeito automático da sentença penal condenatória, pois se trata de decorrência lógica do art. 243,



## Boletim Criminal **Comentado** nº 092 - maio 2020

parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”:

“A expropriação de bens em favor da União pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes tem previsão em foro constitucional, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição da República e decorre da sentença penal condenatória, conforme regulamentado, primeiramente e de forma geral, no art. 91, II, do Código Penal, e posteriormente, de forma específica no art. 63 da Lei n. 11.343/2006.” (AgRg no AREsp 1.333.058/MS, j. 11/12/2018).

**MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários**

---

**1- Tema: O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional.**

O Supremo Tribunal Federal assentou que a Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal, de modo a evidenciar a impossibilidade de apagar os efeitos penais da condenação sem que a multa seja satisfeita.

A Lei 13.964/19 decidiu, inclusive, que deve ser cobrada na Vara das Execuções Criminais.

Da inafastável natureza penal da multa imposta em sentença criminal condenatória decorre o primordial dever jurídico de o sentenciado satisfazê-la, na medida em que se cuida de um dos componentes essenciais do programa de ressocialização individualizado no *decisum*.

Diante desse quadro, o inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional.

[Clique aqui](#)

**2- Tema: Progressão de regime. Réu condenado por crime hediondo. Reincidente não específico. Cumprimento mínimo de 60% para preenchimento do requisito objetivo. Inteligência ao disposto no artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal**

Diante da truncada (para não falar ambígua) redação dos incisos do artigo 112, da LEP, o Ministério Público, preocupado com a possibilidade de equivocadas interpretações, deliberou pelo **enunciado n. 49**, a seguir espelhado:

## Boletim Criminal Comentado nº 092 - maio 2020

49. Tendo em vista que o artigo 112 da LEP não utiliza o termo “reincidente específico”, a aplicação das frações previstas nos incisos IV, VII e VIII se baseia na recidiva, independentemente da natureza do crime anterior, conforme a seguinte tabela.

STATUS DO SENTENCIADO	CRIME ANTERIOR	CRIME ATUAL	PERCENTUAL PARA PROGRESSÃO
Primário	Não há	Sem violência à pessoa ou grave ameaça	16% - art. 112, I, LEP
Reincidente em crime sem violência ou grave ameaça à pessoa	Sem violência ou grave ameaça à pessoa	Sem violência à pessoa ou grave ameaça	20% - art. 112, II, LEP
Primário	Não há	Com violência à pessoa ou grave ameaça	25% - art. 112, III, LEP
Reincidente em crime com violência ou grave ameaça à pessoa	Com violência à pessoa ou grave ameaça	Com violência à pessoa ou grave ameaça	30% - art. 112, IV, LEP
Reincidente (reincidência reconhecida na condenação pelo crime atual)	Com violência à pessoa ou grave ameaça	Sem violência à pessoa ou grave ameaça	20% (ausente previsão, aplica-se o art. 112, II, LEP)
Reincidente (reincidência reconhecida na condenação pelo crime atual)	Sem violência à pessoa ou grave ameaça	Com violência à pessoa ou grave ameaça	30% (ausente previsão, aplica-se o art. 112, IV, LEP)
Primário	Não há	Hediondo ou equiparado nos termos da Lei 8.072/90	40% - art. 112, V, LEP
Primário	Não há	Crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional	50% - art. 112, VI, LEP
Primário/Reincidente	Não há	- condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de	50% - art. 112, VI, LEP

## Boletim Criminal Comentado nº 092 - maio 2020

STATUS DO SENTENCIADO	CRIME ANTERIOR	CRIME ATUAL	PERCENTUAL PARA PROGRESSÃO
		crime hediondo ou equiparado; ou  - condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;	
Reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado	É indiferente	Crime hediondo ou equiparado	60% - art. 112, VII, LEP
Reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional	É indiferente	Crime hediondo ou equiparado, com resultado morte	70% - art. 112, VIII, LEP

O equívoco na aplicação dos percentuais previstos no novel dispositivo contraria o princípio da proibição da proteção deficiente, possibilitando descompasso social, isto porque, o artigo 112 da LEP não utiliza o termo “reincidente específico”, e a aplicação das frações previstas nos incisos IV, VII e VIII se baseia na recidiva, independentemente da natureza do crime anterior.

[Clique aqui](#)

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 093

**Procurador-Geral de Justiça**  
Mário Luiz Sarrubbo

**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)

**Analista Jurídica**  
Ana Karenina Saura Rodrigues

### AVISOS

---

#### **ASSISTÊNCIA JURÍDICA REMOTA AOS PRESOS DURANTE A PANDEMIA**

Para além da assistência médica e sanitária, aos presos têm sido conferida ainda a assistência jurídica. É que foi celebrada parceria entre a Secretaria da Administração Penitenciária, o Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, por meio da qual desde o dia 13 de maio de 2020, Defensores Públicos estão fazendo uso de videoconferência para atender os presos. A Defensoria encaminha relação com os nomes dos sentenciados, com os quais pretende conversar, ao Diretor da Unidade Prisional, que realiza o agendamento. A OAB iniciou os atendimentos no dia 14 e criou um manual específico para orientar os advogados.

De outra parte, importante mencionar também que, segundo informou a Secretaria de Administração Penitenciária, pelo menos 195 teleaudiências já foram realizadas em 52 presídios do Estado de São Paulo, desde o último mês, sendo certo que os Oficiais de Justiça executam as intimações pelo mesmo sistema.

### ESTUDOS DO CAOCRIM

---

#### **1-Tema: A prova da menoridade dispensa a apresentação de certidão de nascimento, bastando que a condição do menor seja demonstrada por qualquer meio dotado de fé pública**

A pena dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas será aumentada de um sexto a dois terços se a prática do crime 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.

De acordo com o que já decidiu o STJ, a prova da menoridade dispensa a apresentação de certidão de nascimento, bastando que a condição do menor seja demonstrada por qualquer meio dotado de fé pública (AgRg no REsp 1.662.249/AM, j. 23/11/2017). A Corte, em 7/4/2020, afetou e, reafirmando a sua jurisprudência, julgou o mérito do Recurso Especial n.º 1.619.265/MG, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1.052 e, em 18/5/2020, publicou o acórdão de mérito com

## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

a seguinte tese firmada:

“para ensejar a aplicação de causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 ou a condenação pela prática do crime previsto no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, a qualificação do menor, constante do boletim de ocorrência, deve trazer dados indicativos de consulta a documento hábil - como o número do documento de identidade, do CPF ou de outro registro formal, tal como a certidão de nascimento.”

Por fim, é importante esclarecer que a incidência deste inciso (art. 40, VI) afasta a possibilidade de concurso entre os crimes dos artigos 33 a 37 e o de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), que consiste em corromper ou facilitar a corrupção de menor de dezoito anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la. 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 (STJ: REsp 1.622.781/MT, j. 22/11/2016).

### **2– Tema: TJ/SP. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Prerrogativa do MP. Incabível ingerência do Poder Judiciário.**

Em recentes decisões, o TJSP, ao julgar diversos *Habeas Corpus* impetrados contra o Procurador-Geral de Justiça que, nos termos do art. 28-A, §14 do CPP, manteve a recusa dos promotores de Justiça em celebrar acordo de não persecução penal, decidiu se tratar de prerrogativa exclusiva do MP a análise do cabimento da avença, não cabendo a interferência do Poder Judiciário nesta prerrogativa Institucional. Essa decisão consagra a tese que a Procuradoria-Geral de Justiça tem defendido nas diversas reuniões já realizadas nas promotorias criminais do Estado; nas decisões do Setor do Artigo 28 do CPP e na política criminal fixada em enunciados elaborados pelo CAOCRIM. Para conhecer o teor da decisão: Clique [aqui](#).

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1 – Tema: Crime de racismo contra judeus em rede social deve ser julgado pela Justiça Federal. Transnacionalidade demonstrada.**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que compete à Justiça Federal julgar a conduta delituosa de divulgar pelo Facebook mensagens de cunho discriminatório contra o povo judeu, por estar configurada potencial transnacionalidade do crime, uma vez que o conteúdo racista



## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

veiculado na rede social é acessível no exterior.

"No caso dos autos, diante da potencialidade de o material disponibilizado na internet ser acessado no exterior, está configurada a competência da Justiça Federal, ainda que o conteúdo não tenha sido efetivamente visualizado fora do território nacional", afirmou o relator, ministro Joel Ilan Paciornik.

O conflito de competência foi instaurado entre o juízo de direito da 1ª Vara Criminal do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba – suscitante – e o juízo federal da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de Minas Gerais – suscitado.

### **Investigação**

O caso começou a ser investigado em 2015, quando o juízo federal determinou a quebra de sigilo cadastral e telemático de usuários do Facebook para esclarecer crimes de divulgação de conteúdo racista, por meio de comentários postados no perfil denominado "Hitler da Depressão – a todo gás".

Em novembro daquele ano, o juízo federal determinou a remessa dos autos para a Justiça estadual de Minas Gerais.

Após diligências junto ao Facebook e às operadoras de telefonia, o Ministério Público de Minas concluiu que o crime se consumou em Curitiba, razão pela qual solicitou o encaminhamento do processo com urgência àquela comarca.

Em janeiro de 2019, o juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba, com base no julgamento do Recurso Extraordinário 628.624 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), suscitou o conflito de competência no STJ, alegando se tratar de um caso federal.

### **Internacional**

Segundo o ministro Paciornik, a investigação mostra ser incontestável que o conteúdo **divulgado no Facebook**, na página "Hitler da Depressão – a todo gás", possui conteúdo discriminatório contra todo o povo judeu, e **não contra pessoa individualmente considerada**.

O relator explicou que, na época em que tiveram início as investigações, não havia sólido entendimento das cortes superiores brasileiras acerca da configuração da **internacionalidade de mensagens postadas no Facebook**. Todavia, afirmou o ministro, o tema – de repercussão geral reconhecida – foi amplamente discutido no RE 628.624, e o entendimento adotado pelo STF passou a ser seguido também pelo STJ.

"Muito embora o paradigma da repercussão geral diga respeito à pornografia infantil, o mesmo raciocínio se aplica ao caso concreto, na medida em que o acórdão da Suprema Corte vem repisar o disposto na Constituição Federal, que reconhece a competência da Justiça Federal não apenas no caso de acesso da publicação por alguém no estrangeiro, mas também nas hipóteses em que a amplitude do meio de divulgação tenha o condão de possibilitar o acesso", esclareceu.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

Aplicando o entendimento ao caso em julgamento, o ministro disse ser possível reconhecer a competência da Justiça Federal, ainda mais porque a conduta de racismo está prevista em tratado internacional ratificado pelo Brasil, e as mensagens postadas podem ter produzido efeito no exterior.

### **Terceiro juízo**

Joel Paciornik observou que, pela singularidade do caso e pelo fato de as diligências apontarem que as postagens racistas partiram de usuário localizado em Curitiba, é necessária a fixação de competência de terceiro juízo, que não figura no conflito em julgamento.

Ele explicou que as perícias realizadas quando os autos se encontravam em Belo Horizonte concluíram que as postagens partiram de Curitiba, e que o **artigo 70** do Código de Processo Penal preceitua que a competência é determinada pelo lugar em que se consumou a infração.

"Considerando que o Brasil é signatário de Convenção Internacional sobre Combate ao Racismo; considerando que os agentes utilizaram meio de divulgação de amplo acesso no exterior e que as postagens partiram de usuário localizado no município de Curitiba, entendo estar configurada a competência da Justiça Federal da Seção Judiciária em Curitiba", concluiu o ministro.

**Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):** [CC 163420](#)

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A internet tem sido utilizada como meio frequente da prática do crime de racismo. Durante algum tempo percebemos certa oscilação acerca da competência para o processo e julgamento da ação penal em casos tais. Contudo, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, pacificaram a questão, posicionando-se pela regra geral de competência da Justiça Estadual. Só restaria competência à Justiça Federal em caso de transnacionalidade demonstrada, como, por exemplo, grupos de apoiadores do nazismo (os neonazistas) no Brasil e de outro país estivessem atuando em conjunto para a prática das condutas previstas no caput, ou um grupo brasileiro distribuindo material para outros países. Vejamos os julgados dos Tribunais Superiores acerca do tema:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIME DE RACISMO PRATICADO PELA INTERNET. COMPETÊNCIA. DISCUSSÃO JÁ DECIDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JUSTIÇA COMUM. 1. Tal como consta no parecer do Ministério Público Federal, a questão ora em análise competência jurisdicional para o julgamento de feito relativo à prática do crime de racismo via internet foi devidamente analisada em momento processual próprio, assentando-se na ocasião tanto no âmbito do STJ (em sede de conflito de competência), quanto no âmbito do STF (em sede de habeas corpus), o entendimento jurisprudencial prevaletente, qual seja, o de que o processo e julgamento do feito competia à Justiça Estadual. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a divulgação de mensagens incitadoras da prática de crime pela rede mundial de computadores não é suficiente para, de per si, atribuir à prática do crime a demonstração de resultado além do território nacional

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

(ACO 1.780, Rel. Min. Luiz Fux). Ainda nessa linha, veja-se o RE 1.053.961, Rel. Min. Dias Toffoli. 3. Agravo interno a que se nega provimento”. (STF - AgR ARE: 1169322 DF - DISTRITO FEDERAL 0098316-59.2012.8.07.0001, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 29/3/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-069 5-4-2019

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. RACISMO EM COMENTÁRIO VEICULADO NA INTERNET. DIZERES OFENSIVOS RELACIONADOS A PESSOA DETERMINADA. AUSÊNCIA DE CARÁTER TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A Justiça Federal é competente, conforme disposição do inciso V do art. 109 da Constituição da República quando se tratar de infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário (CC 132.984/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Rel. p/ Acórdão Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 02/02/2015). 2. Isso não obstante, o mero fato de o delito de racismo ter sido praticado pela internet não atrai, automaticamente, a competência da Justiça Federal, sendo necessário demonstrar a internacionalidade da conduta e/ou de seus resultados, assim como a intenção de atingir coletividade. Precedente: AgRg nos EDcl no CC 120.559/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2013, DJe 19/12/2013.3. Situação em que os comentários racistas e ofensivos foram dirigidos a pessoa nacional determinada. 4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª

Vara Criminal da Comarca de Porto Velho/RO, o suscitado”. (STJ. Conflito de Competência 145938/RO, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. TERCEIRA SEÇÃO. Julgamento: 27/4/2016. DJe 4/5/2016)

“Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em Conflito de Competência, entendeu presente a transnacionalidade apta a atrair a competência da Justiça Federal, em um caso de determinado colunista que teceu comentários discriminatórios contra nordestinos em programa veiculado em canal de televisão a cabo, assistido por telespectadores dentro e fora do país, conforme segue: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL X JUSTIÇA ESTADUAL. INQUÉRITO POLICIAL. COMENTÁRIOS EM TESE DISCRIMINATÓRIOS DO POVO NORDESTINO EMITIDOS POR ESCRITOR/COLUNISTA EM PROGRAMA DE TV A CABO. ART. 20 DA LEI 7.716/89. DÚVIDA SOBRE A TÍPICIDADE DA CONDUTA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO DURANTE O EXAME DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. CASO CONCRETO EM QUE O TRANCAMENTO DAS INVESTIGAÇÕES NESTA INSTÂNCIA SE REVELARIA PREMATURO. OFENSA A COLETIVIDADE E RESULTADO TRANSNACIONAL DA CONDUTA EVIDENCIADOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL FIXADA PELA PREVENÇÃO. 1. Tendo em mente a natureza e a finalidade do conflito de competência, a discussão sobre a tipicidade do delito investigado ou sobre o mérito da questão discutida no feito em que suscitado o conflito somente é possível em caráter excepcional, quando se revela como prejudicial necessária ao estabelecimento da competência para o julgamento do processo, ou quando se vislumbra a possibilidade, também excepcional, de concessão de habeas corpus de ofício diante de nítido constrangimento ilegal. 2. Entretanto, a concessão do habeas corpus de ofício durante o exame de

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

conflito de competência deve ser feita cum grano salis, diante da proibição de supressão de instância, que tem em mente não só a valorização da atividade judicante de cada uma das instâncias como também o objetivo de resguardar a atividade revisional típica do segundo grau e a função uniformizadora do entendimento da lei federal e da Constituição, característica das instâncias superiores, de modo que cada instância possa se ater à sua tarefa precípua. 3. Situação em que conhecido colunista, num contexto em que comentava a vitória do Partido dos Trabalhadores, nas eleições presidenciais de 2014, qualificou o povo nordestino, que teria votado maciçamente no mencionado partido, de retrógrado, governista, bovino, subalterno em relação ao poder, atrasado, pouco educado e repressor da imprensa. 4. Ainda que a “discriminação étnico-racial”, tal como definida no art. 1º, parágrafo único, I, Lei 12.288/2010, somente seja punível na medida em que tenha por objetivo ou efeito “anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada”, a conduta descrita no art. 20, caput e § 2º, da Lei 7.716/89 pune, também, a prática, indução ou incitação de “preconceito”, cuja caracterização não é expressamente delimitada na lei. 5. Com tudo isso em mente, revela-se desaconselhável a concessão de habeas corpus de ofício no caso concreto,

seja porque as investigações ainda estão em estágio muito incipiente, sem que tenha sido ouvido o investigado de ordem a melhor se poder discernir o seu animus ao tecer comentários sobre os nordestinos, seja diante da desnecessária supressão de instância, seja diante dos vários precedentes da Terceira Seção do STJ, que, em situações análogas, não reconheceram, de plano, a atipicidade da conduta (discriminação ou preconceito) e resolveram apenas o Conflito de Competência suscitado. A título exemplificativo: CC 150.564/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, j. em 26/4/2017, DJe 02/05/2017; CC 145.938/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2016, DJe 04/05/2016; AgRg no AREsp 381.205/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 21/8/2014. 6. Sobre o tema da tipicidade penal e da possibilidade de seu afastamento em sede de habeas corpus, o chamado realismo jurídico, destacado, a título exemplificativo, por Oliver Wendell Holmes, Karl Llewelyn, Jerome Frank e Felix Cohen, não permite o esquecimento, de plano, da diretriz jurisprudencial contida nos julgamentos do HC 388.051/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª TURMA, j. em 25/4/2017, DJe 4/5/2017 e do HC 143.147/BA, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP -, SEXTA TURMA, julgado em 17/3/2016, DJe 31/3/2016, bem como de célebre caso que tramitou no STF (HC 82424, Relator (a) p/ Acórdão: Ministro MAURÍCIO CORRÊA, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524). 7. Esta Corte, interpretando o disposto no art. 109, V, da CF, tem entendido, como regra geral, ser competência da Justiça Federal o julgamento de infrações penais que apresentem fortes indícios de internacionalidade da conduta e/ou de seus resultados e que estejam previstas em tratado ou convenção internacional, como é caso do racismo, previsto na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, da qual o Brasil é signatário. 8. Evidenciado que as palavras do investigado atingiram uma coletividade e que o programa foi assistido por telespectadores dentro e fora do país, produzindo resultados transnacionais, revela-se indiscutível a competência da Justiça Federal para conduzir a investigação.

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

Precedentes. 9. Desconhecido o local da infração, posto que a opinião supostamente preconceituosa foi manifestada em programa de televisão de canal fechado cujo local de gravação é incerto, e desconhecido o local de domicílio do réu, deve ser fixada a competência territorial com base na regra da prevenção (do § 2º do art. 72 do CPP), sendo admissível a declaração da competência de um terceiro juízo que não figure no conflito de competência. 10. Conflito conhecido, para declarar a competência de um terceiro Juízo, o Juízo Federal da 13ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, para a condução e julgamento do Procedimento Investigatório. (STJ - CC: 146983 RJ 2016/0147383-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 24/5/2017, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 29/6/2017).

### Jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. PRECONCEITO DE RAÇA, COR, ETNIA, RELIGIÃO OU PROCEDÊNCIA NACIONAL. LEI N. 7.716/89. RECURSO DEFENSIVO PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO. VEICULAÇÃO POR MEIO DA INTERNET DE ARTIGOS, SÍMBOLOS E TRANSCRIÇÕES DE LIVROS RELATIVOS AO NAZISMO. AGENTE QUE DISCRIMINOU, INDUZIU E INCITOU O ANTI-SEMITISMO E O RACISMO CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. APOLOGIA AO REGIME NAZISTA CARACTERIZADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. APELO DA ACUSAÇÃO. PLEITO DE AUMENTO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS PARA MAJORÁ-LA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. UNICIDADE DE CONDUTAS. MANUTENÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DE CRIME ÚNICO. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.030302-7, de Lages, rel. Des. Torres Marques, j. 29-07-2008).

CRIME DE RACISMO. ARTIGO 20, § 2º, DA LEI N. 7.716/89. PUBLICAÇÃO DE CHARGE EM JORNAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ILUSTRAÇÃO PEJORATIVA. VINCULAÇÃO DO NASCIMENTO DE CRIANÇAS AFRODESCENDENTES À CRIMINALIDADE. CONTEÚDO RACISTA MANIFESTO. COLISÃO DE PRINCÍPIOS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE. SOLUÇÃO QUE SE DÁ ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PREVALÊNCIA DOS ÚLTIMOS INEQUIVOCAMENTE APLICÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO PROVIDO. Ilustração de recém nascidos afrodescendentes em fuga de sala da parto, associado aos dizeres de um personagem (supostamente médico) de cor branca “Segurança!!! É uma fuga em massa!!!”, configura a prática do crime de racismo. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 3º, entre os objetivos fundamentais da República, a “promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Ademais, no capítulo referente aos direitos e garantias individuais, estabelece a “igualdade” como garantia fundamental do indivíduo sendo a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível (artigo 5º, inciso XLII). Havendo colisão de normas constitucionais entre a que impõe a igualdade entre os indivíduos e a liberdade de pensamento, deve prevalecer aquela, pois não é possível que o exercício do direito de opinião ofenda outros valores constitucionais, mormente a dignidade humana, fundamento do princípio da igualdade. [...] não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

os da igualdade e da dignidade humana. [...] Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. (HC 82424, Relator: Min. MOREIRA ALVES, Relator para Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003). DOSIMETRIA. CHARGISTA, AUTOR DA ILUSTRAÇÃO. PENA FIXADA EM 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EDITOR CHEFE EM EXERCÍCIO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. PENA DEFINITIVA EM 1 (UM) ANO E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL ABERTO.

PENA CORPORAL IGUALMENTE SUBSTITUÍDA. [...] partícipe é quem concorre para que o autor ou coautores realizem a conduta principal, ou seja, aquele que, sem praticar o verbo (núcleo) do tipo, concorre de algum modo para a produção do resultado. Assim, (...) pode-se dizer que o agente que exerce a vigilância sobre o local para que seus comparsas pratiquem o delito de roubo é considerado partícipe, pois, sem realizar a conduta principal (não subtraiu, nem cometeu violência ou grave ameaça contra a vítima), colaborou para que os autores lograssem a produção do resultado. Dois aspectos definem a participação: a) vontade de cooperar com a conduta principal, mesmo que a produção do resultado fique na inteira dependência do autor; b) cooperação efetiva, mediante uma atuação concreta acessória da conduta principal (CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal – parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 338-339). PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INCISO XLII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.016841-9, de Lages, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 23-5-2013).

### **DIREITO PENAL:**

**1-Tema: Para Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, reincidência que aumenta pena por posse de drogas para uso próprio é específica**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reviu seu entendimento e concluiu que o aumento de pena no crime de posse de drogas para consumo próprio deve ocorrer apenas quando a reincidência for específica. O colegiado negou provimento a recurso do Ministério Público que sustentava que bastaria a reincidência genérica.

Para o ministro Nefi Cordeiro, relator, a melhor interpretação a ser dada ao parágrafo 4º do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas) deve levar em conta que ele se refere ao caput do dispositivo e, portanto, a reincidência diz respeito à prática do mesmo crime – posse de drogas para uso pessoal.

As penas de prestação de serviços à comunidade e de comparecimento a programa ou curso educativo, previstas nos incisos II e III do artigo 28 da Lei de Drogas, são aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses (parágrafo 3º), mas esse prazo sobe para dez meses no caso de reincidência (parágrafo 4º).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

### **Roubo**

No caso analisado pelos ministros, o réu foi condenado pelos crimes de receptação e de posse de drogas para consumo próprio. Como havia uma condenação anterior por roubo, foi aplicada a causa de aumento do artigo 28, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, ficando a pena em um ano de reclusão e dez meses de prestação de serviços comunitários.

O Tribunal de Justiça do Espírito Santo deu provimento à apelação da defesa para afastar a reincidência e reduzir a pena quanto à posse de drogas para cinco meses de prestação de serviços.

Para o Ministério Público, a condenação anterior por roubo seria motivo para o aumento da pena no crime da Lei de Drogas, pois a reincidência considerada no caso deveria ser a genérica – aplicável frente a qualquer crime previamente cometido.

### **Melhor reflexão**

O ministro Nefi Cordeiro disse que, não obstante a existência de precedente da Sexta Turma que considerou a reincidência genérica, uma melhor reflexão sobre o assunto conduz à conclusão de que a reincidência mencionada no parágrafo 4º do artigo 28 tem de ser específica, ou seja, relativa ao mesmo crime de posse para consumo próprio.

"A melhor exegese, segundo a interpretação topográfica, essencial à hermenêutica, é de que os parágrafos não são unidades autônomas, estando vinculadas ao *caput* do artigo a que se referem", explicou.

Por essa razão, segundo o ministro, a condenação anterior por roubo não impede a aplicação do limite máximo de cinco meses para as penas dos incisos II e III do artigo 28, como determinado no parágrafo 3º do dispositivo.

Leia o [acórdão](#).

**Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [REsp 1771304](#)**

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Embora não tenha havido descriminalização da conduta posse/porte de drogas para uso próprio, no ano de 2018, as duas Turmas do STJ afastaram 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.

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:



## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

“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”.

A mesma Corte, contudo, revistando o tema, admitiu a configuração da reincidência específica, notadamente para fins do que disposto no § 4º do art. 28:

“Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses”.

Sendo reconhecido reincidente específico, as penas de prestação de serviços e medida educativa deverão ser aplicadas pelo prazo de dez meses, ao invés dos cinco meses previstos no § 3º, prazo para os usuários não reincidentes.

### **MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

**1- Tema: Art. 24-A da Lei Maria da Penha. Descumprimento de medida protetiva. Crime de competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Não cabimento da Lei 9.099/95.**

#### **Conflito Negativo de Atribuição**

Autos n.º 1513880-07.2018.8.26.0114 – MM. Juízo do Juizado Especial Criminal da Comarca de Campinas

Suscitante: 32º Promotor de Justiça de Campinas

Suscitado: Promotora de Justiça em exercício junto à Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campinas

Autor do fato: M.O.S.

Assunto: subsunção dos fatos ao conceito de violência doméstica ou familiar contra a mulher, com reflexo na atribuição funcional

Cuida-se de procedimento instaurado visando à apuração da conduta perpetrada por M.O.S. em face de sua ex-companheira, A.C.R., que configura, em tese, o delito do art. 24-A, da Lei Federal nº 11.340/06.

Segundo apurado, a vítima conviveu com o investigado por cerca de um ano e, após a ruptura do relacionamento, em razão do inconformismo de M., foi beneficiada com medidas protetivas,

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

deferidas pelo Juízo da Violência Doméstica e Familiar.

Não obstante as medidas protetivas, o averiguado continuou procurando a ex-companheira, por meio de mensagens telefônicas e correspondências eletrônicas. Não satisfeito, no dia 19 de agosto de 2018, o averiguado encaminhou uma mensagem, com os seguintes dizeres: *“você tá fudida, eu não tenho medo de ir preso, fica esperta...”*.

Juntou-se aos autos cópia da decisão judicial que deferiu medidas protetivas em favor da vítima (fls. 06/07).

Concluída a investigação criminal, a Digna Promotora de Justiça requereu o arquivamento da investigação em relação ao delito de ameaça (CP, art. 147) e, no tocante ao crime de desobediência de medida protetiva, pleiteou a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por considerar que a infração penal prevista no art. 24-A, da Lei nº 11.340/06, é de menor potencial ofensivo (cf. fls. 66/70).

A manifestação foi acolhida, tendo o E. Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher reconhecido sua incompetência para apreciar a matéria, ordenando a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal (cf. fls. 71/73).

A D. Promotora de Justiça recipiente, contudo, suscitou conflito negativo de atribuição, sustentando que o crime somente é praticado por aquele que tem contra si ordem judicial relacionada à concessão de medidas protetivas de urgência, com base na Lei nº 11.340/06, e que, por isso, trata-se de matéria afeta à competência da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (cf. fls. 49/53).

É o relatório do necessário.

Há de se sublinhar, preliminarmente, que o endereçamento da causa a esta Chefia Institucional se assenta no art. 115 da Lei Complementar Estadual n.º 734/93.

Encontra-se configurado, portanto, o conflito de atribuição entre promotores de justiça.

Como destaca HUGO NIGRO MAZZILLI, tal incidente tem lugar quando o membro do Ministério Público nega a própria atribuição funcional e a atribui a outro, que já a tenha recusado (conflito negativo), ou quando dois ou mais deles manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusão às de outros membros (conflito positivo) (Regime Jurídico do Ministério Público, 6.ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 486-487).

Considere-se, outrossim, que em semelhantes situações o Procurador-Geral de Justiça não se converte no promotor natural do caso. Assim, não lhe cumpre determinar qual a providência a ser adotada (oferecimento de denúncia, pedido de arquivamento ou complementação de diligências), devendo tão somente dirimir o conflito para estabelecer a quem incumbe a responsabilidade de officiar nos autos.



## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

Pois bem.

Com razão a Digna Promotora de Justiça Suscitante, com a devida vênia da Ilustre Promotora de Justiça Suscitada e do MM. Juiz.

Verifica-se que os fatos subsumem-se ao tipo penal previsto no art. 24-A da Lei n.º 11.340/06, que foi inserido pela Lei n.º 13.641/2018.

Muito embora o dispositivo legal contenha crime punido com dois anos em seu teto, não se trata de infração de menor potencial ofensivo, haja vista os arts. 33 e 41 da Lei n.º 11.340/06.

De acordo com o art. 33 do citado Diploma, compete aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher “conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente”.

Nota-se, destarte, que a competência dos Juizados Especiais Criminais foi afastada de modo abrangente, compreendendo todas as causas criminais relacionadas com fatos subsumíveis à Lei Maria da Penha.

O art. 41 da Lei mencionada se coloca na mesma linha de Política Criminal dos dispositivos acima mencionados, consistente em tratar com severidade infrações relacionadas com violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Anteriormente, quando se aplicava o art. 330, do Código Penal, crime contra a Administração Pública, justificava-se o entendimento da Digna Promotora de Justiça Suscitada. Porém, agora, com a existência de tipo penal próprio, na Lei Maria da Penha, a competência da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é inafastável, de modo que a leitura da questão merece outros contornos, afastada também a aplicação dos benefícios da Lei nº 9.099/95, ao delito em questão, por incidência da vedação contida no já citado art. 41, da Lei nº 11.340/06 e na Súmula 536 do Colendo Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>.

Nesse sentido, os ensinamentos de Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, em comentários ao novo tipo penal,

“O crime previsto na lei novel (crime próprio, pois só pode ser cometido por quem deve observância às medidas protetivas decretadas), tem pena de detenção que varia entre três meses a dois anos. Haverá quem sustente a possibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995), em virtude da pena máxima cominada ao crime. É que o art. 61, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, considera infração penal de menor potencial ofensivo o crime cuja pena máxima não seja superior a dois anos. Demais disso, não se trataria, especificamente, de crime praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher, mas sim de crime contra a Administração Pública, de forma que a vedação do art. 41 da lei em análise, que impede a aplicação da Lei 9.099/1995, não incidiria neste caso. Não seria possível, assim, se estender

## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

a interpretação do art. 41 para abranger infrações penais que em nada se relacionam com a definição de violência doméstica de que trata o art. 5º da mesma lei.

---

<sup>1</sup>“A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha”.

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

Nossa posição – Temos como inaplicáveis as disposições da Lei dos Juizados Criminais à conduta em exame. Importaria em verdadeiro contrassenso que uma inovação que tenha vindo – se imagina – em proteção à vítima de violência doméstica, pudesse admitir a imposição de medidas despenalizadoras, reservadas a condutas menos graves, de menor potencial ofensivo. De resto, o art. 41 é expresso ao proibir a aplicação da Lei 9.099/1995 aos crimes perpetrados no âmbito da violência doméstica. A nosso ver, a disposição que veda a concessão de fiança pela autoridade policial, após a prisão em flagrante do agente (§2º), revela a intenção do legislador de, efetivamente, retirar o crime do art. 24-A da esfera das infrações de menor potencial ofensivo, tal como ocorre com as demais infrações penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. (...)” (Violência Doméstica – Lei Maria da Penha – 11.340/2006 Comentada artigo por artigo, Jus Podivm, 2019, p. 230-g.n.).

De fato, se a lei veda seja arbitrada fiança pela autoridade policial à pessoa presa em flagrante pela prática do delito capitulado no art. 24-A da Lei 11.340/06, é porque tal delito não se insere na competência dos Juizados Especiais Criminais, que, no art. 69, parágrafo único, proíbe a prisão em flagrante em delitos de sua competência.

Nesse sentido, recentíssimas decisões do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

CONFLITO DE JURISDIÇÃO. APURAÇÃO DO CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA LEI MARIA DA PENHA. DISTRIBUIÇÃO AO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DE JANDIRA. REDISTRIBUIÇÃO À VARA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL DA MESMA COMARCA POR SER DELITO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. DESCABIMENTO. 1. Com o advento da Lei nº 13.641/18, que incluiu o artigo 24-A na Lei Maria da Penha, não há mais dúvida de que o descumprimento de medida protetiva de urgência caracteriza o tipo penal autônomo e é de competência da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. 2. O próprio artigo 41 da Lei nº 11.340/06 veda expressamente a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. A conduta perpetrada pelo acusado de aproximar-se da vítima, em desobediência à determinação judicial, configura mero desdobramento e continuidade da mesma violência estabelecida no artigo 7º da Lei nº 11.340/06, já reconhecida pelo juízo ao proferir a decisão ora descumprida. 4. Conflito de Jurisdição julgado procedente para determinar o processamento no Juízo suscitado.

(TJSP, Conflito de Jurisdição n. 0015231-72.2020.8.26.0000 Relator: Vice-Presidente, Órgão Julgador: Câmara Especial, Comarca: Jandira, julgado em 15/5/2020-g.n.)

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. Apuração do crime de descumprimento de medida protetiva de urgência (art. 24-A da Lei Maria da Penha). Denúncia oferecida perante a Vara Criminal da Comarca de Votorantim. Determinação de remessa dos autos à Vara do Juizado Especial Criminal da mesma Comarca. Descabimento. Norma que fortalece as medidas protetivas de urgência e o

## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

enfrentamento da violência contra as mulheres. Delito que não só tutela a administração da justiça, mas também a integridade física e psicológica da mulher em benefício da qual foi concedida a medida descumprida. Exegese da Lei nº11.340/06. Conflito conhecido. Competência do Juízo da Vara Criminal da Comarca de Votorantim.

(TJSP, Conflito de Jurisdição 0038569-12.2019.8.26.0000; Relator (a): DANIELA MARIA CILENTO MORSELLLO; Data do Julgamento: 13/4/2020 – g.n.).

Seguindo ainda esse entendimento, o Enunciado nº 48 do Fonavid - Fórum Nacional de Juízas e Juizes de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher - ressalta a competência das Varas de Violência Doméstica e Familiar para a análise do descumprimento das medidas protetivas impostas ao agressor:

“A competência para processar e julgar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência previsto no art. 24-A da Lei Maria da Penha é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, onde não houver, das Varas Criminais com competência cumulativa para processar e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Diante do exposto, conhece-se deste incidente, dirimindo-o para declarar competir à Douta Suscitada, com atuação na Vara da Violência Doméstica e Familiar, a atribuição para intervir nos autos, cumprindo-lhe também adotar as medidas cabíveis em eventual caso de recusa judicial em processar o caso, tendo em vista a r. decisão de fls. 71/73.

A controvérsia a respeito da incidência da Lei Maria da Penha, nos termos ora analisados, não colide com eventual opinião delitiva a ser deduzida pelo promotor natural, motivo por que não se afigura necessária a designação de outro membro ministerial para atuar em seu lugar.

São Paulo, 21 de maio de 2020.

Mario Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

### MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários

---

#### 1- Tema: Noções gerais sobre a atuação do Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

O Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais da Procuradoria de Justiça é regulamentado pelo Ato 412 do Colégio de Procuradores de Justiça e prevê atribuição concorrente do Procurador-Geral de Justiça e dos Procuradores de Justiça Criminais para, em matéria criminal, recorrer ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal (art. 9º, caput).

O Setor de Recursos Extraordinários e Especiais é composto por membros do Ministério Público designados pelo Procurador-Geral de Justiça.

A atuação do Setor inaugura-se quando o Procurador de Justiça que oficia em feito de natureza criminal (apelação criminal, recurso em sentido estrito, agravo em execução penal, habeas corpus, mandado de segurança etc, exceto os feitos de competência originária), ao tomar ciência de acórdão que se afigure passível de impugnação por meio de recurso extraordinário ou de recurso especial, decide pela remessa do processo à equipe designada para integrar o Setor (art. 9º, §2º). Saliente-se, contudo, que o próprio Procurador de Justiça que tomar ciência do acórdão pode, ele próprio, interpor o recurso ao Tribunal Superior.

O Setor não tem atribuição para atuar em casos de acórdãos denegatórios de mandado de segurança e habeas corpus, em relação aos quais é cabível o Recurso Ordinário Constitucional (art. 102, II, “a” e “b”, da Constituição Federal), ou para desafiar decisões monocráticas proferidas pelo Relator, contra as quais se mostra cabível a interposição de agravo interno pela própria Procuradoria Criminal (arts. 1.021 do CPC e 253 do Regimento Interno do TJSP, e súmula 281 do Supremo Tribunal Federal).

Recebidos os autos provenientes da Procuradoria e, constatada a contrariedade a dispositivo da Constituição ou de lei federal ou, ainda, que o Tribunal de Justiça deu à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (arts. 102, III, “a”, e 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal), o integrante do Setor, a quem o processo tenha sido distribuído por critério objetivo previamente estabelecido, fará a interposição de recurso extraordinário, de recurso especial ou de ambos, fornecendo cópia da petição ao Procurador de Justiça responsável pelo encaminhamento, o qual também será informado, se assim solicitar, das razões de eventual não interposição de recurso.

Ao receber um processo para análise da viabilidade para a interposição de recurso especial ou extraordinário, o integrante do Setor deve levar em consideração:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

**a)** a existência de efetiva violação ou contrariedade a lei federal ou a norma constitucional ou de dissídio jurisprudencial com outro tribunal, requisitos indispensáveis ao conhecimento e provimento do recurso.

Nessa análise, leva-se exclusivamente em conta a ilegalidade da decisão, pois, em muitos casos, especialmente no tocante à dosimetria da pena e ao regime inicial, a decisão está inserida na discricionariedade do julgador, o que inviabiliza a interposição do recurso.

**b)** o caráter utilitário do recurso.

Em muitos casos, mesmo que haja evidente violação a preceito legal, o prazo prescricional está prestes a se escoar, de modo que a interposição do recurso poderia ser prejudicial, gerando a extinção da punibilidade. Em outros casos, como a revogação da prisão preventiva pelo Tribunal de Justiça em sede de habeas corpus, caso haja a interposição do recurso especial, o processo originário já terá sido sentenciado quando for apreciado pela Corte Superior e, com isso, o recurso estará prejudicado.

**c)** se o caso concreto merece ser levado à análise dos Tribunais Superiores.

Em muitas situações, mesmo que a decisão do Tribunal de Justiça afigure-se passível de exposição a recursos de natureza excepcional, analisa-se se há peculiaridades no caso concreto que não recomendam a interposição, para que não haja risco de debilitar orientações já consolidadas ou de veicular teses em situações que não sejam as mais adequadas, do ponto de vista persuasivo, para o acatamento de determinado entendimento.

**d)** se o recurso não implica o reexame de prova

Em casos de absolvição por insuficiência de provas ou por não demonstração do dolo, ou, ainda, em casos de desclassificação para delito de menor gravidade por falta de prova de alguma elementar (da violência ou da grave ameaça no roubo, por exemplo), dentre inúmeros outros, a possibilidade de interposição de recurso especial ou extraordinário esbarra no reexame da prova, vedado pelas súmulas 7 do Superior Tribunal de Justiça e 279 da Corte Suprema.

**e)** se acórdão está em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores

Caso o acórdão esteja em consonância com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, sedimentada em demandas repetitivas, repercussão geral ou súmula, a interposição do recurso é inviável, pois sequer seria admitido, conforme súmula 83 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 1.030, I, "a" e "b", do CPC.

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

A interposição de recurso extraordinário e especial é a principal e mais relevante atribuição do Setor. A atuação, entretanto, é muito mais ampla com inúmeras outras atribuições perante o Tribunal de Justiça e os Tribunais Superiores.

### 1. Junto ao **Tribunal de Justiça de São Paulo**:

**a)** apresentar contrarrazões (art. 1030, caput, do CPC) em todos os recursos especiais e extraordinários em trâmite no Estado, interpostos pelo acusado, pelo assistente do Ministério Público ou por terceiro interessado, salvo no que diz respeito aos recursos extraordinários manejados contra acórdãos prolatados pelos Colégios Recursais (no ano de 2019 foram elaboradas 14.116 contrarrazões pelo Setor); **b)** apresentar contraminutas de agravo em recurso extraordinário ou de agravo em recurso especial manejados pela Defesa (art. 1042, §3º, do CPC - no ano de 2019 foram elaboradas 9.520 contraminutas); **c)** interpor agravo dirigido ao Tribunal ad quem (artigo 1.042 do CPC), se inadmitido recurso extraordinário ou especial por outro fundamento; **d)** interpor agravo regimental contra decisões do Presidente da Seção de Direito Criminal que julguem incidentes processuais de forma desfavorável ao Ministério Público, como, por exemplo, no caso de decretação da extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição (art. 61 do CPP); **e)** apresentar contraminuta a agravo regimental interposto pela Defesa; **f)** opor embargos declaratórios contra acórdãos (art. 619 do CPP), quando a utilização de tal meio integrativo for necessária ao preenchimento do requisito do “prequestionamento” (Súmula 356/STF); **g)** interpor agravo interno (artigo 1.021 do CPC) dirigido à Câmara Especial de Presidentes, na hipótese de negativa de seguimento de recurso extraordinário ou especial com base no artigo 1.030, I, “a” ou “b”, do Código de Processo Civil; **h)** apresentar contraminutas de agravo interno (art. 1.021, §2º, do CPC), nas hipóteses de inconformismo da Defesa quanto à negativa de seguimento a RE ou a REsp com base no artigo 1.030, I, do CPC; **i)** ingressar com reclamação nas hipóteses dos arts. 988 e seguintes do CPC.

### 2. Nos **Tribunais Superiores**:

Com a consolidação do entendimento de que os Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal têm legitimidade para propor e atuar em recursos e meios de impugnação de decisões judiciais em trâmite no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, oriundos de processos de sua atribuição, sem prejuízo da atuação do Ministério Público Federal (Tema 946 da sistemática de recursos com repercussão geral - RE 985392/RS), o Setor passou a ter, também, as atribuições a seguir elencadas:

#### 2.1. No **Superior Tribunal de Justiça**:

**a)** tomar ciência de todas as decisões proferidas em julgamento de recurso especial, de agravo em recurso especial, e de agravo regimental interpostos pela defesa ou pelo Ministério Público, para

## Boletim Criminal Comentado nº 093 - maio 2020

análise da viabilidade de recursos no próprio STJ ou ao STF; **b)** opor embargos de declaração contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas em recursos da defesa e/ou do Ministério Público; **c)** apresentar manifestação em caso de embargos declaratórios opostos pela Defesa com pretensão infringente (art. 1.023, §2º, do CPC); **d)** interpor agravo regimental contra decisão monocrática (art. 258 do RISTJ); **e)** interpor recurso extraordinário contra decisão colegiada do STJ que contrarie norma constitucional; **f)** interpor agravo em recurso extraordinário ou agravo interno, nas hipóteses, respectivamente, de inadmissão de recurso extraordinário ministerial (art. 1.030, V, do CPC) ou de negativa de seguimento (art. 1030, I, “a”, do CPC); **g)** apresentar contraminuta de agravo regimental na hipótese de inconformismo do acusado com decisão monocrática que julga recurso especial ou agravo em recurso especial; **h)** manejar embargos de divergência para a 3ª Seção do STJ (art. 1.043 do CPC e art. 266 do RISTJ); **i)** elaborar impugnação a embargos de divergência opostos pela Defesa; **j)** apresentar contrarrazões de recurso extraordinário interposto contra decisão do STJ, inclusive quando o recorrente for o Ministério Público Federal; **k)** apresentar contraminuta de agravo em recurso extraordinário ou de agravo interno, quando inadmitido ou negado seguimento a recurso extraordinário defensivo ou do Ministério Público Federal; **l)** formular requerimentos de concessão de tutela de urgência (art. 228 do RISTJ) e de execução de penas, elaborar pedido de preferência/prioridade no julgamento, manifestar-se sobre pleitos de reconhecimento da ocorrência de prescrição (art. 61 do CPP) etc.

### 2.2. No Supremo Tribunal Federal:

**a)** Tomar ciência das decisões monocráticas proferidas em julgamento de recurso extraordinário ou recurso extraordinário com agravo, interpondo, se necessário, agravo regimental (art. 317, caput, do RISTF); **b)** elaborar contraminuta de agravo regimental, na hipótese de inconformismo do acusado com decisão monocrática que julga recurso extraordinário ou recurso extraordinário com agravo; **c)** tomar ciência de decisões de Turma que julguem recurso extraordinário ou recurso extraordinário com agravo, manejando, se presentes os pressupostos, embargos de divergência, para o Plenário (art. 1.043 do CPC e art. 330 do RISTF); **d)** interpor agravo regimental contra decisão monocrática que não admitir embargos de divergência (art. 335, §2º, do RISTF); **e)** elaborar impugnação a embargos de divergência opostos pela Defesa (art. 335, caput, do RISTF); **f)** opor embargos declaratórios contra decisão omissa, obscura ou contraditória de órgão colegiado do STF (art. 337 do RISTF); **g)** apresentar manifestação em caso de embargos declaratórios opostos pela Defesa com pretensão infringente (art. 1.023, §2º, do CPC); **h)** formular requerimentos de concessão de medida cautelar em recurso (art. 304 do RISTF) e de execução de penas, elaborar pedido de preferência/prioridade no julgamento, manifestar-se sobre pleitos de reconhecimento da ocorrência de prescrição (art. 61 do CPP) etc.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 093 - maio 2020

Em síntese, ressalvados os feitos de competência originária, a partir da entrega da prestação jurisdicional pelo Tribunal de Justiça, o Setor atua em todos os feitos criminais em trâmite no Estado de São Paulo em que houve interposição de recurso extraordinário ou especial, seja por parte do Ministério Público, do acusado, do assistente do Ministério Público ou de terceiro interessado, acompanhando-os e neles atuando até o trânsito em julgado.

O órgão da Instituição em atuação no Setor defende, portanto, os interesses da coletividade em matéria penal mediante a interposição de recursos diversos, ou, quando não for este o caso, por meio da elaboração de peças reativas, inclusive junto aos Tribunais Superiores.

# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 094

**Procurador-Geral de Justiça**  
Mário Luiz Sarrubbo

**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)

**Analista Jurídica**  
Ana Karenina Saura Rodrigues

## **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

### **1-Tema: AGRAVO REGIMENTAL/INTERNO COM PEDIDO DE URGÊNCIA DE RECONSIDERAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA PELO STJ**

No último dia 29 de maio de 2020, o Procurador-Geral de Justiça recorreu da decisão liminar do STJ, em Habeas Corpus, que libertou, de uma só vez, 187 presos da Penitenciária 2 de Potim.

No link abaixo, segue o recurso manejado na referida Corte Superior, pleiteando seja reconsiderada a decisão provisória que determinou a soltura dos presos. **Clique [aqui](#)**

### **2- Tema: NOTA TÉCNICA Nº 3 OBSERVAÇÕES SOBRE A SITUAÇÃO PRISIONAL NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS:**

O CAOCRIM analisou as estatísticas da semana passada fornecidas pela Secretaria da Administração Penitenciária, que revelaram o estado de contaminação da COVID em presos e agentes penitenciários. A Nota Técnica demonstra o bom controle da contaminação da COVID na população prisional e o contexto dos pedidos de revogação de prisão preventiva e benefícios aos Sentenciados. **Clique [aqui](#) para ter acesso.** Estamos monitorando tais estatísticas e, praticamente em tempo real, fornecendo as informações às procuradorias de justiça e às promotorias criminais.

### **3 – Tema: Pena restritivas de direitos sua conversão:**

Reza o art. 181 da LEP:

***“Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.***

***§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:***

- a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;***
- b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;***
- c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;***
- d) praticar falta grave;***

## Boletim Criminal **Comentado** nº 094 - Junho 2020

*e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.*

*§ 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a”, “d” e “e” do parágrafo anterior.*

*§ 3º A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a” e “e”, do § 1º, deste artigo”.*

Ao referido artigo soma-se o art. 44, §§ 4º. e 5º., do CP:

*“§ 4o 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.*

*§ 5o 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”.*

Discute-se se a prisão cautelar em processo diverso é suficiente para implicar na reconversão da PRD em privativa de liberdade. Entendemos que não. liberdade por outro crime que inviabilize o cumprimento simultâneo, a melhor solução é requerer a suspensão da PRD, acompanhada de pedidos bimestrais de informações sobre o estado do novo procedimento/processo.

Nesse sentido:

por outro crime que inviabilize o cumprimento simultâneo, tratando-se, apenas, de prisão cautelar, melhor solução, neste caso, a fim de ev

PROVIDO.

(Agravos 7 779

Em sentido contrário:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 094 - Junho 2020

EXECUÇÃO PENAL. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA SUPERVENIENTE. PENA SUBSTITUTIVA. INVIABILIDADE DE CUMPRIMENTO. ART. 116 DO CPP. NÃO AFASTA A CONVERSÃO. 1. É adequada a conversão da pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade, diante da prisão preventiva decretada em outro processo, confirmada em sentença condenatória, tendo sido expedida a respectiva ficha individual e instaurada a execução provisória, pois a situação representa a inviabilidade de cumprimento simultâneo das penas. 2. O artigo 116 do Código Penal não representa autorização legislativa para se deixar de converter as penas restritivas de direitos em privativa de liberdade, de forma a apenas suspender o curso do prazo prescricional até o desfecho do processo pelo qual o condenado está recolhido (TRF-4 - EP: 50209071520174047000 PR 5020907-15.2017.404.7000, Relator: BIANCA GEORGIA CRUZ ARENHART, j. 1/8/2017, SÉTIMA TURMA).

### STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM

#### DIREITO PROCESSUAL PENAL:

##### 1 – Tema: Caso Marielle. Investigação sobre mandantes do crime fica no âmbito da Justiça Estadual do Rio de Janeiro

Em decisão unânime, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou improcedente, nesta quarta-feira (27), o incidente de deslocamento de competência ajuizado pela Procuradoria-Geral da República (PGR) que buscava transferir para a esfera federal a investigação sobre os mandantes do assassinato da vereadora Marielle Franco e de seu motorista Anderson Gomes, ocorrido em 2018 no Rio de Janeiro.

A ministra Laurita Vaz, relatora, defendeu a manutenção do caso sob a competência da Justiça estadual, da Polícia Civil e do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Para ela, o caso não preenche os requisitos necessários para a federalização. A ministra disse que não é possível verificar desídia ou desinteresse por parte das autoridades estaduais nas investigações para solucionar o crime.

#### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Esta notícia nos obriga a comentar, ainda que sucintamente, o denominado incidente de descolamento de competência (IDC), estabelecido no art. 109, § 5º, da Constituição Federal, lembrando que a justiça paulista enfrenta igual pedido, mais precisamente no episódio conhecido

“Mães de M ” (1).

Reza o art. 109, §5º, da CF:

**“Art. 109 CF**

---

<sup>1</sup> Há exatos dez anos, entre os dias 12 e 20 de maio de 2006, pelo menos 564 pessoas foram mortas no estado de São Paulo, segundo levantamento da Universidade de Harvard, a maioria em situações que indicam a participação de policiais. A maior parte dos casos, apontam pesquisadores, fazia parte de uma ação de vingança dos agentes de segurança do Estado contra os chamados ataques da facção Primeiro Comando da Capital (PCC), que se concentraram nos dois primeiros dias do período. A chacina daquele ano ficou conhecida como Crimes de Maio, a maior do século 21 e talvez a maior da história do país - para efeito de comparação, em toda a última ditadura civil-militar, que durou 21 anos, 434 pessoas foram mortas pelo Estado. Uma década depois do massacre de 2006, apenas um agente público foi responsabilizado pelas mortes. Condenado, ele responde a recurso em liberdade e continua atuando como policial militar. O gritante número de assassinatos e o desinteresse da Justiça em punir os responsáveis deu origem ao movimento Mães de Maio, formado principalmente por familiares das vítimas do massacre.

## Boletim Criminal Comentado nº 094 - Junho 2020

(...)

**§ 5º** *Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal”.*

**Incidência:** grave violação dos direitos humanos – “ ”  
repercussão no âmbito coletivo.

Neste primeiro requisito já conflitam duas correntes. Uma primeira defende que o incidente pode ser tanto na esfera criminal, quanto na cível (ilícitos de maneira geral que importam em violação de direitos humanos). Outra, leciona que somente pode incidir na esfera criminal.

**Finalidade:** assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos. Aqui necessário recordar o papel dúplice da União, que representa uma parte do Estado-federal, mas também representa o Estado federal, pois quem celebra contratos é a União.

**Oportunidade:** “ ” ( “ ” razão pela qual, como vimos, para uma corrente o instituto alcança também o civil).

Nas academias se ensina “ h ” h  
estão positivados ou quantificados; logo, são ilimitados no tempo e no espaço. Não podem ser “ ”  
---- positivados, limitados no território e no tempo em decorrência de seu reconhecimento formal. Para dar ensejo ao deslocamento de competência, qual violação deve ser constatada: dos direitos humanos ou dos fundamentais? A doutrina vem ditando que a melhor solução, tendo em conta a concordância prática dos preceitos constitucionais, é de que o deslocamento deve ser aplicado aos direitos humanos, e não apenas aos direitos fundamentais reconhecidos no texto constitucional.

**Legitimidade:** Procurador-Geral da República apenas.

**Competência:** STJ. Por que o STJ e não o STF, já que envolve questão de natureza federativa? Porque ele é responsável por dirimir os conflitos de competência. Contudo, isso não inibe o uso de recurso extraordinário ao STF.

De forma implícita (construção do Direito Internacional e do Direito Constitucional de alguns países), mais um requisito se apresenta:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 094 - Junho 2020

**Subsidiariedade:** “ ” h -  
membro ou fundado receio de impunidade.

**Crítica:** O incidente nos parece totalmente desnecessário no Estado Democrático de Direito, pois existem instrumentos já consagrados para lidar com eventuais falhas no sistema de justiça local: **a)** federalização (unificação) das investigações: de acordo com o disposto no art. 1º, inciso III, da Lei nº 10.446/02 – que regulamenta o art. 144, § 1º, inciso I, da CF/88 – é possível a atuação da Polícia Federal em casos de violação de direitos humanos, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos estaduais de segurança pública; **b)** desaforamento no rito do Júri quando os jurados forem suspeitos ou comprometidos (art. 424 do CPP); **c)** intervenção federal no Estado-membro para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (art. 34, inciso VII, b, da CF/88). Se existem estes expedientes, não há papel relevante para o incidente de descolamento incompetência.



## **DIREITO PENAL:**

---

**1-Tema: Prescrição da pretensão executória. Início da contagem do prazo. Impossibilidade. Cumprimento de pena decorrente de condenação imposta em outro processo. Inteligência do artigo 116 do Código Penal.**

### **INFORMATIVO 670 STJ-QUINTA TURMA**

O cumprimento de pena imposta em outro processo, ainda que em regime aberto ou em prisão domiciliar, impede o curso da prescrição executória.

De acordo com o parágrafo único, do artigo 116, do Código Penal, "depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo".

PROCESSO AgRg no RHC 123.523-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 13/4/2020, DJe 20/4/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Tal qual a prescrição da pretensão punitiva, a prescrição da pretensão executória pode ser suspensa (art. 116, parágrafo único, CP) e interrompida (art. 117, incisos V e VI, CP).

Dispõe o art. 116, parágrafo único:

***“Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”.***

É conditio *sine qua non* ao cômputo prescricional que o condenado possa ser preso para o cumprimento da sentença transitada em julgado. Se o Estado não pode executar a pena porque o condenado está preso por outro motivo, não é razoável que se imponha a prescrição, porque, afinal, não se trata da inércia que fundamenta a extinção da punibilidade

Ao interpretar o referido dispositivo legal, esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que o cumprimento de pena imposta em outro processo, ainda que em regime aberto ou em prisão domiciliar, impede o curso da prescrição executória.

Assim, não há que se falar em fluência do prazo prescricional, o que impede o reconhecimento da extinção de sua punibilidade.

Quanto ao ponto, é imperioso destacar que o fato de o prazo prescricional não correr durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo não depende da unificação das penas.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 094 - Junho 2020

**2- Tema: Livramento condicional. Descumprimento das condições. Requisito subjetivo. Concessão de indulto. Não impedimento.**

### **INFORMATIVO 670 STJ-QUINTA TURMA**

O descumprimento das condições impostas para o livramento condicional não pode ser invocado para impedir a concessão do indulto, a título de não preenchimento do requisito subjetivo.

PROCESSO: AgRg no HC 537.982-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 13/4/2020, DJe 20/4/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Na decisão em comento discutiu-se a possibilidade de se considerar o descumprimento das condições do livramento condicional como falta grave, apta a obstaculizar a concessão do indulto.

De acordo com a jurisprudência do STJ, para a análise do pedido de indulto ou comutação de penas, o magistrado deve restringir-se ao exame do preenchimento dos requisitos previstos no decreto presidencial, uma vez que os pressupostos para a concessão da benesse são da competência privativa do presidente da República. Dessa forma, qualquer outra exigência caracteriza constrangimento ilegal.

O art. 3º do Decreto n. 7.873/2012 prevê que apenas falta disciplinar de natureza grave prevista na Lei de Execução Penal cometida nos 12 (doze) meses anteriores à data de publicação do decreto, pode obstar a concessão do indulto.

É cediço, portanto, que o descumprimento das condições do livramento condicional não encontra previsão no art. 50 da Lei de Execuções Penais, o qual elenca de forma taxativa as faltas graves. Eventual descumprimento de condições impostas não pode ser invocado a título de infração disciplinar grave a fim de impedir a concessão do indulto.

Desse modo, decidiu a Corte não há amparo no decreto concessivo para que faltas disciplinares não previstas na LEP sejam utilizadas para obstar a concessão do indulto, a título de não preenchimento do requisito subjetivo.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 094 - Junho 2020

### **MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

#### **1- Tema: natureza jurídica do crime do art. 308 do CTB: de concurso eventual ou necessário?**

Código de Processo Penal, art. 28

Autos n.º 1500006-62.2020.8.26.0185 – MM. Juízo do Foro de xxxxxx

Autor: xxxxx

Assunto: revisão de promoção de arquivamento de inquérito policial

Cuida-se de investigação criminal instaurada para apurar a conduta perpetrada por R.P.C.B..

Consta dos autos que, no dia 2 de janeiro de 2020, por volta das 18h00, na rua Jundiaí, bairro xxx, na cidade de xxx, o investigado R. com sua motocicleta Honda/CG Titan, placas AxP 4xx7, quando, ao passar pelo local supracitado, empinou o veículo e passou a andar por vários metros apenas com a roda traseira da moto.

Na sequência, o investigado virou na rua Minas Gerais e, logo em seguida, repetiu a manobra e empinou novamente a motocicleta na via pública.

A testemunha R.C.P., ouvido as fls. 09, informou que é policial civil e, no dia dos fatos, quando saía de sua residência na rua Jundiaí, avistou R. vindo em sua direção com sua motocicleta e, quando se aproximou, o investigado empinou o veículo e andou alguns metros apenas com a roda traseira. Mesmo sabendo que a testemunha é policial civil, o investigado virou na esquina e novamente repetiu a manobra arriscada em via pública, como forma de provocação ao referido policial.

Ouvido na delegacia, R. negou ter empinado a motocicleta na via pública (fls. 10).

O laudo pericial de fls. 37/44, que analisou as imagens captadas por uma câmera de segurança, comprovou que o investigado empinou sua motocicleta na via pública.

Relatado o feito (fls. 49/50), a Douta Promotora de Justiça pleiteou o arquivamento do expediente, pela atipicidade da conduta.

Argumentou que, mesmo com as alterações promovidas no artigo 308 do CTB pela Lei n. 567“ cia”

“

”

para sua configuração (crime de concurso necessário ou plurissubjetivo).

## Boletim Criminal Comentado nº 094 - Junho 2020

O MM. Juiz, contudo, discordou do pleito de arquivamento, por entender que, ao menos na específica modalidade exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, introduzida pela Lei nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017, a infração penal não é de concurso necessário, bastando o risco.

Eis a síntese do necessário.

A razão socorre o Digníssimo Magistrado, com a devida vênia da Ilustre Representante Ministerial; senão, vejamos.

De fato, a materialidade do delito está comprovada, notadamente em face do laudo pericial de análise das imagens captadas no dia dos fatos e comprovou que o investigado empinou sua motocicleta na via pública.

Da mesma forma, restou comprovada a autoria.

E a conduta do investigado se amolda ao tipo do artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro.

Num primeiro momento, afigura-se sedutor o argumento de que o delito do art. 308, do CTB, com a redação dada pela Lei nº 13.546/17, será sempre um crime de concurso necessário.

A tese, contudo, embora respeitável, não se sustenta.

Trata-se de norma penal de conteúdo variado, misto, alternativo. A premissa de que o delito é de concurso necessário se revela verdadeira apenas no tocante à primeira parte do preceito primário da norma penal:

Art. 308. Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística...

“ h ”

não autorizada se houver pelo menos dois condutores.

Mas não é verdadeira a premissa no tocante à segunda parte da norma penal:

...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.

Isso porque a manobra de exibição de perícia, em via pública, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada, não exige a atuação de mais de um condutor para que o delito se perfeça.

## Boletim Criminal Comentado nº 094 - Junho 2020

Essas peripécias, na maioria das vezes, conforme demonstra a experiência ordinária, são executadas por um só condutor, como que num inaceitável exibicionismo, colocando em risco a vida e a integridade corporal de outros condutores e transeuntes.

Além disso, é importante lembrar que as famigeradas manobras perigosas na via pública, como “ ” “ ” “ ” empinando o guidão etc., antes da mudança implementada ao art. 308, do Código de Trânsito, alteração que se tornou eficaz em 19 de abril de 2018, se adequavam à vetusta figura contravencional do art. 34, da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41), de direção perigosa de veículo na via pública, além das infrações administrativas correlatas, previstas nos arts. 173 a 175, do Código de Trânsito.

E, tendo em vista o princípio da continuidade típico-normativa, a realidade é que o legislador não revogou a contravenção penal, mas derogou-a, passando a cuidar da matéria por ela até então tratada, pois a direção perigosa de veículo automotor em via pública continuou a ser ilícito penal, porém agora sob outra roupagem, configurando o crime do art. 308, do Código de Trânsito, além das infrações administrativas acima reportadas.

Há de se levar em conta, ainda, a *mens legis*, ou seja, a finalidade do legislador ao editar a norma: ao ampliar o alcance da figura típica do art. 308, para incluir, além das competições, corridas ou disputas na direção de veículo automotor, as manobras de exibição de perícia, o que o legislador penal quis foi tornar mais abrangente o espectro de proteção da norma penal, não restringi-lo, como se dá caso se entenda que, mesmo nessas manobras de exibição de perícia, o crime será sempre de concurso necessário ou de autoria plúrima.

Se não bastasse, estamos num dos países do mundo em que as pessoas mais perdem suas vidas (2) em acidentes do trânsito, além das sequelas incapacitantes. Infelizmente, somente a pandemia do novo Corona vírus tem superado diariamente as mortes em acidentes de tráfego, que constituem triste cifra que nos coloca entre os cinco países do mundo em que mais pessoas perdem a vida em acidentes de trânsito.

Nesse contexto, o bem jurídico segurança viária, ou segurança no trânsito, proclamado no art. 1º, § 1º, do Código de Trânsito, como um direito de todos e dever do Estado e dos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, assume o caráter de direito fundamental.

---

<sup>2</sup> Com 40.721 vítimas em 2019, segundo relatório anual da Líder, administradora do seguro DPVAT, as mortes no trânsito são a décima principal causa de mortalidade do Brasil. O ranking é encabeçado pelas vítimas de problemas de saúde como câncer (223.757) e doenças do coração (175.950) e cerebrovasculares (99.904), segundo o Datasus de 2018 – último ano atualizado -, plataforma de dados sobre mortalidade do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/coronavirus-ja-mata-mais-que-acidente-de-transito-por-dia-no-brasil/> - acesso em 16 de maio de 2020.

## Boletim Criminal Comentado nº 094 - Junho 2020

E assim já foi declarado pelo Tribunal da Cidadania (STJ), em Acórdão da lavra do Eminentíssimo Ministro Herman Benjamin, ao julgar o Recurso Especial nº 1677380/RS:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TAXISTA. TESTE DE ALCOOLEMIA, ETILÔMETRO OU BAFÔMETRO. RECUSA EM SE SUBMETER AO EXAME. SANÇÃO ADMINISTRATIVA. ART. 277, §3º C/C ART. 165 DO CTB. AUTONOMIA DAS INFRAÇÕES. IDENTIDADE DE PENAS. DESNECESSIDADE DE PROVA DA EMBRIAGUEZ. INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA. DEVER INSTRUMENTAL DE FAZER.

PRINCÍPIO DA NÃO 1 Com 40.721 vítimas em 2019, segundo relatório anual da Líder, administradora do seguro DPVAT, as mortes no trânsito são a décima principal causa de mortalidade do Brasil. O ranking é encabeçado pelas vítimas de problemas de saúde como câncer (223.757) e doenças do coração (175.950) e cerebrovasculares (99.904), segundo o Datasus de 2018 – último ano atualizado -, plataforma de dados sobre mortalidade do Ministério da Saúde. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/coronavirus-ja-mata-mais-que-acidente-de-transito-por-dia-no-brasil/> - acesso em 16 de maio de 2020. AUTOINCRIMINAÇÃO. INAPLICABILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. TIPO ADMINISTRATIVO QUE NÃO CONSTITUI CRIME. SEGURANÇA VIÁRIA. DIREITO FUNDAMENTAL. DEVER DO ESTADO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA RESPEITADA. SÚMULA 301/STJ. PREVISÃO DE EFEITOS LEGAIS CONTRÁRIOS A QUEM SE RECUSA A SE SUBMETER A PROVA TÉCNICA. TEMA NÃO EXCLUSIVO DO CTB E SUMULADO PELO STJ. INFRAÇÃO COMETIDA NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE TRANSPORTE REMUNERADO DE PASSAGEIROS. ATIVIDADE DEPENDENTE DE AUTORIZAÇÃO ESTATAL. SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA REGIDO PELA LEI 12.587/2012. OBRIGAÇÃO DE CUMPRIR A LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO REFORÇADA.

Além disso, o princípio da vedação à proteção deficiente de bens jurídicos não se coaduna com a interpretação no sentido de exigir sempre o concurso necessário para que o delito se perfeça, restringindo o alcance da norma penal e deixando desprotegido da incidência do Direito Penal bem jurídico fundamental.

“ ”

exigência do concurso necessário, de se convir que o fundamento invocado não se justifica, pois um condutor pode perfeitamente no trânsito tomar parte de (e no trânsito, somos todos partícipes, sejamos condutores ou pedestres) execução de manobra de exibição de perícia, sem autorização da autoridade competente, em via pública, gerando situação de risco, realizando, portanto, o tipo penal.

ô “ ” (3). Portanto, quem executa ou lida com manobras de exibição de perícia em via pública, sem autorização da autoridade de trânsito competente, incorre, sem dúvida, no tipo penal do art. 308, do Código de Trânsito Brasileiro, ainda que ajaisoladamente.

Não se trata, com efeito, de crime de concurso necessário, nessa segunda modalidade.

No sentido de que o delito em comento poder ser praticado por apenas um condutor, os sempre precisos comentários do professor ROGÉRIO SANCHES CUNHA:

## Boletim Criminal **Comentado** nº 094 - Junho 2020

“... 5 6 7 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, 8(‘ h ’ crime efetuar manobras nas quais o motorista pretende demonstrar especial habilidade, como o ‘ de-’ a motocicleta em apenas uma roda, isso desde que o condutor esteja na via pública, não tenha” (4).

Nesse contexto, forçoso convir que há base empírica suficiente para a persecução criminal em juízo pelo delito do art. 308, do Código de Trânsito Brasileiro.

Diante do exposto, designa-se outro membro ministerial para oferecer denúncia, devendo prosseguir no feito em seus ulteriores termos, facultada a observação do disposto no art. 4-A do Ato Normativo n.º 302 (PGJ/CSMP/CGMP), de 07 de janeiro de 2003, com redação dada pelo Ato Normativo n.º 488 (PGJ/CSMP/CGMP), de 27 de outubro de 2006.

O D. Promotor de Justiça designado poderá avaliar o eventual cabimento do Acordo de Não Persecução Penal, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 13.964/19.

Expeça-se portaria designando o substituto automático.

São Paulo, 18 de maio de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo  
Procurador-Geral de Justiça

<sup>3</sup> <https://www.dicio.com.br/participar/> - acesso em 16 de maio de 2020.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-altera-disposicoes-codigo-de-transito-brasileiro/Acesso em 17 de maio de 2020.>

# CAO – Crim

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95

**Procurador-Geral de Justiça**

Mário Luiz Sarrubbo

**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

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues



**ORIENTAÇÃO CONJUNTA PGJ/CGMP**

---

**1-Tema: ANPP e o crime de racismo**

**ORIENTAÇÃO CONJUNTA N.1 PGJ/SP e CGMP/SP:**

A Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo,

Considerando que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88);

Considerando constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, dentre outros, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88);

Considerando que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais, dentre outros, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4º, II e VIII, CF/88);

Considerando que a prática do racismo, por ordem constitucional, constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII, CF/88);

Considerando que a Carta das Nações Unidas baseia-se em princípios de dignidade e igualdade inerentes a todos os seres humanos, e que todos os Estados-membros, dentre eles o Brasil, comprometem-se a tomar medidas separadas e conjuntas, em cooperação com a Organização, para a consecução de um dos propósitos das Nações Unidas, que é promover e encorajar o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminação de raça, sexo, idioma ou religião;

Considerando que todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação e contra qualquer incitamento à discriminação;

Considerando que as Nações Unidas têm condenado o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação a ele associadas, em qualquer forma e onde quer que existam, e que a Declaração sobre a Outorga da Independência aos Países e Povos Coloniais de 14 de dezembro de 1960 (Resolução 1514 (XV) da Assembleia Geral) afirmou e proclamou solenemente a necessidade de levá-las a um fim rápido e incondicional;

Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 20 de dezembro de 1963 (Resolução 1.904 (XVIII) da Assembleia Geral) afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial no mundo, em

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 - junho 2020

todas as suas formas e manifestações, e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana;

Considerando que a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum;

Considerando que a discriminação entre as pessoas por motivo de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo às relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre os povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado, até dentro de um mesmo Estado;

Considerando que a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana;

Considerando, por fim, que o Supremo Tribunal Federal, no HC 104.410/RS, bem alertou que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.

Resolvem, com fundamento nos artigos 19, X, “d”, e 37, ambos da Lei Complementar 734/93, expedir ORIENTAÇÃO CONJUNTA, a ser observada pelos órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

Com o fim de obedecer e concretizar os fundamentos, objetivos e os princípios estabelecidos na Constituição Federal, nos documentos internacionais de direitos humanos, em especial na Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de São Paulo devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, é franqueado inegável protagonismo de agente político definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 - junho 2020

Uma proposta de política criminal pode ser exercida por um dos seus principais atores - o Ministério Público – notadamente quando voltada, como no caso da ORIENTAÇÃO em análise, à valoração consequencialista dos crimes passíveis ou não do ANPP. O acordo não pode ser reduzido a uma atividade mecânica, desprovida de um crítico juízo institucional e desconhecedor das peculiaridades da realidade e do sistema de justiça. Nada mais natural que o Ministério Público atue neste espaço de conformação, editando ato que expresse uma **diretriz de política criminal**. Nesta linha de ideias ensina Busato: (...) as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir, a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico. (...) Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro ‘filtro’ das questões que doravante tendem a ser postas em discussão (*Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 69-70).

E antes que se acuse a ORIENTAÇÃO de ativismo ministerial, cumpre destacar que uma das principais funções de uma política criminal institucional é justamente servir de instrumento de combate aos voluntarismos individuais que acabam por desagregar a unicidade do direito e a segurança jurídica.

Neste cenário, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público, entenderam por bem expedir a presente orientação conjunta de atuação aos Membros da Instituição, frisando que todos os órgãos de execução devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais, sendo tais modalidades de Justiça Consensual insuficientes para a prevenção e reprovação pela prática de tais delitos.

## **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

### **1-Tema: Necessidade do laudo toxicológico para a configuração da falta grave consistente na posse de droga**

A jurisprudência do STJ vem se firmando no sentido de ser imprescindível a confecção do laudo toxicológico definitivo para a comprovação da materialidade da conduta ilegal ou, no caso, da falta grave, não suprimindo tal necessidade o laudo provisório de constatação, tampouco o testemunho nem a confissão.

“Ademais, resta patente que a anotação da referida transgressão disciplinar independe de condenação penal, não havendo falar-se em ausência de comprovação da materialidade do fato. Isto porque, em face da Lei de Execução Penal, não prevalece o princípio da presunção de inocência”, decidiu o Min. Sebastião Júnior. “Há de se aplicar o mesmo entendimento, da necessidade do exame toxicológico, aos casos de cometimento de falta disciplinar de natureza grave, por posse de ‘drogas’, delito que deixa vestígios, para comprovação da materialidade delitiva”, concluiu.

Esse contexto exige do Promotor de Justiça das Execuções Criminais atenção e, por cautela, providencie a juntada do laudo químico toxicológico para que surtam os efeitos decorrentes da caracterização da falta grave durante o cumprimento da pena.

Clique [aqui](#) para ter acesso a pesquisa do CAO-CRIM

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Terceira Seção fixa condições para exame de habeas corpus quando já interposto recurso pela defesa**

**DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que o habeas corpus, quando já tiver sido interposto o recurso próprio contra a mesma decisão judicial, só será examinado se for destinado à tutela direta da liberdade de locomoção ou se contiver pedido diverso do recurso que reflita no direito de ir e vir.

Nas demais hipóteses, o colegiado entendeu que o habeas corpus não deverá ser admitido, e o exame das questões que ele apontava ficará reservado para o julgamento do recurso – ainda que a matéria discutida tenha relação indireta com a liberdade individual.

Dessa forma, a seção não conheceu de habeas corpus no qual a defesa pedia a desclassificação da conduta imputada ao réu, por estar pendente o julgamento de apelação com o mesmo pedido no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP).

O relator, ministro Rogerio Schietti Cruz, ressaltou que a Sexta Turma já havia substituído a prisão preventiva do paciente por medida cautelar de comparecimento em juízo, restando nesse novo pedido apenas a discussão sobre a desclassificação da conduta. Schietti ressaltou que o TJSP não conheceu do habeas corpus lá impetrado justamente por entender que a matéria será mais bem analisada na apelação já interposta.

De acordo com o relator, estando pendente de julgamento a apelação no TJSP, a análise do habeas corpus pelo STJ "implica, efetivamente, ostensiva e inadmissível supressão de instância, justamente porque não caracterizada, na decisão impugnada, a ocorrência de flagrante ilegalidade ou de teratologia jurídica cerceadora do direito de locomoção".

Leia o **acórdão**.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **HC 482549**

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O sistema recursal permite à parte que se sentir prejudicada submeter ao órgão colegiado competente a revisão do ato judicial, "na forma e no prazo previstos em lei". Ao mesmo tempo, o uso do habeas corpus pode ser uma estratégia válida, mas a defesa precisa sopesar as vantagens e desvantagens dessa opção.

## Boletim Criminal Comentado nº 95 – junho 2020

Segundo o ministro Rogério Schietti, a apelação é a via processual mais adequada para impugnar a sentença condenatória, pois "devolve ao tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria versada nos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas, com todas as suas nuances", sem as limitações do habeas corpus – e o mesmo se pode dizer, com as devidas adaptações, dos demais recursos do processo penal.

Para Schietti, é preciso respeitar a racionalidade do sistema recursal e evitar que o emprego concomitante de dois meios de impugnação com a mesma pretensão comprometa a capacidade da Justiça criminal de julgar de modo organizado, acurado e correto – o que traz prejuízos para a sociedade e os jurisdicionados em geral.

O ministro explicou que é inequívoco o cabimento do habeas corpus para tutelar, de forma direta e exclusiva, a liberdade de locomoção que esteja concretamente ameaçada ou efetivamente violada por ilegalidade ou abuso de poder contido na sentença condenatória. "Ao recurso de apelação caberá, pois, a revisão da decisão de primeiro grau nos demais pontos que, eventualmente, hajam sido impugnados pela defesa (nulidades, individualização da pena etc.)", disse ele.

Segundo o ministro, nas hipóteses em que o habeas corpus possuir, além do pedido de tutela direta da liberdade, um ou mais objetos idênticos aos da apelação, somente será admissível o seu conhecimento na parte relativa à prisão – se houver insurgência nesse sentido –, cabendo à apelação o exame das outras questões suscitadas pela defesa.

No entanto, se o réu estiver em liberdade e o objeto do habeas corpus for idêntico ao da apelação, não haverá como permitir o prosseguimento do pedido, tendo em vista a opção do legislador ao prever recurso próprio para a impugnação. "O habeas corpus, nesse caso, estará sendo nitidamente utilizado de forma desvirtuada, como meio de contornar as especificidades de tramitação do recurso de apelação, usualmente mais demorado", afirmou o relator.

Schietti ressaltou ainda que, quando a apelação não for conhecida, será possível a utilização do habeas corpus para sanar eventual constrangimento ilegal da sentença. Ele destacou que esse uso do habeas corpus – em caráter subsidiário – somente deve ser permitido depois de proferido o juízo negativo de admissibilidade da apelação.

**2- Tema: Violência doméstica e familiar contra mulher. Delito praticado por neto contra avó. Situação de vulnerabilidade. Lei n. 11.340/2006. Aplicabilidade.**

**INFORMATIVO 671 STJ- QUINTA TURMA**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 – junho 2020

Constatada situação de vulnerabilidade, aplica-se a Lei Maria da Penha no caso de violência do neto praticada contra a avó.

### INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR

A Lei Maria da Penha objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar que, cometida no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, cause-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica, podendo integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas, a sogra, a avó, ou qualquer outra parente que mantenha vínculo familiar ou afetivo com o agressor.

Ainda nesse sentido, é necessária a demonstração da motivação de gênero ou da situação de vulnerabilidade que caracterize a conjuntura da relação íntima do agressor com a vítima.

Com efeito, se, no âmbito da unidade doméstica, a vítima encontrar-se em situação de vulnerabilidade decorrente de vínculo familiar, configura-se o contexto descrito no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006.

PROCESSO: AgRg no AREsp 1.626.825-GO, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 5/5/2020, DJe 13/5/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A Lei Maria da Penha objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar que, cometida no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, cause-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial.

Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele.

É necessária, contudo, a demonstração da motivação de gênero ou da situação de vulnerabilidade que caracterize a conjuntura da relação.

**DIREITO PENAL:**

---

**1 - Tema: Tráfico de drogas. Dependências ou imediações de igrejas. Causa de aumento de pena. Art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006. Não incidência.**

**INFORMATIVO 671 STJ - SEXTA TURMA**

Não incide a causa de aumento de pena prevista no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006 em caso de tráfico de drogas cometido nas dependências ou nas imediações de igreja.

**INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

Inicialmente, cumpre salientar que, segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, não é necessária a comprovação da efetiva mercancia nos locais elencados na lei, tampouco que a substância entorpecente atinja, diretamente, os trabalhadores, os estudantes, as pessoas hospitalizadas etc., sendo suficiente que a prática ilícita ocorra nas dependências, em locais próximos ou nas imediações de tais localidades.

No caso, nas imediações onde ocorreram os fatos, havia duas igrejas, estabelecimentos que, no entanto, não se enquadram em nenhum dos locais previstos pelo legislador no referido inciso.

Decerto, a razão de ser dessa causa especial de aumento de pena é a de punir, com maior rigor, aquele que, nas imediações ou nas dependências dos locais especificados no inciso III do art. 40 da Lei n. 11.343/2006, dada a maior aglomeração de pessoas, tem como mais ágil e facilitada a prática do tráfico de drogas (aqui incluídos quaisquer dos núcleos previstos no art. 33 da citada lei), justamente porque, em localidades como tais, é mais fácil para o traficante passar despercebido à fiscalização policial, além de ser maior o grau de vulnerabilidade das pessoas reunidas em determinados lugares.

No entanto, segundo a doutrina, "em matéria penal, por força do princípio da reserva legal, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos. No que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei. E, por isso, incabível se torna o processo analógica. Nestas hipóteses, portanto, não se promove a integração da norma ao caso por ela não abrangido".

Assim, caso o legislador quisesse punir de forma mais gravosa também o fato de o agente cometer o delito nas dependências ou nas imediações de igreja, o teria feito expressamente, assim como o fez em relação àquele que pratica o crime nas dependências ou nas imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde



## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 – junho 2020

se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos.

Ademais, no Direito Penal incriminador não se admite a analogia *in malam partem*, não se deve inserir no rol das majorantes o fato de o agente haver cometido o delito nas dependências ou nas imediações de igreja.

PROCESSO: HC 528.851-SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 5/5/2020, DJe 12/5/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Da decisão em comento, percebe-se que, para a SEXTA TURMA do STJ, a enumeração dos lugares referidos no inc. III do art. 40 da Lei de Drogas, é taxativa, justificando-se o aumento em face do maior perigo gerado pela conduta do agente.

Alertamos, contudo, haver decisão no próprio Tribunal, QUINTA TURMA, em sentido contrário.

“O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que ‘o objetivo da lei, ao prever a causa de aumento de pena prevista no inc. III do art. 40, é proteger espaços que promovam a aglomeração de pessoas, circunstância que facilita a ação criminosa. Com vistas a atender o escopo da norma, o rol previsto no referido inciso não deve ser encarado como se taxativo fosse, a fim de afastar a aplicação da causa de aumento de pena’ (REsp 1.255.249/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/4/2012, DJe 23/4/2012).” (AgRg no AREsp 868.826/MG, j. 13/12/2018).

**MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

**1- Tema: ANPP e homicídio culposo.**

Autos n.º 0013161-17.2013.8.26.0004

Indiciado: (XXX)

Assunto: controvérsia acerca do cabimento de acordo de não-persecução penal

**EMENTA:** AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA PROPOSTA PELO DELITO DO ART. 302, CAPUT, E § 1º, INCISO II, DA LEI N. 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO), RELATIVAMENTE A FATOS QUE CONFIGURAM, EM TESE, A PRÁTICA DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RECUSA MINISTERIAL DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NO RESULTADO. REMESSA À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA REVISÃO DA RECUSA, NOS TERMOS DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 28-A, DO CPP, RESOLVE-SE PELA DESIGNAÇÃO DE OUTRO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FORMALIZAR A PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

1. No caso concreto, cuida-se de acusado primário e que confessou nos autos os fatos que lhe são imputados na peça acusatória inicial. O crime não se reveste de violência contra a pessoa ou grave ameaça. Não se trata de crime de menor potencial ofensivo, de competência do Juizado Especial Criminal, em que caiba transação penal. Não se trata de acusado reincidente e não há elementos que apontem para conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. O agente não se beneficiou de transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal nos últimos cinco anos. Não se cuida de crime cometido com violência doméstica ou familiar ou contra a mulher em razão da sua condição de pessoa do sexo feminino. Ausentes, portanto, os óbices do parágrafo 2º do art. 28-A do CPP.

2. A gravidade abstrata do crime não constitui motivação idônea para a recusa do acordo de não persecução penal. É necessário que a negativa ministerial seja baseada em dados concretos do fato delituoso, na culpabilidade, caso entendida mais acentuada, por motivos a serem

explicitados na recusa. É fundamental que a recusa explicita, com base nos motivos, circunstâncias e consequências do delito, as razões pelas quais o acordo não seria suficiente e necessário para repressão e prevenção do fato criminoso, no caso concreto.

**3.** A circunstância de haver ação penal em curso, com denúncia recebida, como tem entendido esta Procuradoria-Geral de Justiça, não é impeditiva do acordo de não persecução penal, uma vez que o art. 28-A, do CPP, tem conteúdo híbrido e deve, portanto, projetar seus efeitos para se aplicar a fatos anteriores à eficácia da Lei nº 13.964/19, em decorrência do princípio constitucional da retroatividade benéfica da lei penal (CF, art. 5º, XL), desde que presente o pressuposto da confissão formal e circunstanciada do fato nos autos, assim como os requisitos objetivos e subjetivos do art. 28-A, do CPP, e ausentes os óbices elencados no parágrafo 2º do art. 28-A.

**4.** Em tese, é cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível. A violência impeditiva da nova modalidade de Justiça Negocial deve estar na conduta, não impedindo a avença se estiver apenas no resultado. Nestes termos, o **Enunciado nº 23, da PGJ/CaoCrim**, no sentido de que “É cabível acordo de não persecução penal em infrações cometidas com violência contra a coisa, devendo-se interpretar a restrição do caput do art. 28-A do CPP como relativa a infrações penais praticadas com grave ameaça ou violência contra a pessoa (lex minus dixit quan voluit)”, e o Enunciado 24 do GNCCRIM: “É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível”.

**SOLUÇÃO:** Ante o exposto, presentes no caso concreto os requisitos do art. 28-A, do CPP, com a devida vênua do Douto Promotor de Justiça natural, designa-se outro Promotor de Justiça para propor o acordo de não persecução penal, que deverá incluir obrigatoriamente na proposta a comprovação da integral reparação do dano e a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas ou privadas com destinação social,

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 – junho 2020

conforme atividades elencadas no art. 312-A, incisos I a IV do CTB, além de outras condições adequadas ao fato e ao acusado. Expeça-se portaria, designando-se o Substituto Automático, a quem se faculta a compensação prevista nos Atos 302/2003 e 488/2006 (CSMP, PGJ, CGMP). Caso o acordo não seja aceito ou instrumentalizado, os autos voltarão ao Douto Promotor de Justiça natural, que prosseguirá nos demais termos da ação penal, até final decisão.

Trata-se de ação penal promovida pelo Ministério Público em face de (XXXX), imputando-lhe a prática do crime do art. 302, caput e parágrafo 1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro.

Segundo narra a denúncia, no dia 04 de maio de 2013, às 15h00, o acusado deu causa ao óbito da vítima (xxx) ao conduzir veículo automotor sem a necessária perícia na Estrada do Corredor, Jardim Marilu, altura no número 1324, na cidade e comarca de São Paulo.

Conforme se apurou, o acusado, na ocasião dos fatos, conduzia o veículo GM/Celta, cor azul, placas GYR-2744, e perdeu o controle do automóvel ao realizar uma curva, vindo a atingir a vítima, que se encontrava na calçada, além de abalroar, em sua trajetória, uma grade e o muro do imóvel de número 50 da rua Araxical.

A vítima foi socorrida e encaminhada ao Hospital Municipal de Pirituba, mas não resistiu aos ferimentos e morreu pelas lesões sofridas em face do impacto, conforme laudo de exame necroscópico de fls. 35/38.

Restou demonstrado que o acusado agiu sem o necessário dever objetivo de cuidado ao realizar a manobra em questão. As condições da pista de rolagem, bem como do sistema de segurança do veículo, mostravam-se consentâneas às respectivas regulamentações.

O desvio na trajetória do veículo, que acabou por resultar na morte da vítima, foi decorrência direta da imperícia do denunciado ao conduzi-lo, dado que nenhuma circunstância externa interferiu na pilotagem do automóvel.

A denúncia foi recebida (fls. 130/131), instaurando-se o devido processo legal.

O réu foi citado (fls. 186) e a D. Defesa requereu a celebração de acordo de não persecução penal (fls. 179/183).

Instado a se manifestar, o Ilustre Promotor de Justiça requereu a juntada de folha de antecedentes e respectivas certidões cartorárias (fls. 189).

## Boletim Criminal Comentado nº 95 – junho 2020

Juntados tais documentos, o Douto Representante Ministerial discordou da celebração do acordo pretendido, sob os seguintes fundamentos: “Com efeito, o ato de oferecimento de proposta de acordo de não persecução criminal é ato discricionário do promotor de justiça, a partir do disposto no artigo 28-A do CPP. No caso em exame, o réu está sendo processado por haver, em 04 de maio de 2013, na Estrada do Corredor nº 1324, bairro de Jardim Marilu, nesta cidade de São Paulo/SP, cometido crime de homicídio culposo contra a vítima (xxx), na direção de veículo automotor, com causa de aumento de pena (atropelamento da vítima deu-se sobre a calçada), tal como descrito na denúncia de folhas 123/126. Conquanto pela quantidade de pena prevista para o tipo penal descrito no artigo 302 do CTB se permita a propositura de acordo de não persecução penal, entendo que nos crimes com resultado morte, culposos ou dolosos, o acordo não atenderia o interesse público. Com efeito, quando se tratar de casos concretos em que o bem jurídico possuir extremada relevância – como o é o bem vida -, inviável o oferecimento de acordo de não persecução penal. O acordo, no caso que é objeto deste processo criminal, não seria instrumento eficiente e necessário para a reprovação e prevenção de crimes. Crimes com resultado morte não podem, e não devem, ser objeto de acordo de não persecução penal, sob pena de banalização do bem vida. A gravidade dos fatos repousa sobre a morte de pessoa, fator que não possibilita restabelecimento da situação jurídica anterior. Posto isso, deixo de apresentar proposta de acordo de não persecução criminal, por não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 28-A do CPP” (fls. 198/199).

A D. Defesa pleiteou, em face da recusa, a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, aplicando à espécie o disposto no art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal, o que foi deferido pela MM. Juíza (fls. 204/209 e 224).

Assim que os autos aportaram nesta Chefia Institucional, o escritório de advocacia que representa o acusado solicitou a realização de audiência virtual, pela plataforma Microsoft Teams, com a assessoria da Procuradoria-Geral de Justiça, o que foi efetivado no dia 15/5/2020, às 17h00.

Do referido ato, seguiu-se a oferta de Memoriais, endereçados a esta Procuradoria-Geral de Justiça, solicitando a D. Defesa técnica a celebração de acordo de não persecução.

Destaque-se que, na referida manifestação processual, consta expressa confissão do acusado quanto à imputação constante da denúncia.

Antes de analisar a questão, esta Procuradoria-Geral houve por bem determinar o retorno dos autos à origem, para que o Douto Promotor de Justiça analisasse os memoriais defensivos e, se entendesse o caso, reavaliasse seu entendimento quanto ao não cabimento do acordo de não persecução penal.

## Boletim Criminal Comentado nº 95 – junho 2020

O Ilustre Representante Ministerial, então, reiterou seu posicionamento contrário à avença em crime com resultado morte (fls. 241).

A MM. Juíza determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional para dirimir a questão (fls. 242).

Eis a síntese do necessário.

Com a máxima vênia do Douto Promotor de Justiça, o caso concreto permite que se ofereça proposta de acordo de não persecução penal.

Isto porque o negócio jurídico é cabível, desde o dia 23 de janeiro de 2020, à luz do art. 28-A do Código de Processo Penal, sempre que se tratar de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça contra a pessoa, cuja pena mínima se mostre inferior a quatro anos.

A avença pressupõe, ainda, a existência de base empírica mínima para lastrear a denúncia e a confissão circunstanciada (ainda que não se encontre nos autos, mas seja decorrente das tratativas).

Exige-se, além disso, que não seja cabível transação penal, que não se trate de situação configuradora de violência doméstica ou familiar contra a mulher, que o agente não tenha sido beneficiado com transação penal, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal nos últimos cinco anos.

Ademais, é preciso que não exista demonstração de conduta criminal habitual, profissional ou reiterada, que a medida seja necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime e, por fim, que o investigado não seja reincidente.

O exame das provas contidas nos autos revela que todas essas exigências se fazem presentes.

Destaque-se que a primariedade do réu se encontra demonstrada no documento de fls. 191/192.

A confissão do réu também consta dos autos, conforme termo de declarações de fls. 27 e documento de fls. 232.

Ademais, não há como imputar ao acusado conduta criminal habitual, por inexistirem elementos concretos apontando outros procedimentos investigatórios instaurados contra o réu ou a habitualidade em praticar a conduta ora investigada.

Registre-se, por fim, que, muito embora se cuide de medida de cunho pré-processual e a denúncia já tenha sido ofertada e recebida, no caso em tela deve se conferir oportunidade para sua formulação, já que presentes os requisitos necessários para tanto, uma vez que, dado o caráter

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 – junho 2020

híbrido das regras contidas no art. 28-A do Código de Processo Penal, que possuem natureza processual e material (ex vi do art. 28-A, §13), a norma se aplica retroativamente aos feitos em curso, em face do disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, sendo admissível o benefício antes da prolação de sentença.

De se observar, também, que, ao menos em tese, é cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível.

A violência impeditiva da nova modalidade de Justiça Negocial deve estar na **conduta**, não impedindo a avença se estiver apenas no resultado.

Nestes termos, o **Enunciado nº 23, da PGJ/CaoCrim**, no sentido de que “**É cabível acordo de não persecução penal em infrações cometidas com violência contra a coisa, devendo-se interpretar a restrição do caput do art. 28-A do CPP como relativa a infrações penais praticadas com grave ameaça ou violência contra a pessoa** (*lex minus dixit quan voluit*).”

Ainda no mesmo sentido, o **Enunciado 24 do GNCCRIM(1)**: “É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível”.

Porém, a avaliação da pertinência e cabimento do acordo aventado deve ser feita caso a caso.

Na hipótese dos autos, renovando-se a vênua ao Ilustre Representante Ministerial, não se verifica circunstância concreta impeditiva do acordo, destacando-se que não foi apurado nos autos culpabilidade exacerbada do agente, assim como não há indicativos de que estivesse conduzindo o veículo em alta velocidade, sob efeito de álcool ou outra substância psicoativa, fazendo manobras arriscadas ou perigosas na via pública, etc.

Diante do exposto, designa-se outro Promotor de Justiça para officiar nos autos e diligenciar no sentido formular ao acusado, devidamente assistido por defensor, proposta do acordo de não persecução penal, com observância dos requisitos do art. 28-A, do Código de Processo Penal, e nos termos da Resolução n.º 1.187/2020 – PGJ – CGMP.

O membro designado, que atuará como *longa manus* do Procurador-Geral de Justiça, deverá incluir obrigatoriamente na proposta, sem prejuízo de outras condições que porventura julgar convenientes:

---

<sup>1</sup> Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 95 – junho 2020

**a)** comprovação de ter reparado o dano causado com a prática do delito, nos termos do art. 28-A, inciso I, do CPP;

**b)** a prestação de serviços comunitários ou a entidades públicas, a serem apontadas pelo juízo da execução penal, em uma das seguintes atividades, conforme inciso III, do caput do art. 28-A do Código de Processo Penal, e art. 312-A do Código de Trânsito Brasileiro:

I - trabalho, aos fins de semana, em equipes de resgate dos corpos de bombeiros e em outras unidades móveis especializadas no atendimento a vítimas de trânsito;

II - trabalho em unidades de pronto-socorro de hospitais da rede pública que recebem vítimas de acidente de trânsito e politraumatizados;

III - trabalho em clínicas ou instituições especializadas na recuperação de acidentados de trânsito;

IV - outras atividades relacionadas ao resgate, atendimento e recuperação de vítimas de acidentes de trânsito.

Caso o acusado não aceite a avença e o acordo de não persecução penal não seja instrumentalizado, os autos tornarão ao Douto Promotor de Justiça natural, que já ofereceu denúncia e prosseguirá, então, nos demais termos da ação penal.

Expeça-se portaria designando o substituto automático, facultada a compensação prevista em conformidade com os Atos Normativos n.º 302/2003 e n.º 488/2006 (CSMP, PGJ, CGMP).

Publique-se a Ementa no Diário Oficial.

São Paulo, 3 de junho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** nº 96

**Procurador-Geral de Justiça**  
Mário Luiz Sarrubbo

**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

**Analista Jurídica**  
Ana Karenina Saura Rodrigues

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

### ESTUDOS DO CAOCRIM

#### 1 -Tema: COVID 19 - LEVANTAMENTO DEMONSTRA REDUÇÃO DE MORTES DE MULHERES em ABRIL

A pandemia da COVID 19 provocou o agravamento da violência contra a mulher no Brasil e no mundo. Em São Paulo, apesar de a violência ter aumentado no início da pandemia, em abril houve a redução do número de mortes.

Conforme levantamento do CAOCRIM e Núcleo de Gênero pela Nota Técnica Raio X da violência doméstica durante isolamento: um retrato de São Paulo no primeiro mês de pandemia ocorreu aumento de 29,2% das medidas protetivas de urgência e de 51,4% das prisões em flagrante, em comparação com o mês anterior ([http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show?docname=2659985.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show?docname=2659985.PDF)).

Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública também apontam para o aumento de 44,9% das chamadas para 190 (dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Nota Técnica Violência Doméstica durante a pandemia de COVID 19 – Ed. 2) e em abril foi instituído o boletim de ocorrência eletrônico pela SSP SP para sanar a queda dos registros presenciais de BOs.

Estratégias de divulgação de canais de atendimento adotadas pelo Ministério Público e outras entidades, registro do boletim de ocorrência eletrônico e a maior percepção da população quanto à violência surtiram efeitos.

Conforme levantamento realizado com base nos dados da SPP-SP, ocorreram em abril de 2019 e abril de 2020 os seguintes crimes contra a vida de mulheres:

Período	Crimes consumados: homicídios e feminicídios de mulheres	Tentativas de homicídios e feminicídios de mulheres	TOTAL GERAL
ABRIL de 2019	42	33	75
ABRIL de 2020	36	21	57
	Redução de 14%	Redução de 33%	Redução de 24%

Fonte: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/violenciamulher.aspx>

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

Pelos dados, comparados os meses de abril de 2019 e abril de 2020, houve a redução de 14% do número de mortes de mulheres em relação ao ano anterior, a redução de 33% das tentativas de homicídios e feminicídios de mulheres e uma redução geral de 24%, considerando-se os crimes tentados e consumados.

Apesar do aumento da violência contra as mulheres, em razão da maior vigilância social, divulgação de canais de ajuda e registro eletrônico, os índices de mortes consumadas ou tentadas decaíram.

## **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

#### **1- Tema: Pesquisa pronta STJ sobre Execução Penal**

##### **Unificação de penas- execução penal**

No julgamento do HC 528.001, relatado pelo desembargador convocado Leopoldo de Arruda Raposo, a Quinta Turma lembrou que o STJ pacificou o entendimento de que, "no caso de nova condenação a penas restritivas de direito a quem esteja cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, é inviável a suspensão do cumprimento daquelas – ou a execução simultânea das penas. O mesmo se dá quando o agente está cumprindo pena restritiva de direitos e lhe sobrevém nova condenação à pena privativa de liberdade. Nesses casos, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal, deve-se proceder à unificação das penas, não sendo aplicável o artigo 76 do Código Penal".

##### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Quando houver mais de uma condenação contra a mesma pessoa, no mesmo processo ou em processos distintos, deve o juiz somar as penas impostas, observando a possibilidade de detração (art. 42 do CP) e a remição (art. 126, desta Lei), determinando, então, o regime inicial para seu cumprimento.

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 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, 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

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

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. 26/5/2017).

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 regressar 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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

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”.

Em razão disso, o STJ concedeu liminares nos habeas corpus 456.819/SC, 456.818/SC e 456.820/SC.

Nos três casos, ao promover a unificação das penas os magistrados consideraram a data do último trânsito em julgado – e não a da última prisão – como marco inicial para o cálculo de futuros benefícios da execução. As decisões foram mantidas em agravos julgados pelo Tribunal de Justiça, mas a ministra Laurita Vaz, considerando a nova orientação adotada pelo STJ, deferiu as liminares reconhecendo a ausência de amparo legal para a interrupção do prazo, razão pela qual os benefícios das execuções relativas aos impetrantes deveriam ser calculados a partir da última prisão.

### **Reincidência e custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos**

Outro entendimento do direito processual penal destacado pela Pesquisa Pronta foi firmado pela Sexta Turma ao julgar o HC 502.524, relatado pela Ministra Laurita Vaz. Segundo a decisão, “a mera reincidência não é motivo suficiente para, per si, afastar a excepcionalidade da custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos, pois não importa em risco inequívoco à infância e à sua proteção”.

### **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

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

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. 5/6/2018).

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

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.

Em decisão recente, 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.

No caso julgado (HC 426.526/RJ, j. 12/2/2019), a impetrante era acusada de ter cometido tráfico de drogas em associação com o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, sendo que a imputação, que lhe atribuía a função de líder do tráfico na região e o emprego arma de fogo, fazia referência à apreensão de grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína).

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:

“Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado.



## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

De fato – e aqui faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal, de forma a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa –, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar à mãe que nem sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Como efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de condutas criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação dos direitos da criança ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

(...)

O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.”

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.

O STF, na decisão em comento, segue o mesmo espírito.

## **DIREITO PENAL:**

---

**1 - Tema: Posse de arma de fogo de uso permitido. Registro vencido. Irregularidade administrativa. Porte ilegal de arma de fogo. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Inaplicabilidade do entendimento firmado no julgamento da Ação Penal n. 686/AP.**

### **INFORMATIVO 671 STJ - SEXTA TURMA**

Caracteriza ilícito penal o porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003) ou de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/2003) com registro de cautela vencido.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento da Ação Penal n. 686/AP, que, uma vez realizado o registro da arma, o vencimento da autorização não caracteriza ilícito penal, mas mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa (APn n. 686/AP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 29/10/2015).

Tal entendimento, todavia, é restrito ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003), não se aplicando ao crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003), muito menos ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/2003), cujas elementares são diversas e a reprovabilidade mais intensa.

PROCESSO: AgRg no AREsp 885.281-ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 28/4/2020, DJe 08/5/2020.

Sobre o tema, explica o promotor de Justiça Ricardo Silveira, na obra *Leis Penais Especiais-Estatuto do Desarmamento comentado*, ed. Juspodivm:

“Vimos, ao tratarmos do art. 12 do Estatuto, que o encontro da arma nas condições daquele tipo penal, com o registro vencido, não configura o crime, pois registro existiu e o Poder Público tem conhecimento da existência da arma e de seu proprietário. Porém, aquele que permanece com a arma depois de negada a renovação do registro comete o crime do art. 12.

A solução, contudo, não pode ser a mesma para o crime de porte ilícito de arma de fogo. É que a autorização para o porte de arma permite a seu titular que circule com a arma, o que incrementa a exposição do bem jurídico, bem ao contrário da simples manutenção da arma em casa ou local de trabalho. Além disso, existem exigências legais e regulamentares para a renovação do porte, é dizer, para que se tenha autorização de circular com a arma pelas vias públicas, fora de casa ou do local de trabalho, sendo estabelecidos, ainda, determinados prazos. Assim, vencido o prazo para a autorização, a arma deverá ser mantida em casa até que se providencie a renovação. Do contrário,

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

haverá o crime do art. 14 (arma de uso permitido) ou do art. 16 (arma de uso restrito). Negada a renovação do porte, praticado algum dos núcleos do tipo, a solução será a mesma. É também o posicionamento do STJ”.

### **2- Tema: Valor não executado pelo fisco autoriza reconhecimento da insignificância em crime tributário estadual**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estendeu ao âmbito estadual o entendimento firmado no Tema 157 dos recursos repetitivos – de que incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o valor dos tributos não recolhidos não ultrapassa o limite de R\$ 20 mil. Com isso, a seção trancou ação penal contra um contribuinte de São Paulo acusado de sonegar R\$ 4.813,11 em ICMS – imposto de competência estadual.

Para o colegiado, é possível aplicar aos crimes tributários estaduais o mesmo raciocínio firmado sob a sistemática dos recursos repetitivos, desde que exista norma local que estabeleça um limite mínimo para a execução fiscal – abaixo do qual o valor representado pelo ato ilícito pode ser considerado insignificante. No caso analisado, o réu foi denunciado por crime contra a ordem tributária, com base no artigo 1º, IV, da Lei 8.137/1990. A defesa entrou com habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo, mas teve o pedido negado.

No habeas corpus impetrado no STJ, foi pedido o trancamento da ação penal, sob o argumento de que a conduta seria atípica, pois o valor da sonegação apontado na denúncia é inferior ao considerado na jurisprudência para a aplicação do princípio da insignificância em crimes tributários.

Por unanimidade, a Terceira Seção concedeu o habeas corpus, para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e determinar o trancamento da ação penal. [Leia o voto do relator](#). Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):HC 535063.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O relator, ministro Sebastião Reis Júnior, explicou que em São Paulo – onde o crime teria sido cometido – a Lei Estadual 14.272/2010 prevê a inexigibilidade da execução fiscal para débitos que não ultrapassem 600 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs), o que equivale a R\$ 16.566 – valor maior do que a sonegação apontada no caso.

O ministro lembrou que a análise da matéria do repetitivo pelo STJ ocorreu primeiro em 2009, no julgamento do REsp 1.112.748, no qual se admitiu a incidência do princípio da insignificância nos crimes tributários. Em 2018, foi adotado o parâmetro estabelecido nas Portarias 75 e 130 do

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

Ministério da Fazenda para aplicação da insignificância aos crimes tributários federais – ou seja, o limite de R\$ 20 mil, já que abaixo disso a Fazenda Nacional não ajuíza a cobrança do crédito tributário.

Segundo Sebastião Reis Júnior, ainda que aquele entendimento dissesse respeito somente a crimes relativos a tributos de competência da União, é possível aplicar o mesmo raciocínio ao plano estadual, quando houver lei local que dispense a execução fiscal abaixo de determinado valor.

"Não há como deixar de aplicar o mesmo raciocínio aos tributos estaduais, exigindo-se, contudo, a existência de norma reguladora do valor considerado insignificante", declarou o ministro, destacando que valores pequenos já não são cobrados por estados e municípios, em razão da inviabilidade do custo operacional da execução.

**3- Tema: Falsidade ideológica. Crime instantâneo, cujos efeitos podem se protrair no tempo. Prescrição da pretensão punitiva. Termo inicial. Consumação do delito.**

### **INFORMATIVO 672 STJ - TERCEIRA SEÇÃO**

Na falsidade ideológica, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é o momento da consumação do delito e não o da eventual reiteração de seus efeitos.

PROCESSO: RvCr 5.233-DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 13/5/2020, DJe 25/5/2020

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A falsidade ideológica é crime formal e instantâneo, cujos efeitos podem se protrair no tempo. A despeito dos efeitos que possam, ou não, gerar, ela se consuma no momento em que é praticada a conduta.

Diante desse contexto, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é o momento da consumação do delito e não o da eventual reiteração de seus efeitos.

No caso em comento, os falsos foram praticados em 2003 e 2007, quando as sócias "laranja" foram incluídas, pela primeira vez, no contrato social da empresa. Para o STJ, erra-se ao afirmar que os crimes teriam sido reiterados quando, por ocasião das alterações contratuais ocorridas em 21/06/2010, 1º/06/2011 e 26/07/2011, deixou-se de regularizar o nome dos sócios verdadeiramente titulares da empresa, mantendo-se o nome dos "laranjas".

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

Isso porque, na visão da Corte Cidadã, não há como se entender que constitui novo crime a omissão em corrigir informação falsa por ele inserida em documento público, quando teve oportunidade para tanto. Tampouco há como se entender que a lei pune um crime instantâneo porque ele continua produzindo efeitos depois de sua consumação.

**MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

**1- Tema: Conflito Negativo de Atribuição (MPSP e MPF). Não cumprimento de ordem da Justiça Estadual por servidor público federal, no exercício da função. Competência da Justiça Federal.**

Conflito Negativo de Atribuição (MPSP e MPF)

Autos n.º 0011807-16.2020.8.26.0002 – MM. Juízo da 1.ª Vara Criminal do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital)

Suscitante: MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO (4.º Promotor de Justiça Criminal de Santo Amaro - Capital)

Suscitado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Procuradora da República em São Paulo)

Assunto: representação para suscitar conflito negativo de atribuição

**EMENTA:** CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. JULGAMENTO DA ACO 843 PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE: INCUMBE AO EGRÉGIO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP DIRIMIR O CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO INSTALADO ENTRE MEMBROS DE DIFERENTES MINISTÉRIOS PÚBLICOS.

Consta dos autos notícia de fato imputando infração penal a gerente da Caixa Econômica Federal que supostamente descumpriu, de forma reiterada, determinações judiciais do MM. Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital).

O MM. Juízo determinou a comunicação dos fatos ao Ministério Público Estadual. O expediente foi encaminhado ao Ministério Público Federal, invocando precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar o crime, em razão do sujeito ativo ser servidor público federal. A Douta Procuradora da República asseverou que os fatos noticiados demonstram que a Administração da Justiça ofendida foi a Estadual que expediu os ofícios que deveriam ter sido respondidos, não havendo qualquer ofensa aos interesses da União, nos termos do art. 109 da CF, motivo pelo qual pugnou fosse declinada a competência em favor da Justiça Estadual de São Paulo. A MM. Juíza Federal acolheu a manifestação, determinando a respectiva remessa dos autos. O Douto Promotor de Justiça recipiente, contudo, discordou da remessa, motivadamente, e requereu fosse suscitado conflito de competência. A Digníssima Magistrada, então,

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, para análise do conflito negativo de atribuição instaurado.

Primeiramente, conflitos dessa natureza, envolvendo divergências de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre o Ministério Público estadual e Ministério Público da União, eram dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal. Após o julgamento das Ações Cíveis Originárias n.º 924 e 1.394 pela Suprema Corte, houve uma mudança de posicionamento, definindo-se incumbir ao Procurador-Geral da República dirimir tais questões. Neste mês de junho de 2020, houve o julgamento da Ação Cível Originária n.º 843 pelo Plenário da Suprema Corte, na qual, por maioria, o STF voltou a negar a sua competência e entendeu que incumbe ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, dirimir o conflito de atribuição entre membros de diferentes Ministérios Públicos.

Quanto à competência para processar e julgar a infração penal, seja qual for a capitulação jurídica final, define-se pela qualidade do sujeito ativo em tela, tendo em vista que se trata de entendimento pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça que fatos típicos cometidos por funcionários públicos federais no exercício de suas funções são de competência da Justiça Federal. Nesse sentido, a decisão monocrática invocada pelo Douto Promotor de Justiça, proferida pelo E. Ministro Joel Ilan Paciornik em 11/02/2017, ao analisar o Conflito de Competência 143.954. Precedentes do STJ e do STF.

Nessa esteira, considerando que foi instaurado conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, concordando esta Chefia Institucional com o posicionamento exarado pelo Douto Promotor de Justiça Suscitante, de rigor a remessa dos autos ao órgão competente, nos termos da recente decisão do STF nos autos da ACO n.º 843.

Solução: não se conhece da presente remessa, determinando, desde logo, o envio dos autos ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público, com nossas homenagens, a fim de que seja dirimida a questão levantada nestes autos.

Cuida-se de notícia de fato recebida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a partir de cópia dos autos de Execução de Alimentos n.º 0051680-04.2012.8.26.0002, da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital), dando conta de suposto crime de desobediência perpetrado por funcionário da Caixa Econômica Federal em face do mencionado juízo.

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

Isso porque foram expedidos ofícios à Caixa Econômica Federal nos dias 18/05/2018, 20/08/2018, 09/11/2018 e 10/04/2019, com determinação judicial para efetivação de penhora a título de pensão alimentícia e posterior transferência para os aludidos autos judiciais de saldo existente no FGTS/PIS em nome do devedor Eli Jesus Teixeira, mas a ordem não foi atendida.

Consta haver certidão de cumprimento de mandado positivo recebido pela gerente CÁSSIA CRISTINA STRIZZI HIPÓLITO, em 22/05/2019, tendo sido certificado em 25/6/2019 e em 30/7/2019 que não houve cumprimento da determinação judicial por parte da Caixa Econômica Federal, de forma que o MM. Juízo determinou a comunicação dos fatos ao Ministério Público Estadual.

O expediente foi encaminhado ao Ministério Público Federal, sob o argumento de que o noticiado crime de desobediência foi cometido por gerente da Caixa Econômica Federal, invocando precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar o crime, em razão de o sujeito ativo, na qualidade de servidor público federal, ter praticado a conduta no exercício de suas funções (fls. 08/199 e 200).

Inicialmente, o Ilustre Procurador da República que recebeu os autos pontuou que se cuidava de notícia de fato visando a apurar a possível prática do crime descrito no art. 330 do Código Penal, por terem empregados da Caixa Econômica Federal supostamente descumprido, de forma reiterada, determinações judiciais proferidas nos Autos nº 0051680-04.2012.8.26.0002, motivo pelo qual determinou a expedição de ofício à Caixa Econômica Federal para informar se houve cumprimento, mesmo extemporâneo, da ordem (fls. 206).

Em resposta, a Caixa Econômica Federal aduziu, no dia 19/02/2020, que as contas de FGTS e PIS de Eli Jesus Teixeira encontram-se zeradas, sem saldo para transferência (fls. 212).

O Douto Procurador da República oficiante, então, entendeu insuficiente a resposta, porque não esclareceu as indagações contidas dos ofícios expedidos, além de não ter restado claro se a ausência de saldo foi o motivo de a agência bancária não ter cumprido as ordens do juízo cível, mesmo porque não há informação que indique ser a mesma situação da época do recebimento das ordens (2018 e 2019). Diante disso, determinou diligências complementares (fls. 215).

Decorrido o prazo sem resposta, os autos foram encaminhados à titular do Ofício.

A Douta Procuradora da República, então, asseverou que os fatos noticiados configuram, em tese, o crime previsto no art. 330 do CP, porque a gerente da Caixa Econômica Federal, CÁSSIA CRISTINA, supostamente teria desobedecido ordem do MM. Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital), de modo que a Administração da Justiça ofendida pela falta de resposta por parte da Agência Granja Julieta da Caixa Econômica Federal não é a Federal, mas a Estadual que expediu os ofícios que deveriam ter sido respondidos.



## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

Diante disso, entendeu que não houve qualquer ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União, nos termos do art. 109 da CF, motivo pelo qual pugnou fosse declinada a competência em favor da Justiça Estadual de São Paulo (fls. 04/07).

A MM. Juíza Federal, por sua vez, acolheu a manifestação, sustentando que a conduta, em tese, atentaria contra a administração pública em âmbito estadual, e, em princípio, não visa lesar diretamente bens ou interesses da empresa pública federal, nem mesmo se enquadra em qualquer outra hipótese do art. 109 da CF, motivo pelo qual declinou da competência em favor da Justiça Estadual Criminal da Comarca de São Paulo, determinando a respectiva remessa dos autos (fls. 221/223).

O Douto Promotor de Justiça recipiente, contudo, discordou da remessa, argumentando que o fato da averiguada ter supostamente cometido a infração penal na condição de funcionária da Caixa Econômica Federal, ainda que o comando judicial não atendido tenha emanado de autoridade estadual, faz com que a competência seja da Justiça Federal.

Colacionou caso semelhante, no qual o E. Ministro Joel Ilan Paciornik, ao analisar o Conflito de Competência 143.954, proferiu decisão monocrática nessa linha, declarando competente o MM. Juízo Federal e destacando ser o entendimento fixado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, requereu fosse suscitado conflito de competência com o MM. Juízo da 8.ª Vara Criminal Federal de São Paulo (fls. 229/232).

A Digníssima Magistrada, então, determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, para análise do conflito negativo de atribuição instaurado (fls. 233).

Eis a síntese do necessário.

Trata-se de conflito negativo de atribuição entre membros de diferentes Ministérios Públicos.

A propósito do conflito negativo de atribuição, destaca HUGO NIGRO MAZZILLI que tal incidente tem lugar quando o membro do Ministério Público nega a própria atribuição funcional e a atribui a outro, que já a tenha recusado (conflito negativo), ou quando dois ou mais deles manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusão às de outros membros (conflito positivo) (Regime Jurídico do Ministério Público, 6.ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 486-487).

Pois bem.

No caso em tela, não compete a esta Chefia Institucional dirimir a questão, mas ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, conforme a seguir exposto.

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

Primeiramente, conflitos dessa natureza, envolvendo divergências de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre o Ministério Público estadual e Ministério Público da União, eram dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Após o julgamento das Ações Cíveis Originárias n.º 924 e 1.394 pela Suprema Corte, houve uma mudança de posicionamento, definindo-se incumbir ao Procurador-Geral da República dirimir tais questões.

Esse entendimento rendeu moção de descontentamento aprovada no Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Estados e da União em agosto de 2016, por afrontar a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Neste mês de junho de 2020, houve o julgamento da Ação Cível Originária n.º 843 pelo Plenário da Suprema Corte, na qual, por maioria, o STF voltou a negar a sua competência e entendeu que cabe ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP dirimir o conflito de atribuição membros de diferentes Ministérios Públicos.

Extraem-se do voto vencedor do Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes as seguintes considerações:

“Em outras palavras, o princípio da unidade não compromete a independência entre os vários Ministérios Públicos, cada qual chefiado por seu respectivo Procurador-Geral, que se posicionam no mesmo nível de hierarquia, devendo ser observadas as atribuições de cada qual.

Com tal premissa, não parece ser mais adequado que, presente conflito de atribuição entre integrantes do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal, o impasse acabe sendo resolvido monocraticamente por quem exerce a chefia de um deles, no caso o Procurador-Geral da República. Ainda que de forma reflexa, estar-se-ia arranhando toda essa base principiológica em que estruturada a Instituição Ministério Público, conferindo-se ao Procurador-Geral da República, neste caso, posição hierárquica superior aos demais Procuradores-Gerais; em contrariedade ao artigo 128 da CF.

A interpretação sistemática da Constituição Federal, após a edição da EC 45/2004, aponta como mais razoável e compatível com a própria estrutura orgânica da Instituição reconhecer no Conselho Nacional do Ministério Público a necessária atribuição para solucionar os conflitos de atribuição entre seus diversos ramos, pois, constitucionalmente, tem a missão precípua de realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério Público.

Assim, no âmbito interno e administrativo, não tendo vinculação direta com qualquer dos ramos dos Ministérios Públicos dos entes federativos, mas sendo por eles composto, o CNMP possui isenção suficiente para definir, segundo as normas em que se estrutura a instituição, qual agente

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

do Ministério Público tem aptidão para a condução de determinado inquérito civil, inclusive porque, nos termos do § 2º do art. 130-A, é sua competência o controle da atuação administrativa do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, bem como pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, entre eles, aqueles atos que deram ensejo ao conflito de atribuições.

A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional.”

Isso considerado, passa-se à análise do caso concreto.

Consta dos autos notícia de fato imputando infração penal a gerente da Caixa Econômica Federal que supostamente descumpriu, de forma reiterada, determinações judiciais do MM. Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital).

Feitas essas considerações iniciais, quanto à competência para processar e julgar a infração penal, seja qual for a capitulação jurídica final, define-se pela qualidade do sujeito ativo em tela, tendo em vista que se trata de entendimento pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça que fatos típicos cometidos por funcionários públicos federais no exercício de suas funções são de competência da Justiça Federal.

Nesse sentido, a decisão monocrática invocada pelo Douto Promotor de Justiça, proferida pelo E. Ministro Joel Ilan Paciornik em 11/02/2017, ao analisar o Conflito de Competência 143.954.

Na mesma esteira, os seguintes julgados Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. QUEIXA-CRIME. INJÚRIA PRATICADA POR FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal, no exercício de suas atribuições funcionais. Precedentes.

2. Tal entendimento deriva do fato de que, ao atuar na qualidade de preposto da empresa pública federal, o acusado a representa e, por consequência, o cometimento de crime no exercício da função pública atinge diretamente a imagem da instituição.

3. Situação em que, em processo de renegociação de contratos bancários celebrados com a Caixa Econômica Federal (financiamento de imóvel, limite de cheque especial em conta corrente e empréstimo pessoal) e inadimplidos, o gerente de contratos da instituição financeira, no exercício de sua função na empresa, teria qualificado a querelante de "safada sem vergonha", "mal caráter" e "pilantra", em contato telefônico.

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, o Suscitante.

(CC 147.781/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/9/2016, DJe 20/9/2016) – g.n.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CARTÕES BANCÁRIOS DAS VÍTIMAS (INDÍGENAS) ENTREGUES A SERVIDOR PÚBLICO, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, E GUARDADOS NO INTERIOR DE REPARTIÇÃO FEDERAL (FUNAI).

INDÍCIOS SUFICIENTES PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal no exercício de suas atribuições funcionais.

2. Na espécie, foram sacadas quantias depositadas nas contas bancárias de índios, cujos cartões de movimentação haviam sido anteriormente entregues a servidores da FUNAI e permaneceram guardados no interior da repartição pública, conforme depoimentos acostados aos autos.

3. Havendo indícios de que o autor do delito é servidor público federal, no exercício de suas funções, resta caracterizado o interesse da União no caso.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Governador Valadares/MG, o suscitado.

(CC 105.202/MG, Rel. Min. JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, j. 9/6/2010, DJe 17/6/2010) – g.n.

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. COMPETÊNCIA. RÉU POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ATUAÇÃO FUNCIONAL EM FACE DE SUPOSTA PRÁTICA CRIMINOSA. ART. 301 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME CONTRA SERVIÇO PÚBLICO DA UNIÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Recorrente denunciado como incurso nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, (por duas vezes), ambos do Código Penal. Oposição de exceção de incompetência absoluta perante o Juízo singular, ao argumento de que o recorrente encontrava-se no exercício de sua função jurisdicional de policial rodoviário federal, agindo, dessa forma, dentro dos limites de sua atuação funcional.

2. Esta Corte Superior consolidou o seu entendimento no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal no exercício de suas atribuições funcionais.

3. Hipótese em que o recorrente não se encontrava em serviço, nem fardado, tampouco em sua área de atuação (região de Corumbá-MS), bem como não estava em patrulhamento ostensivo em via de sua competência funcional. 4. Ao contrário do alegado pela defesa, a abordagem do recorrente feita as vítimas deu-se em decorrência de desavenças no trânsito entre eles, não se evidenciando que sua atuação tenha ocorrido para reprimir suposta prática de crime pelas vítimas, nos termos do art. 301 do CPP. 5. No caso em exame, verifica-se que o recorrente, em nenhum momento, agiu dentro da sua atividade laborativa, de modo que inexistente interesse da União a justificar a atuação da Justiça Federal, nos moldes do art. 109 da Constituição Federal.

6. Recurso não provido.

(RHC 87.162/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 18/4/2018) – g.n.

De igual modo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA CIVIL. MÉDICO MILITAR. COMPETÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O Supremo Tribunal Federal não admite a impetração de habeas corpus para rediscutir acórdão do Superior Tribunal de Justiça que resolve conflito de competência. Situação concreta em que inexistente risco atual ou iminente à liberdade de locomoção do paciente. Precedentes. 2. O art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar exclui do rol dos crimes militares o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil. Inconstitucionalidade afastada pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 260.404, Rel. Min. Moreira Alves. 3. Hipótese em que a definição do órgão jurisdicional competente levou em consideração dados objetivos da causa, cuja reapreciação é

## Boletim Criminal **Comentado** nº 096 - junho 2020

inviável na via processualmente restrita do habeas corpus. 4. O acórdão impugnado está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar crime cometido por funcionário público federal no exercício de suas atribuições funcionais. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.

(HC 124100 AgR, Relator: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 9/12/2016, Proc. Eletrônico, DJe-023, Divulg. 6-2-2017, p. 7-2-2017) – g.n.

Nessa esteira, considerando que foi instaurado conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, concordando esta Chefia Institucional com o posicionamento exarado pelo Douto Promotor de Justiça Suscitante, de rigor a remessa dos autos ao órgão competente, nos termos da recente decisão do STF nos autos da ACO n.º 843.

Diante do exposto, não conheço da presente remessa, determinando, desde logo, o envio dos autos ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público, com nossas homenagens, a fim de que seja dirimida a questão levantada nestes autos.

Publique-se a ementa.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

**MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários**

---

**NOVAS TESES APROVADAS PELO SETOR:**

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES INFORMAIS. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. SUFICIÊNCIA. LICITUDE DA PROVA. É lícita a interceptação telefônica e as provas dela derivadas se após receber informação anônima sobre a prática de crime, o Ministério Público realiza diligências informais e instaura Procedimento de Investigação Criminal que possibilitam obter a qualificação do suspeito e o crime que estaria sendo praticado, bem como demonstrar a imprescindibilidade da medida.

PROGRESSÃO DE REGIME – RÉU CONDENADO POR CRIME HEDIONDO – REINCIDENTE EM CRIME DE NATUREZA NÃO HEDIONDA – CUMPRIMENTO MÍNIMO DE 60% PARA PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO – INTELIGÊNCIA DO ART. 112, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Tendo em vista que o art. 112, VII, da LEP não utiliza o termo “reincidente em crime da mesma natureza” a aplicação das frações previstas nos incisos IV, VI e VII, baseia-se na recidiva genérica, independentemente da natureza do crime anterior.

EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO – INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO DA PENA DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE. O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional.

EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS DE NATUREZAS DIVERSAS – DETERMINAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO PELO RESULTADO DA SOMA OU UNIFICAÇÃO. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, ainda que a penas privativas de liberdade de naturezas reclusiva e detentiva, a determinação do regime de cumprimento será feita nos termos do art. 111 da LEP, pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

HOMICÍDIO QUALIFICADO – MOTIVO TORPE E FEMINICÍDIO – COEXISTÊNCIA – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE ‘BIS IN IDEM’. O feminicídio que envolver violência doméstica contra a mulher é circunstância de caráter objetivo, inexistindo incompatibilidade de imputação simultânea com a qualificadora do motivo torpe, que é de caráter subjetivo.

EXECUÇÃO PENAL - MAJORANTE EXCLUÍDA POR LEI POSTERIOR À CONDENAÇÃO - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – ADEQUAÇÃO DA PENA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES – PENA-BASE AUMENTADA COM FUNDAMENTO NA MESMA CIRCUNSTÂNCIA – POSSIBILIDADE. Nos

## Boletim Criminal Comentado nº 096 - junho 2020

termos do art. 66, I, da LEP, pode o Juízo das Execuções Criminais, ao afastar a majorante do emprego de arma branca em razão da aprovação da Lei n. 13.654/2018, exasperar a pena-base com fundamento na mesma circunstância, pois a reestruturação da motivação da dosimetria, sem que haja agravamento da pena, não caracteriza 'reformatio in pejus indireta.';



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 097

**Procurador-Geral de Justiça**

Mário Luiz Sarrubbo

**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

**Analista Jurídica**

Ana Karenina Saura Rodrigues

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

### ESTUDOS DO CAOCRIM

#### 1 -Tema: COVID 19 - LEVANTAMENTO DEMONSTRA REDUÇÃO DE MORTES DE MULHERES em ABRIL

A pandemia da COVID 19 provocou o agravamento da violência contra a mulher no Brasil e no mundo. Em São Paulo, apesar de a violência ter aumentado no início da pandemia, em abril houve a redução do número de mortes.

Conforme levantamento do CAOCRIM e Núcleo de Gênero pela Nota Técnica Raio X da violência doméstica durante isolamento: um retrato de São Paulo no primeiro mês de pandemia ocorreu aumento de 29,2% das medidas protetivas de urgência e de 51,4% das prisões em flagrante, em comparação com o mês anterior ([http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob\\_page.show? docname=2659985.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwpob_page.show? docname=2659985.PDF)).

Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública também apontam para o aumento de 44,9% das chamadas para 190 (dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Nota Técnica Violência Doméstica durante a pandemia de COVID 19 – Ed. 2) e em abril foi instituído o boletim de ocorrência eletrônico pela SSP SP para sanar a queda dos registros presenciais de BOs.

Estratégias de divulgação de canais de atendimento adotadas pelo Ministério Público e outras entidades, registro do boletim de ocorrência eletrônico e a maior percepção da população quanto à violência surtiram efeitos.

Conforme levantamento realizado com base nos dados da SPP-SP, ocorreram em abril de 2019 e abril de 2020 os seguintes crimes contra a vida de mulheres:

Período	Crimes consumados: homicídios e feminicídios de mulheres	Tentativas de homicídios e feminicídios de mulheres	TOTAL GERAL
ABRIL de 2019	42	33	75
ABRIL de 2020	36	21	57
	Redução de 14%	Redução de 33%	Redução de 24%

Fonte: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/violenciamulher.aspx>

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

Pelos dados, comparados os meses de abril de 2019 e abril de 2020, houve a redução de 14% do número de mortes de mulheres em relação ao ano anterior, a redução de 33% das tentativas de homicídios e feminicídios de mulheres e uma redução geral de 24%, considerando-se os crimes tentados e consumados.

Apesar do aumento da violência contra as mulheres, em razão da maior vigilância social, divulgação de canais de ajuda e registro eletrônico, os índices de mortes consumadas ou tentadas decaíram.

**STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

**DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Pesquisa pronta STJ sobre Execução Penal**

**Unificação de penas- execução penal**

No julgamento do HC 528.001, relatado pelo desembargador convocado Leopoldo de Arruda Raposo, a Quinta Turma lembrou que o STJ pacificou o entendimento de que, "no caso de nova condenação a penas restritivas de direito a quem esteja cumprindo pena privativa de liberdade em regime fechado ou semiaberto, é inviável a suspensão do cumprimento daquelas – ou a execução simultânea das penas. O mesmo se dá quando o agente está cumprindo pena restritiva de direitos e lhe sobrevém nova condenação à pena privativa de liberdade. Nesses casos, nos termos do artigo 111 da Lei de Execução Penal, deve-se proceder à unificação das penas, não sendo aplicável o artigo 76 do Código Penal".

**COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Quando houver mais de uma condenação contra a mesma pessoa, no mesmo processo ou em processos distintos, deve o juiz somar as penas impostas, observando a possibilidade de detração (art. 42 do CP) e a remição (art. 126, desta Lei), determinando, então, o regime inicial para seu cumprimento.

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 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

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

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. 26/5/2017).

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 regressar 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

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

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”.

Em razão disso, o STJ concedeu liminares nos habeas corpus 456.819/SC, 456.818/SC e 456.820/SC.

Nos três casos, ao promover a unificação das penas os magistrados consideraram a data do último trânsito em julgado – e não a da última prisão – como marco inicial para o cálculo de futuros benefícios da execução. As decisões foram mantidas em agravos julgados pelo Tribunal de Justiça, mas a ministra Laurita Vaz, considerando a nova orientação adotada pelo STJ, deferiu as liminares reconhecendo a ausência de amparo legal para a interrupção do prazo, razão pela qual os benefícios das execuções relativas aos impetrantes deveriam ser calculados a partir da última prisão.

### **Reincidência e custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos**

Outro entendimento do direito processual penal destacado pela Pesquisa Pronta foi firmado pela Sexta Turma ao julgar o HC 502.524, relatado pela Ministra Laurita Vaz. Segundo a decisão, “a mera reincidência não é motivo suficiente para, per si, afastar a excepcionalidade da custódia preventiva nos casos de gestante ou mãe de infantes menores de 12 anos, pois não importa em risco inequívoco à infância e à sua proteção”.

### **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

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

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. 5/6/2018).

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

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.

Em decisão recente, 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.

No caso julgado (HC 426.526/RJ, j. 12/2/2019), a impetrante era acusada de ter cometido tráfico de drogas em associação com o Comando Vermelho, no Rio de Janeiro, sendo que a imputação, que lhe atribuía a função de líder do tráfico na região e o emprego arma de fogo, fazia referência à apreensão de grande quantidade de drogas sob sua responsabilidade (470g de maconha e 857g de cocaína).

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:

“Entendo que não se trata de um silêncio eloquente da norma, mas apenas como uma omissão legislativa e é assim que deve ser interpretado.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

De fato – e aqui faço propositadamente uma redução ao absurdo da novidade legal, de forma a demonstrar a inevitabilidade da sua interpretação no sentido de que houve omissão legislativa –, a leitura do disposto em termos literais forçaria a concessão da prisão domiciliar à mãe que nem sequer convive ou criou os filhos, unicamente porque o crime não envolveu violência ou grave ameaça ou dirigiu-se contra a prole.

A exceção da concessão do benefício em determinadas situações excepcionalíssimas deve, portanto, ao meu ver, subsistir. Como efeito, por meio desse parâmetro adicional era possível fazer um controle maior de condutas criminosas que, embora não alcançados pelas duas exceções, se revestiam de elevada gravidade, evidenciando um risco concreto de violação dos direitos da criança ou uma ameaça acentuada à ordem pública.

(...)

O fato de o legislador não ter inserido outras exceções na lei, não significa que o Magistrado esteja proibido de negar o benefício quando se deparar com casos excepcionais. Tenho que deve prevalecer a interpretação teleológica da lei, assim como a proteção aos valores mais vulneráveis. Com efeito, naquilo que a lei não regulou, o precedente da Suprema Corte deve continuar sendo aplicado, pois uma interpretação restritiva da norma pode representar, em determinados casos, efetivo risco direto e indireto à criança cuja proteção deve ser integral e prioritária, como determina a Constituição no art. 227, bem como à pessoa deficiente.”

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.

O STF, na decisão em comento, segue o mesmo espírito.

### **DIREITO PENAL:**

---

**1 - Tema: Posse de arma de fogo de uso permitido. Registro vencido. Irregularidade administrativa. Porte ilegal de arma de fogo. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Tipicidade. Inaplicabilidade do entendimento firmado no julgamento da Ação Penal n. 686/AP.**

### **INFORMATIVO 671 STJ - SEXTA TURMA**

Caracteriza ilícito penal o porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003) ou de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/2003) com registro de cautela vencido.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu, no julgamento da Ação Penal n. 686/AP, que, uma vez realizado o registro da arma, o vencimento da autorização não caracteriza ilícito penal, mas mera irregularidade administrativa que autoriza a apreensão do artefato e aplicação de multa (APn n. 686/AP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 29/10/2015).

Tal entendimento, todavia, é restrito ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003), não se aplicando ao crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003), muito menos ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da Lei n. 10.826/2003), cujas elementares são diversas e a reprovabilidade mais intensa.

PROCESSO: AgRg no AREsp 885.281-ES, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, por unanimidade, julgado em 28/4/2020, DJe 08/5/2020.

Sobre o tema, explica o promotor de Justiça Ricardo Silveira, na obra *Leis Penais Especiais-Estatuto do Desarmamento comentado*, ed. Juspodivm:

“Vimos, ao tratarmos do art. 12 do Estatuto, que o encontro da arma nas condições daquele tipo penal, com o registro vencido, não configura o crime, pois registro existiu e o Poder Público tem conhecimento da existência da arma e de seu proprietário. Porém, aquele que permanece com a arma depois de negada a renovação do registro comete o crime do art. 12.

A solução, contudo, não pode ser a mesma para o crime de porte ilícito de arma de fogo. É que a autorização para o porte de arma permite a seu titular que circule com a arma, o que incrementa a exposição do bem jurídico, bem ao contrário da simples manutenção da arma em casa ou local de trabalho. Além disso, existem exigências legais e regulamentares para a renovação do porte, é dizer, para que se tenha autorização de circular com a arma pelas vias públicas, fora de casa ou do local de trabalho, sendo estabelecidos, ainda, determinados prazos. Assim, vencido o prazo para a autorização, a arma deverá ser mantida em casa até que se providencie a renovação. Do contrário,

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

haverá o crime do art. 14 (arma de uso permitido) ou do art. 16 (arma de uso restrito). Negada a renovação do porte, praticado algum dos núcleos do tipo, a solução será a mesma. É também o posicionamento do STJ”.

### **2- Tema: Valor não executado pelo fisco autoriza reconhecimento da insignificância em crime tributário estadual**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estendeu ao âmbito estadual o entendimento firmado no Tema 157 dos recursos repetitivos – de que incide o princípio da insignificância nos crimes tributários federais e de descaminho quando o valor dos tributos não recolhidos não ultrapassa o limite de R\$ 20 mil. Com isso, a seção trancou ação penal contra um contribuinte de São Paulo acusado de sonegar R\$ 4.813,11 em ICMS – imposto de competência estadual.

Para o colegiado, é possível aplicar aos crimes tributários estaduais o mesmo raciocínio firmado sob a sistemática dos recursos repetitivos, desde que exista norma local que estabeleça um limite mínimo para a execução fiscal – abaixo do qual o valor representado pelo ato ilícito pode ser considerado insignificante. No caso analisado, o réu foi denunciado por crime contra a ordem tributária, com base no artigo 1º, IV, da Lei 8.137/1990. A defesa entrou com habeas corpus no Tribunal de Justiça de São Paulo, mas teve o pedido negado.

No habeas corpus impetrado no STJ, foi pedido o trancamento da ação penal, sob o argumento de que a conduta seria atípica, pois o valor da sonegação apontado na denúncia é inferior ao considerado na jurisprudência para a aplicação do princípio da insignificância em crimes tributários.

Por unanimidade, a Terceira Seção concedeu o habeas corpus, para reconhecer a aplicação do princípio da insignificância e determinar o trancamento da ação penal. [Leia o voto do relator](#). Esta notícia refere-se ao(s) processo(s):HC 535063.

#### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O relator, ministro Sebastião Reis Júnior, explicou que em São Paulo – onde o crime teria sido cometido – a Lei Estadual 14.272/2010 prevê a inexigibilidade da execução fiscal para débitos que não ultrapassem 600 Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESPs), o que equivale a R\$ 16.566 – valor maior do que a sonegação apontada no caso.

O ministro lembrou que a análise da matéria do repetitivo pelo STJ ocorreu primeiro em 2009, no julgamento do REsp 1.112.748, no qual se admitiu a incidência do princípio da insignificância nos crimes tributários. Em 2018, foi adotado o parâmetro estabelecido nas Portarias 75 e 130 do

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

Ministério da Fazenda para aplicação da insignificância aos crimes tributários federais – ou seja, o limite de R\$ 20 mil, já que abaixo disso a Fazenda Nacional não ajuíza a cobrança do crédito tributário.

Segundo Sebastião Reis Júnior, ainda que aquele entendimento dissesse respeito somente a crimes relativos a tributos de competência da União, é possível aplicar o mesmo raciocínio ao plano estadual, quando houver lei local que dispense a execução fiscal abaixo de determinado valor.

"Não há como deixar de aplicar o mesmo raciocínio aos tributos estaduais, exigindo-se, contudo, a existência de norma reguladora do valor considerado insignificante", declarou o ministro, destacando que valores pequenos já não são cobrados por estados e municípios, em razão da inviabilidade do custo operacional da execução.

**3- Tema: Falsidade ideológica. Crime instantâneo, cujos efeitos podem se protrair no tempo. Prescrição da pretensão punitiva. Termo inicial. Consumação do delito.**

### **INFORMATIVO 672 STJ - TERCEIRA SEÇÃO**

Na falsidade ideológica, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é o momento da consumação do delito e não o da eventual reiteração de seus efeitos.

PROCESSO: RvCr 5.233-DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 13/5/2020, DJe 25/5/2020

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

A falsidade ideológica é crime formal e instantâneo, cujos efeitos podem se protrair no tempo. A despeito dos efeitos que possam, ou não, gerar, ela se consuma no momento em que é praticada a conduta.

Diante desse contexto, o termo inicial da contagem do prazo da prescrição da pretensão punitiva é o momento da consumação do delito e não o da eventual reiteração de seus efeitos.

No caso em comento, os falsos foram praticados em 2003 e 2007, quando as sócias "laranja" foram incluídas, pela primeira vez, no contrato social da empresa. Para o STJ, erra-se ao afirmar que os crimes teriam sido reiterados quando, por ocasião das alterações contratuais ocorridas em 21/06/2010, 1º/06/2011 e 26/07/2011, deixou-se de regularizar o nome dos sócios verdadeiramente titulares da empresa, mantendo-se o nome dos "laranjas".

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

Isso porque, na visão da Corte Cidadã, não há como se entender que constitui novo crime a omissão em corrigir informação falsa por ele inserida em documento público, quando teve oportunidade para tanto. Tampouco há como se entender que a lei pune um crime instantâneo porque ele continua produzindo efeitos depois de sua consumação.

**MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

**1- Tema: Conflito Negativo de Atribuição (MPSP e MPF). Não cumprimento de ordem da Justiça Estadual por servidor público federal, no exercício da função. Competência da Justiça Federal.**

Conflito Negativo de Atribuição (MPSP e MPF)

Autos n.º 0011807-16.2020.8.26.0002 – MM. Juízo da 1.ª Vara Criminal do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital)

Suscitante: MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO (4.º Promotor de Justiça Criminal de Santo Amaro - Capital)

Suscitado: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Procuradora da República em São Paulo)

Assunto: representação para suscitar conflito negativo de atribuição

**EMENTA:** CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÃO ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. JULGAMENTO DA ACO 843 PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE: INCUMBE AO EGRÉGIO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP DIRIMIR O CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO INSTALADO ENTRE MEMBROS DE DIFERENTES MINISTÉRIOS PÚBLICOS.

Consta dos autos notícia de fato imputando infração penal a gerente da Caixa Econômica Federal que supostamente descumpriu, de forma reiterada, determinações judiciais do MM. Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital).

O MM. Juízo determinou a comunicação dos fatos ao Ministério Público Estadual. O expediente foi encaminhado ao Ministério Público Federal, invocando precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar o crime, em razão do sujeito ativo ser servidor público federal. A Douta Procuradora da República asseverou que os fatos noticiados demonstram que a Administração da Justiça ofendida foi a Estadual que expediu os ofícios que deveriam ter sido respondidos, não havendo qualquer ofensa aos interesses da União, nos termos do art. 109 da CF, motivo pelo qual pugnou fosse declinada a competência em favor da Justiça Estadual de São Paulo. A MM. Juíza Federal acolheu a manifestação, determinando a respectiva remessa dos autos. O Douto Promotor de Justiça recipiente, contudo, discordou da remessa, motivadamente, e requereu fosse suscitado conflito de competência. A Digníssima Magistrada, então,

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, para análise do conflito negativo de atribuição instaurado.

Primeiramente, conflitos dessa natureza, envolvendo divergências de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre o Ministério Público estadual e Ministério Público da União, eram dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal. Após o julgamento das Ações Cíveis Originárias n.º 924 e 1.394 pela Suprema Corte, houve uma mudança de posicionamento, definindo-se incumbir ao Procurador-Geral da República dirimir tais questões. Neste mês de junho de 2020, houve o julgamento da Ação Cível Originária n.º 843 pelo Plenário da Suprema Corte, na qual, por maioria, o STF voltou a negar a sua competência e entendeu que incumbe ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, dirimir o conflito de atribuição entre membros de diferentes Ministérios Públicos.

Quanto à competência para processar e julgar a infração penal, seja qual for a capitulação jurídica final, define-se pela qualidade do sujeito ativo em tela, tendo em vista que se trata de entendimento pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça que fatos típicos cometidos por funcionários públicos federais no exercício de suas funções são de competência da Justiça Federal. Nesse sentido, a decisão monocrática invocada pelo Douto Promotor de Justiça, proferida pelo E. Ministro Joel Ilan Paciornik em 11/02/2017, ao analisar o Conflito de Competência 143.954. Precedentes do STJ e do STF.

Nessa esteira, considerando que foi instaurado conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, concordando esta Chefia Institucional com o posicionamento exarado pelo Douto Promotor de Justiça Suscitante, de rigor a remessa dos autos ao órgão competente, nos termos da recente decisão do STF nos autos da ACO n.º 843.

Solução: não se conhece da presente remessa, determinando, desde logo, o envio dos autos ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público, com nossas homenagens, a fim de que seja dirimida a questão levantada nestes autos.

Cuida-se de notícia de fato recebida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, a partir de cópia dos autos de Execução de Alimentos n.º 0051680-04.2012.8.26.0002, da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital), dando conta de suposto crime de desobediência perpetrado por funcionário da Caixa Econômica Federal em face do mencionado juízo.

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

Isso porque foram expedidos ofícios à Caixa Econômica Federal nos dias 18/05/2018, 20/08/2018, 09/11/2018 e 10/04/2019, com determinação judicial para efetivação de penhora a título de pensão alimentícia e posterior transferência para os aludidos autos judiciais de saldo existente no FGTS/PIS em nome do devedor Eli Jesus Teixeira, mas a ordem não foi atendida.

Consta haver certidão de cumprimento de mandado positivo recebido pela gerente CÁSSIA CRISTINA STRIZZI HIPÓLITO, em 22/05/2019, tendo sido certificado em 25/6/2019 e em 30/7/2019 que não houve cumprimento da determinação judicial por parte da Caixa Econômica Federal, de forma que o MM. Juízo determinou a comunicação dos fatos ao Ministério Público Estadual.

O expediente foi encaminhado ao Ministério Público Federal, sob o argumento de que o noticiado crime de desobediência foi cometido por gerente da Caixa Econômica Federal, invocando precedente do C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar o crime, em razão de o sujeito ativo, na qualidade de servidor público federal, ter praticado a conduta no exercício de suas funções (fls. 08/199 e 200).

Inicialmente, o Ilustre Procurador da República que recebeu os autos pontuou que se cuidava de notícia de fato visando a apurar a possível prática do crime descrito no art. 330 do Código Penal, por terem empregados da Caixa Econômica Federal supostamente descumprido, de forma reiterada, determinações judiciais proferidas nos Autos nº 0051680-04.2012.8.26.0002, motivo pelo qual determinou a expedição de ofício à Caixa Econômica Federal para informar se houve cumprimento, mesmo extemporâneo, da ordem (fls. 206).

Em resposta, a Caixa Econômica Federal aduziu, no dia 19/02/2020, que as contas de FGTS e PIS de Eli Jesus Teixeira encontram-se zeradas, sem saldo para transferência (fls. 212).

O Douto Procurador da República oficiante, então, entendeu insuficiente a resposta, porque não esclareceu as indagações contidas dos ofícios expedidos, além de não ter restado claro se a ausência de saldo foi o motivo de a agência bancária não ter cumprido as ordens do juízo cível, mesmo porque não há informação que indique ser a mesma situação da época do recebimento das ordens (2018 e 2019). Diante disso, determinou diligências complementares (fls. 215).

Decorrido o prazo sem resposta, os autos foram encaminhados à titular do Ofício.

A Douta Procuradora da República, então, asseverou que os fatos noticiados configuram, em tese, o crime previsto no art. 330 do CP, porque a gerente da Caixa Econômica Federal, CÁSSIA CRISTINA, supostamente teria desobedecido ordem do MM. Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital), de modo que a Administração da Justiça ofendida pela falta de resposta por parte da Agência Granja Julieta da Caixa Econômica Federal não é a Federal, mas a Estadual que expediu os ofícios que deveriam ter sido respondidos.



## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

Diante disso, entendeu que não houve qualquer ofensa direta a bens, serviços ou interesse da União, nos termos do art. 109 da CF, motivo pelo qual pugnou fosse declinada a competência em favor da Justiça Estadual de São Paulo (fls. 04/07).

A MM. Juíza Federal, por sua vez, acolheu a manifestação, sustentando que a conduta, em tese, atentaria contra a administração pública em âmbito estadual, e, em princípio, não visa lesar diretamente bens ou interesses da empresa pública federal, nem mesmo se enquadra em qualquer outra hipótese do art. 109 da CF, motivo pelo qual declinou da competência em favor da Justiça Estadual Criminal da Comarca de São Paulo, determinando a respectiva remessa dos autos (fls. 221/223).

O Douto Promotor de Justiça recipiente, contudo, discordou da remessa, argumentando que o fato da averiguada ter supostamente cometido a infração penal na condição de funcionária da Caixa Econômica Federal, ainda que o comando judicial não atendido tenha emanado de autoridade estadual, faz com que a competência seja da Justiça Federal.

Colacionou caso semelhante, no qual o E. Ministro Joel Ilan Paciornik, ao analisar o Conflito de Competência 143.954, proferiu decisão monocrática nessa linha, declarando competente o MM. Juízo Federal e destacando ser o entendimento fixado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, requereu fosse suscitado conflito de competência com o MM. Juízo da 8.ª Vara Criminal Federal de São Paulo (fls. 229/232).

A Digníssima Magistrada, então, determinou a remessa dos autos a esta Chefia Institucional, para análise do conflito negativo de atribuição instaurado (fls. 233).

Eis a síntese do necessário.

Trata-se de conflito negativo de atribuição entre membros de diferentes Ministérios Públicos.

A propósito do conflito negativo de atribuição, destaca HUGO NIGRO MAZZILLI que tal incidente tem lugar quando o membro do Ministério Público nega a própria atribuição funcional e a atribui a outro, que já a tenha recusado (conflito negativo), ou quando dois ou mais deles manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusão às de outros membros (conflito positivo) (Regime Jurídico do Ministério Público, 6.ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, pág. 486-487).

Pois bem.

No caso em tela, não compete a esta Chefia Institucional dirimir a questão, mas ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, conforme a seguir exposto.

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

Primeiramente, conflitos dessa natureza, envolvendo divergências de atribuições entre Ministérios Públicos de Estados diversos, ou entre o Ministério Público estadual e Ministério Público da União, eram dirimidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Após o julgamento das Ações Cíveis Originárias n.º 924 e 1.394 pela Suprema Corte, houve uma mudança de posicionamento, definindo-se incumbir ao Procurador-Geral da República dirimir tais questões.

Esse entendimento rendeu moção de descontentamento aprovada no Conselho Nacional de Corregedores Gerais dos Estados e da União em agosto de 2016, por afrontar a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Neste mês de junho de 2020, houve o julgamento da Ação Cível Originária n.º 843 pelo Plenário da Suprema Corte, na qual, por maioria, o STF voltou a negar a sua competência e entendeu que cabe ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP dirimir o conflito de atribuição membros de diferentes Ministérios Públicos.

Extraem-se do voto vencedor do Eminentíssimo Ministro Alexandre de Moraes as seguintes considerações:

“Em outras palavras, o princípio da unidade não compromete a independência entre os vários Ministérios Públicos, cada qual chefiado por seu respectivo Procurador-Geral, que se posicionam no mesmo nível de hierarquia, devendo ser observadas as atribuições de cada qual.

Com tal premissa, não parece ser mais adequado que, presente conflito de atribuição entre integrantes do Ministério Público Estadual e do Ministério Público Federal, o impasse acabe sendo resolvido monocraticamente por quem exerce a chefia de um deles, no caso o Procurador-Geral da República. Ainda que de forma reflexa, estar-se-ia arranhando toda essa base principiológica em que estruturada a Instituição Ministério Público, conferindo-se ao Procurador-Geral da República, neste caso, posição hierárquica superior aos demais Procuradores-Gerais; em contrariedade ao artigo 128 da CF.

A interpretação sistemática da Constituição Federal, após a edição da EC 45/2004, aponta como mais razoável e compatível com a própria estrutura orgânica da Instituição reconhecer no Conselho Nacional do Ministério Público a necessária atribuição para solucionar os conflitos de atribuição entre seus diversos ramos, pois, constitucionalmente, tem a missão precípua de realizar o controle de atuação administrativa e financeira do Ministério Público.

Assim, no âmbito interno e administrativo, não tendo vinculação direta com qualquer dos ramos dos Ministérios Públicos dos entes federativos, mas sendo por eles composto, o CNMP possui isenção suficiente para definir, segundo as normas em que se estrutura a instituição, qual agente

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

do Ministério Público tem aptidão para a condução de determinado inquérito civil, inclusive porque, nos termos do § 2º do art. 130-A, é sua competência o controle da atuação administrativa do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe, inclusive, zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, bem como pela legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, entre eles, aqueles atos que deram ensejo ao conflito de atribuições.

A interpretação sistemática dos preceitos constitucionais da Instituição, portanto, aponta a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir essa modalidade de conflito de atribuição com fundamento no artigo 130-A, § 2º, e incisos I e II, da Constituição Federal.

Com amparo nesses preceitos constitucionais, estaria o referido órgão colegiado, ao dirimir o conflito de atribuição, exercendo o controle da atuação administrativa do Ministério Público e, ao mesmo tempo, zelando pela autonomia funcional e independência da instituição.

A solução de conflitos de atribuições entre ramos diversos dos Ministérios Públicos pelo CNMP é a mais adequada, pois reforça o mandamento constitucional que lhe atribuiu o controle da legalidade das ações administrativas dos membros e órgãos dos diversos ramos ministeriais, sem ingressar ou ferir a independência funcional.”

Isso considerado, passa-se à análise do caso concreto.

Consta dos autos notícia de fato imputando infração penal a gerente da Caixa Econômica Federal que supostamente descumpriu, de forma reiterada, determinações judiciais do MM. Juízo da 2ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional II – Santo Amaro (Comarca da Capital).

Feitas essas considerações iniciais, quanto à competência para processar e julgar a infração penal, seja qual for a capitulação jurídica final, define-se pela qualidade do sujeito ativo em tela, tendo em vista que se trata de entendimento pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça que fatos típicos cometidos por funcionários públicos federais no exercício de suas funções são de competência da Justiça Federal.

Nesse sentido, a decisão monocrática invocada pelo Douto Promotor de Justiça, proferida pelo E. Ministro Joel Ilan Paciornik em 11/02/2017, ao analisar o Conflito de Competência 143.954.

Na mesma esteira, os seguintes julgados Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. QUEIXA-CRIME. INJÚRIA PRATICADA POR FUNCIONÁRIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal, no exercício de suas atribuições funcionais. Precedentes.

2. Tal entendimento deriva do fato de que, ao atuar na qualidade de preposto da empresa pública federal, o acusado a representa e, por consequência, o cometimento de crime no exercício da função pública atinge diretamente a imagem da instituição.

3. Situação em que, em processo de renegociação de contratos bancários celebrados com a Caixa Econômica Federal (financiamento de imóvel, limite de cheque especial em conta corrente e empréstimo pessoal) e inadimplidos, o gerente de contratos da instituição financeira, no exercício de sua função na empresa, teria qualificado a querelante de "safada sem vergonha", "mal caráter" e "pilantra", em contato telefônico.

4. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária do Paraná, o Suscitante.

(CC 147.781/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/9/2016, DJe 20/9/2016) – g.n.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CARTÕES BANCÁRIOS DAS VÍTIMAS (INDÍGENAS) ENTREGUES A SERVIDOR PÚBLICO, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, E GUARDADOS NO INTERIOR DE REPARTIÇÃO FEDERAL (FUNAI).

INDÍCIOS SUFICIENTES PARA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal no exercício de suas atribuições funcionais.

2. Na espécie, foram sacadas quantias depositadas nas contas bancárias de índios, cujos cartões de movimentação haviam sido anteriormente entregues a servidores da FUNAI e permaneceram guardados no interior da repartição pública, conforme depoimentos acostados aos autos.

3. Havendo indícios de que o autor do delito é servidor público federal, no exercício de suas funções, resta caracterizado o interesse da União no caso.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Governador Valadares/MG, o suscitado.

(CC 105.202/MG, Rel. Min. JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, j. 9/6/2010, DJe 17/6/2010) – g.n.

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. COMPETÊNCIA. RÉU POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. ATUAÇÃO FUNCIONAL EM FACE DE SUPOSTA PRÁTICA CRIMINOSA. ART. 301 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME CONTRA SERVIÇO PÚBLICO DA UNIÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Recorrente denunciado como incurso nos arts. 121, § 2º, II e IV, e 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, II, (por duas vezes), ambos do Código Penal. Oposição de exceção de incompetência absoluta perante o Juízo singular, ao argumento de que o recorrente encontrava-se no exercício de sua função jurisdicional de policial rodoviário federal, agindo, dessa forma, dentro dos limites de sua atuação funcional.

2. Esta Corte Superior consolidou o seu entendimento no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar crime praticado por funcionário público federal no exercício de suas atribuições funcionais.

3. Hipótese em que o recorrente não se encontrava em serviço, nem fardado, tampouco em sua área de atuação (região de Corumbá-MS), bem como não estava em patrulhamento ostensivo em via de sua competência funcional. 4. Ao contrário do alegado pela defesa, a abordagem do recorrente feita as vítimas deu-se em decorrência de desavenças no trânsito entre eles, não se evidenciando que sua atuação tenha ocorrido para reprimir suposta prática de crime pelas vítimas, nos termos do art. 301 do CPP. 5. No caso em exame, verifica-se que o recorrente, em nenhum momento, agiu dentro da sua atividade laborativa, de modo que inexistente interesse da União a justificar a atuação da Justiça Federal, nos moldes do art. 109 da Constituição Federal.

6. Recurso não provido.

(RHC 87.162/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 18/4/2018) – g.n.

De igual modo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA CIVIL. MÉDICO MILITAR. COMPETÊNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O Supremo Tribunal Federal não admite a impetração de habeas corpus para rediscutir acórdão do Superior Tribunal de Justiça que resolve conflito de competência. Situação concreta em que inexistente risco atual ou iminente à liberdade de locomoção do paciente. Precedentes. 2. O art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar exclui do rol dos crimes militares o crime doloso contra a vida praticado por militar contra civil. Inconstitucionalidade afastada pelo Plenário do STF, no julgamento do RE 260.404, Rel. Min. Moreira Alves. 3. Hipótese em que a definição do órgão jurisdicional competente levou em consideração dados objetivos da causa, cuja reapreciação é

## Boletim Criminal **Comentado** nº 097 - junho 2020

inviável na via processualmente restrita do habeas corpus. 4. O acórdão impugnado está alinhado com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que compete à Justiça Federal processar e julgar crime cometido por funcionário público federal no exercício de suas atribuições funcionais. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido.

(HC 124100 AgR, Relator: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, j. em 9/12/2016, Proc. Eletrônico, DJe-023, Divulg. 6-2-2017, p. 7-2-2017) – g.n.

Nessa esteira, considerando que foi instaurado conflito negativo de atribuição entre o Ministério Público do Estado de São Paulo e o Ministério Público Federal, concordando esta Chefia Institucional com o posicionamento exarado pelo Douto Promotor de Justiça Suscitante, de rigor a remessa dos autos ao órgão competente, nos termos da recente decisão do STF nos autos da ACO n.º 843.

Diante do exposto, não conheço da presente remessa, determinando, desde logo, o envio dos autos ao Egrégio Conselho Nacional do Ministério Público, com nossas homenagens, a fim de que seja dirimida a questão levantada nestes autos.

Publique-se a ementa.

São Paulo, 18 de junho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça

**MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários**

---

**NOVAS TESES APROVADAS PELO SETOR:**

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DENÚNCIA ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS PRELIMINARES INFORMAIS. INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. SUFICIÊNCIA. LICITUDE DA PROVA. É lícita a interceptação telefônica e as provas dela derivadas se após receber informação anônima sobre a prática de crime, o Ministério Público realiza diligências informais e instaura Procedimento de Investigação Criminal que possibilitam obter a qualificação do suspeito e o crime que estaria sendo praticado, bem como demonstrar a imprescindibilidade da medida.

PROGRESSÃO DE REGIME – RÉU CONDENADO POR CRIME HEDIONDO – REINCIDENTE EM CRIME DE NATUREZA NÃO HEDIONDA – CUMPRIMENTO MÍNIMO DE 60% PARA PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO – INTELIGÊNCIA DO ART. 112, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Tendo em vista que o art. 112, VII, da LEP não utiliza o termo “reincidente em crime da mesma natureza” a aplicação das frações previstas nos incisos IV, VI e VII, baseia-se na recidiva genérica, independentemente da natureza do crime anterior.

EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO – INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO DA PENA DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE. O inadimplemento deliberado da pena de multa cumulativamente aplicada ao sentenciado impede a progressão no regime prisional.

EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS DE NATUREZAS DIVERSAS – DETERMINAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO PELO RESULTADO DA SOMA OU UNIFICAÇÃO. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, ainda que a penas privativas de liberdade de naturezas reclusiva e detentiva, a determinação do regime de cumprimento será feita nos termos do art. 111 da LEP, pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

HOMICÍDIO QUALIFICADO – MOTIVO TORPE E FEMINICÍDIO – COEXISTÊNCIA – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE ‘BIS IN IDEM’. O feminicídio que envolver violência doméstica contra a mulher é circunstância de caráter objetivo, inexistindo incompatibilidade de imputação simultânea com a qualificadora do motivo torpe, que é de caráter subjetivo.

EXECUÇÃO PENAL - MAJORANTE EXCLUÍDA POR LEI POSTERIOR À CONDENAÇÃO - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS – ADEQUAÇÃO DA PENA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES – PENA-BASE AUMENTADA COM FUNDAMENTO NA MESMA CIRCUNSTÂNCIA – POSSIBILIDADE. Nos

## Boletim Criminal Comentado nº 097 - junho 2020

termos do art. 66, I, da LEP, pode o Juízo das Execuções Criminais, ao afastar a majorante do emprego de arma branca em razão da aprovação da Lei n. 13.654/2018, exasperar a pena-base com fundamento na mesma circunstância, pois a reestruturação da motivação da dosimetria, sem que haja agravamento da pena, não caracteriza 'reformatio in pejus indireta.';



# CAO – Crim

Boletim Criminal **Comentado** n° 098

**Procurador-Geral de Justiça**

Mário Luiz Sarrubbo

**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 Tosseto

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

### **AVISO**

Informamos que a Promotoria de Justiça de Bauru apresentou Representação, com Pedido de Providências, à Corregedoria-Geral da Justiça, através da qual foi expedida orientação aos magistrados para que observem a prerrogativa de intimação pessoal do Ministério Público, prevista no inciso IV do artigo 41 da LONMP e no artigo 370, §4.º do CPP, mesmo se a decisão estiver em consonância com requerimento ou parecer anterior.

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1-Tema: Competência para o julgamento do falso testemunho praticado em sede de TELEAUDIÊNCIA.**

Este estudo foi provocado pela colega de Araraquara, Patrícia Sguerra Vita e Castro, em consulta ao CAOCRIM no nosso grupo de Telegram.

Vejamos.

É sabido que o crime de falso testemunho, de acordo com a doutrina majoritária, se consuma no momento em que assinado o depoimento pela testemunha que falta com a verdade.

Cometido no bojo de uma precatória, prevalece o entendimento de que competente para seu julgamento será o juízo deprecado, conforme, aliás, jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

E no caso do falso testemunho prestado por testemunha ouvida em comarca diversa do processo, mas, por videoconferência? Faltando com a verdade, deve ser processada pelo crime do art. 342 do CP na comarca em que reside (local onde se encontrava no ato da audiência) ou na comarca onde tramita o processo?

Concluimos que, neste caso, não se aplica o entendimento que prevalece na hipótese da precatória. São situações distintas. Não houve colaboração de outro juízo. A prova foi colhida pelo próprio juízo do processo, contando com a presença da testemunha, ainda que virtual. A presença virtual não deixa de ser presença.

Logo, a comarca competente para o processo do falso será a mesma onde tramita o processo sede (virtual) da mentira.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

### **2-Tema: NOTA TÉCNICA N° 6: Fluxo do ANPP VIRTUAL**

#### ***Passo 1***

- 1.1)** O membro do Ministério Público avalia a pertinência do ANPP, inclusive requerendo a juntada de antecedentes criminais;
- 1.2)** O servidor procede à juntada da certidão de antecedentes criminais, certificando nos autos;
- 1.3)** Sendo possível, profere despacho determinando o contato inicial com o investigado – e se já houver, advogado – para confirmação de dados, com vistas ao procedimento exclusivamente virtual;

#### ***Passo 2***

- 2.1)** O servidor contata (via ligação de voz, whatsapp ou e-mail) o investigado para:
  - a)** informá-lo sobre a possibilidade de ANPP;
  - b)** indagar se ele tem advogado ou precisa ser assistido pela Defensoria Pública (e se for o caso, repassar meios de contato da Defensoria Pública);
  - c)** confirmar dados pessoais;
  - d)** avisar que ele receberá notificação por meio virtual (whatsapp ou e-mail) e de que a reunião será online (dar primeiras instruções – recebimento de link por e-mail, possibilidade de baixar o aplicativo MS Teams ou acessar via web, noções básicas do aplicativo, conforme vídeo tutorial)

Como gerar a reunião online, enviar o convite e utilização dos recursos (uso interno)  
<https://web.microsoftstream.com/video/92bb776a-9638-4454-a1ab-ce9c4eb2a8c6>

- 2.2)** Certificar nos autos os procedimentos adotados acima (a depender do patrono – Defensoria Pública ou advogado constituído);

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

**2.3)** Caso a certidão acima destacada informar a impossibilidade de reunião online (p.ex., porque não se conseguiu contato eletrônico com o investigado ou ele não dispõe de acesso à internet), a partir daí o caso deverá seguir o fluxo do ANPP presencial;

### ***Passo 3***

**3.1)** Uma vez devolvidos os autos, e verificada a viabilidade da reunião online, o membro do Ministério Público profere novo despacho, desta vez, com agendamento da reunião;

**3.2)** Em cumprimento ao despacho acima citado, o servidor agendará a reunião online no Microsoft Teams;

### ***Passo 4***

**4.1)** O servidor elabora e expede a notificação, realizando a remessa exclusivamente por whatsapp ou e-mail da defesa (Defensor Público ou advogado) e do investigado;

**4.2)** Feito isso, confirma o envio/recebimento, certificando nos autos;

### ***Passo 5***

**5.1)** Se necessário, o membro do Ministério Público ou o servidor contatam a vítima para fins de avaliação dos danos;

Interessado/Parte

Como o interessado deve acessar a reunião online via Teams (uso do convidado/externo)

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/arquivos/PassoaPasso\\_ParticipandoReunioesVirtuaisMPSP.mp4](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/arquivos/PassoaPasso_ParticipandoReunioesVirtuaisMPSP.mp4)

**5.2)** Após, certifica-se nos autos as informações obtidas;

### ***Passo 6***

**6.1)** Com o suporte do servidor, o membro do Ministério Público realiza a reunião online (via MS Teams);

Interessado/Parte

Como o interessado deve acessar a reunião online via Teams (uso do convidado/externo)

[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/arquivos/PassoaPasso\\_ParticipandoReunioesVirtuaisMPSP.mp4](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/home/arquivos/PassoaPasso_ParticipandoReunioesVirtuaisMPSP.mp4)

## Boletim Criminal Comentado nº 098 - julho 2020

**6.2)** Antes de iniciar a gravação, é oportuno a realização de esclarecimentos iniciais quanto às peculiaridades do acordo virtual, tanto para um melhor fluxo da audiência, como também para diminuir o tempo e o espaço necessário para armazenamento da gravação;

**6.3)** Iniciada a gravação (consignar desde logo esse fato no vídeo), não esquecer de colher expressamente, tão logo haja a qualificação do investigado e de seu advogado, a confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal;

**6.4)** Ao final, colher a concordância do investigado e de seu advogado no tocante aos termos do acordo, notadamente quanto à ausência de assinatura no termo, a ser suprida justamente pela verbalização do aceite deles;

**6.5)** A assinatura digital no termo de acordo, se houver, será dada apenas pelo membro do Ministério Público, todavia, a petição de homologação deve informar que a presença e concordância do defensor e do investigado quanto ao conteúdo do acordo são certificadas pela verbalização na gravação em vídeo;

### ***Passo 7***

**7.1)** O servidor realiza o carregamento do vídeo gravado, colocando-o na pasta da promotoria respectiva, no *sharepoint*;

**7.2)** Ato contínuo, realiza o compartilhamento do supracitado vídeo com as demais partes (inclusive com a Secretaria da Vara Criminal), bem como gera o link que será adicionado na petição de homologação do acordo;

**7.3)** Para fins de informação, remete à parte instruções visuais explicando como acessar o vídeo compartilhado na forma do item 7.2;

Lembrando que, por razões de segurança (impedir que o link seja repassado indefinidamente) o código somente dura 15 minutos, sendo renovado a cada pedido;

**7.4)** Ao final, certifica nos autos as medidas adotadas, disponibilizando ao membro do Ministério Público a cópia do link gerado a ser adicionado na petição de homologação do acordo;

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

### **Passo 8**

Uma vez devolvidos os autos, o membro do Ministério peticionará requerendo a homologação do acordo, incluindo o link gerado no passo acima.

### **3-Tema: VEC competente para execução da pena de multa**

No acórdão proferido nos autos do Conflito de Jurisdição n.º 0015696-81.2020.8.26.0000 (Suscitante: MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara de Pirajuí; Suscitado: MM. Juízo da 1.ª Vara Criminal, Execução Criminal e Corregedoria da Polícia Judiciária – Seção Processual II de Assis), a Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que é descabida a execução da multa perante a VEC do local onde o sentenciado está cumprindo pena e declarou competente o Juízo Suscitado, Juízo da Condenação.

Contudo, é importante observar que o primeiro julgado colacionado no acórdão, com o devido respeito, está em flagrante contradição com a conclusão da Desembargadora Relatora, na medida em que considerou, para fixar a competência para a execução da multa, o local no qual o sentenciado cumpria a pena restritiva de direitos (***TJSP; Conflito de Jurisdição 0048710- 90.2019.8.26.0000; Relator (a): Dimas RubensFonseca (Pres. da Seção de Direito Privado); Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Franca - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 11/03/2020; Data de Registro:11/3/2020***).

E mais, nesse julgado, foi firmada a competência do DEECRIM 3.ª RAJ para execução da multa.

Ousamos uma primeira conclusão. De duas uma: ou o Desembargador Relator se olvidou que o artigo 8.º da Resolução n.º 616/2013 exclui da competência das Unidades Regionais do Departamento de Execuções Criminais a execução da pena multa; ou confundiu DEECRIM com VEC.

Assim, reconheceu que a competência para execução da pena pecuniária é do local onde o sentenciado está cumprindo a pena.

Vale aqui mencionar que os precedentes existentes no Setor do Artigo 28, CPP e Conflito de Atribuições da Procuradoria-Geral de Justiça são no sentido de que a atribuição para executar a

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

pena de multa é do Promotor que atua perante a VEC do domicílio do sentenciado (se preso, do local onde está situado o estabelecimento prisional).

Desse modo, estamos estudando o teor do acórdão e pesquisando outras decisões proferidas pela Câmara Especial do TJSP em Conflito de Competência, para alinhar o entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça com o TJSP, prevalecendo, por ora, aquele firmado nos precedentes referidos do Setor do Artigo 28: **a atribuição para execução da multa é do Promotor que atua perante a VEC do domicílio do sentenciado (se preso, do local onde se situa o estabelecimento), entendimento que encontra amparo no artigo 46, §5 do Código de Processo Civil.**

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

#### **4-Tema: Relatora restringe aplicação da nova lei que impõe revisão periódica da prisão preventiva**

##### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

Reza o art. 316 do CPP:

“**Art. 316.** O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva se, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”.

Para a ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Laurita Vaz, a obrigação de revisar de ofício a necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias é imposta apenas ao juiz ou ao tribunal que decretou a medida. Segundo ela, seria desarrazoado, ou mesmo inexecutável, estender essa tarefa a todos os órgãos judiciários competentes para o exame do processo em grau de recurso.

A exigência de revisão periódica da custódia preventiva está no **parágrafo único** do artigo 316 do Código de Processo Penal (CPP), introduzido pela Lei 13.964/2019.

## Boletim Criminal Comentado nº 098 - julho 2020

"Pretender o intérprete da lei nova que essa obrigação – de revisar, de ofício, os fundamentos da prisão preventiva, no exíguo prazo de 90 dias, e em períodos sucessivos – seja estendida por toda a cadeia recursal, impondo aos tribunais (todos abarrotados de recursos e entupidos de habeas corpus) tarefa desarrazoada ou, quiçá, inexequível, sob pena de tornar a prisão preventiva 'ilegal', é o mesmo que permitir uma contracautela de modo indiscriminado, impedindo o Poder Judiciário de zelar pelos interesses da persecução criminal e, em última análise, da sociedade" – afirmou a ministra.

A avaliação foi feita em decisão na qual Laurita Vaz negou o pedido de liminar para revogar a prisão preventiva de um homem condenado por extorsão. Segundo a defesa, a preventiva – mantida na sentença condenatória – já tem mais de um ano sem que tenha havido a revisão exigida por lei.

### Meios de impugnação

Relatora do habeas corpus, a ministra afirmou que a Lei 13.964/2019 atribuiu ao "órgão emissor da decisão" – em referência expressa à decisão que decreta a prisão preventiva – o dever de revisá-la a cada 90 dias, de ofício.

"A inovação legislativa se apresenta como uma forma de evitar o prolongamento da medida cautelar extrema, por prazo indeterminado, sem formação da culpa. Daí o dever de ofício de o juiz ou o tribunal processantes declinarem fundamentos relevantes para manter a segregação provisória", explicou.

No entanto – acrescentou a ministra –, depois de exercidos o contraditório e a ampla defesa, com a prolação da sentença condenatória, o CPP prevê que o juiz – a partir de outra perspectiva acerca da culpa do réu e da necessidade da custódia cautelar – "decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta", como preconiza o **parágrafo 1º** do artigo 387.

Laurita Vaz apontou que, a partir daí, encerrada a instrução do processo e prolatada a sentença ou o acórdão condenatórios, a impugnação à prisão preventiva – já então amparada em novo título judicial – poderá ser feita pelos meios recursais ordinários, sem prejuízo do uso do habeas corpus a qualquer tempo.

### Interesse da sociedade

Segundo a relatora, a interpretação do parágrafo único do artigo 316 do CPP "não pode extrair conclusões que levem ao absurdo". Ela afirmou que, para questionar a prisão preventiva, a defesa dispõe de "farto acervo recursal", além da "inesgotável possibilidade" de manejo do habeas corpus. Por outro lado – assinalou –, não se pode esquecer o "interesse da sociedade de ver custodiados



## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

aqueles cuja liberdade represente risco à ordem pública ou econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal".

Ao analisar o pedido de liminar, Laurita Vaz concluiu que a defesa não demonstrou a plausibilidade da tese segundo a qual a prisão preventiva deveria ser revogada ou substituída por medidas cautelares alternativas, apenas por não ter havido a revisão no prazo de 90 dias.

A relatora observou que o réu, sentenciado a 13 anos, teve a pena aumentada em segunda instância para 15 anos e cinco meses, e nada foi decidido no julgamento da apelação acerca da de sua situação prisional, até porque nada foi requerido sobre isso. A defesa entrou com recursos especial e extraordinário.

Segundo a ministra, as informações do processo mostram que não há ilegalidade no caso. "Muito pelo contrário, o que se vê, mesmo em juízo superficial, são razões robustas para a imposição da prisão preventiva, cujos fundamentos não foram submetidos à revisão do tribunal impetrado, razão pela qual é defeso a esta Corte Superior adiantar-se nessa tarefa, sob pena de indevida supressão de instância", concluiu.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): [HC 589544](#)

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

<b>Redação antes da Lei 13.964/19</b>	<b>Redação depois da Lei 13.964/19</b>
<b>Art. 316.</b> O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.	<b>Art. 316.</b> O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.  Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva se, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

## Boletim Criminal Comentado nº 098 - julho 2020

O art. 316 do CPP reforça a ideia de transitoriedade, que é inerente à prisão preventiva, a permitir a revisão da sua necessidade a todo tempo, seja para sua revogação, quando já decretada, seja para decretá-la novamente.

Considerando “a preocupação da magistratura com as situações de prisão provisória com excesso de prazo ou a manutenção da privação da liberdade após o cumprimento da sua finalidade”, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 66/2009, onde determina que, estando o réu preso provisoriamente há mais de três meses, com o processo ou inquéritos parados, cumpre ao juiz (ou ao relator tratando-se de recurso), investigar as razões da demora, indicando, ainda, as providências adotadas, a serem, posteriormente, comunicadas à Corregedoria Geral de Justiça ou à Presidência do Tribunal (no caso do relator). A propósito, como observam Alberto Silva Franco e Maurício Zanoide, sendo o juiz “obrigado a declinar os motivos da demora sempre que concluir a instrução fora do prazo, com maior razão deverá fundamentar a necessidade da prisão cautelar, se o arco de tempo processual, a que alude Chiavario, previsto para um determinado procedimento, estiver consumido” (*Código de Processo Penal e sua Interpretação Judicial*, 2ª ed., vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 279, grifo original).

A Lei 13.964/19, acrescentando ao art. 316 do CPP novel parágrafo, seguiu o espírito da referida Resolução. Diz que o órgão emissor da decisão deverá revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada, sob pena de o constrangimento, até então legal, se tornar ilegal.

O STJ, no julgado em comento, restringiu a sua observância apenas ao juiz ou ao tribunal que decretou a medida, sendo desarrazoado, ou mesmo inexecutável, estender essa tarefa a todos os órgãos judiciários competentes para o exame do processo em grau de recurso.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

### **DIREITO PENAL:**

---

**5-Tema: Tipificação do crime de desacato não viola a garantia de liberdade de expressão.**

#### **DECISÃO DO STF- Publicado em notícias do STF**

Para a maioria dos ministros do STF, o artigo 331 do Código Penal, que trata da matéria, foi recepcionado pela Constituição Federal.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), na sessão virtual finalizada na sexta-feira (19), decidiu, por maioria de votos, que o crime de desacato foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. A maioria dos ministros acompanhou o voto do relator, ministro Luís Roberto Barroso, pela improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para questionar o artigo 331 do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940).

A entidade argumentava que o dispositivo, que tipifica o delito de desacato a funcionário público no exercício da função ou em razão dela, não especifica a conduta e traz uma normatização extremamente vaga. Como decorrência dessa imprecisão, o tipo penal estaria sendo usado para reprimir a liberdade de expressão de cidadãos, que ficariam intimidados a não se manifestar diante de condutas praticadas por agentes públicos. Ainda de acordo com a OAB, a norma seria incompatível com o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tutela a liberdade de expressão.

#### Tratados internacionais

Ao afastar a alegada não observância a tratados internacionais, o relator afirmou que nem o texto expresso da Convenção nem a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos vedam que os Estados-membros se valham de normas penais para a proteção da honra e do funcionamento adequado da administração pública, desde que de modo proporcional e justificado. Segundo Barroso, nos precedentes internacionais citados pela OAB, a violação ao artigo 13 da Convenção não decorreu da mera tipificação em abstrato de crimes contra a honra ou de desacato, mas da utilização indevida do direito penal como instrumento de perseguição e de inibição da liberdade de expressão. Essa situação, no entanto, não se equipara ao pedido formulado na ação.

#### Administração pública

Em relação aos fundamentos da tipificação penal do desacato, o ministro observou que, ao atuar no exercício de sua função, o agente público representa a administração pública, o que lhe sujeita a um regime jurídico diferenciado de deveres e prerrogativas. Em razão dessa responsabilidade, ao praticar determinadas condutas idênticas às perpetradas por particulares, os funcionários públicos

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

são punidos de modo mais rigoroso. Em contrapartida, têm prerrogativas próprias para que possam atender adequadamente ao interesse público.

É nesse contexto que, segundo Barroso, se justifica a criminalização do desacato. “Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público”, assinalou. “Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos”.

O ministro lembrou que desacato está previsto no capítulo dos crimes praticados por particular contra a administração pública. Ou seja, o bem jurídico diretamente tutelado não é a honra do funcionário público, mas a própria administração pública.

### Liberdade de expressão

Para que efetivamente tenha potencial de interferir no exercício da função pública, Barroso ressaltou que o crime de desacato deve ser praticado na presença do funcionário público e não abrange, dessa forma, eventuais ofensas perpetradas por meio da imprensa ou de redes sociais, resguardando-se, dessa forma, a liberdade de expressão. Ainda de acordo com o relator, não basta que o funcionário se veja ofendido em sua honra, ou seja, não há crime se a ofensa não tiver relação com o exercício da função.

Barroso destacou que o Supremo possui jurisprudência ampla e consolidada de defesa da liberdade de expressão, mas ressaltou que, como qualquer direito fundamental, ela encontra limites quando é utilizada como pretexto para violações graves a outros interesses e direitos fundamentais. O ministro enfatizou, no entanto, que o artigo deve ser interpretado restritivamente, a fim de evitar a aplicação de punições injustas e desarrazoadas. “Os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstrar maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular”, concluiu.

Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Tramita no Congresso Nacional projeto de lei 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, no ano de 2018, nota técnica nos seguintes termos:

“Reza o art. 331 do CP

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

“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 conseqüência, os cidadãos têm o direito de criticar e examinar as ações e

## Boletim Criminal Comentado nº 098 - julho 2020

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 Bertoní, 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 1/2/2017), 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 30/6/2017), 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. 13/3/2018).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

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”.

Percebam que as conclusões do CAOCRIM coincidem com o posicionamento dos dois Tribunais Superiores.

### **6- Tema: Não se pode declarar extinção da punibilidade quando pendente pagamento da multa criminal**

#### **DECISÃO DO STJ- Publicado em notícias do STJ**

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou jurisprudência segundo a qual não se pode declarar a extinção da punibilidade, mesmo que cumprida a pena privativa de liberdade, se não foi paga a pena de multa.

O colegiado manteve **decisão** do relator, ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que negou o pedido de um condenado para que fosse declarada a extinção da punibilidade. A defesa argumentou que, após a **Lei 9.268/1996**, a multa passou a ser considerada dívida de valor, ficando impossibilitada a sua conversão em pena privativa de liberdade ou a sua execução no âmbito penal.

Ao STJ, a defesa alegou ainda que a manutenção do processo de execução impede a pessoa de votar e de obter certidão negativa de antecedentes criminais, prejudicando, muitas vezes, a sua inserção no mercado de trabalho.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

O mesmo pedido já havia sido indeferido em primeiro grau e no Tribunal de Justiça de São Paulo, ao fundamento de que a multa não perdeu sua natureza de sanção penal a despeito da Lei 9.268/1996.

Leia o **acórdão**.

Esta notícia refere-se ao(s) processo(s): **REsp 1850903**

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De fato, o STJ possuía entendimento de que, "extinta pelo seu cumprimento a pena privativa de liberdade ou a restritiva de direitos que a substituir, o inadimplemento da pena de multa não obsta a extinção da punibilidade do apenado, porquanto, após a nova redação dada ao **artigo 51** do Código Penal pela Lei 9.268/1996, a pena pecuniária passou a ser considerada dívida de valor e, portanto, possui caráter extrapenal". Assim, caberia apenas à Fazenda Pública executar a multa.

Contudo, a mesma Corte alterou seu entendimento após o Supremo Tribunal Federal (STF) julgar a **ADI 3.150** e declarar que, conforme estabelecido pelo artigo 5º, **XLVI**, da Constituição Federal, a multa, ao lado da privação de liberdade e de outras restrições – perda de bens, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos –, é espécie de pena aplicável em retribuição e em prevenção à prática de crimes, não perdendo sua natureza de sanção penal.

Segundo o relator do REsp em comento, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, as declarações de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo STF são dotadas de eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário. "Assim, não se pode mais declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena privativa de liberdade quando pendente o pagamento da multa criminal", ressaltou.

Não bastasse, a Lei 13.964/19 espancou qualquer dúvida, anunciando que a multa deve ser executada, como qualquer outra pena de natureza criminal, na Vara das Execuções Criminais.



## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

### **MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

**7- Tema: Associação para o tráfico de Drogas. Recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção**

#### **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 28-A, § 14**

**Autos n.º (xxxxxxxxxxxxxx) – MM. Juízo da 10.ª Vara Criminal do Foro Central Criminal da Barra Funda, Comarca da Capital**

**Réus: (xxxxxxxx)**

**Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção**

Cuida-se de ação penal proposta pelo Ministério Público contra (xxxxxxx) e (xxxxxxx), incurso no art. 35, da Lei nº 11.343/06, porque no dia 28 de janeiro de 2016, por volta das 13h30min, na Avenida Presidente Wilson, nº 2304, Ipiranga, nesta Capital, associaram-se para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas.

Narra a denúncia que policiais civis investigavam o tráfico de drogas naquela região. Alguns dias antes, efetuaram prisões em virtude dessa prática criminosa, depois de obterem informações por meio de campanhas veladas e de moradores.

No dia do fato, receberam a informação de que dois indivíduos, num Ford Fiesta, efetuariam a entrega de drogas. Após seguirem em direção àquela região, policiais avistaram o veículo referido estacionado, com um indivíduo na direção, na entrada da Favela PW, guardado por olheiros. Pouco depois, outro indivíduo aparentemente assustado, que olhava para todos os lados, adentrou rapidamente o veículo.

Ato contínuo, seguiram o Ford Fiesta e fizeram abordagem, momento em que identificaram (xxxx) e (xxxx), sendo certo que nas mãos do segundo, encontraram dois pacotes de dinheiro contendo R\$ 5.500,00 e R\$ 1.596,00, além de algumas folhas com menção às quantias encontradas nos pacotes e à movimentação ou contabilidade do tráfico.

## Boletim Criminal Comentado nº 098 - julho 2020

Ainda durante a abordagem, constataram que o porta-malas do veículo exalava forte odor de maconha.

(xxxx) portava um celular idêntico ao que foi apreendido anteriormente de posse do adolescente (xxxx), que havia sido identificado como gerente do tráfico naquela região, conforme BO 02/2016. Referido celular tinha inúmeras ligações, com poucos minutos de intervalos entre as chamadas, de pessoas que eram denominadas “pai”, “mãe”, “prima”, “irmão”, a fim de ocultar a identidade dos verdadeiros interlocutores.

Questionados acerca das circunstâncias em que foram apanhados, os acusados admitiram que faziam parte do “movimento” do tráfico na região e estavam recolhendo o dinheiro proveniente do comércio espúrio, para levar até a favela da Vila Prudente, onde funciona uma espécie de central do tráfico (cf. fls. 1/3).

Em solo policial, interrogado, (xxxx) admitiu seu envolvimento com o tráfico de drogas, desde os 16 anos, na favela Presidente Wilson; atualmente sua função é levar drogas até a referida favela; alguém deixa na rua, ele pega a droga e leva até a favela, ganhando 100 reais por entrega. Também é responsável pela coleta do dinheiro, que leva até um indivíduo que não conhece (fls. 15).

Naquela mesma fase, (xxxx) relatou que é usuário de cocaína e havia ido ao local para comprar o entorpecente. Após comprar a droga no interior da Favela Presidente Wilson, ficou num bar próximo do local, conversando com um conhecido, quando (xxxx) lhe pediu uma carona e disse que daria 10 reais da gasolina; já deu carona a ele algumas vezes; negou envolvimento com o tráfico de drogas (cf. fls. 17).

Os réus são primários (cf. F.A de fls. 252/257).

Em audiência de custódia, foi relaxada a prisão em flagrante de ambos (fls. 237/239), expedidos e cumpridos os respectivos alvarás de soltura (fls. 240/241).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

O Douto Promotor de Justiça, considerando a ausência de confissão, **recusou a proposta de acordo de não persecução penal**, além do que o acordo encerra prerrogativa institucional do Ministério Público, não direito subjetivo dos acusados (fls. 334/336).

A Douta Defensoria Pública insistiu no cabimento do benefício (fls. 340/341).

O Douto Promotor de Justiça ratificou a manifestação anterior e observou que os acusados constituíram associação estável e organizada para o tráfico de drogas, delito hediondo, que reclama rigor na aplicação da lei penal, de modo que o aventado acordo não seria, então, suficiente e necessário à repressão e prevenção do fato (cf. fls. 347/351).

Foi determinada a remessa dos autos para revisão, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (fls. 353).

É a síntese do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a devida vênua da D. Defensoria.

É preciso sublinhar, de início, na esteira do Enunciado n.º 21, PGJ – CGMP – Lei n.º 13.964/19, que *“a proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. **Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado**”* (grifo nosso).

De acordo com o art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 13.964/2019: *“Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente”*.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

O trecho em destaque evidencia o **primeiro pressuposto jurídico** para o cabimento do instituto, qual seja, **que não seja caso de arquivamento** ou, *a contrario sensu*, que exista nos autos da investigação penal (em sentido lato) prova da materialidade e indícios de autoria ou participação.

O **segundo pressuposto** é a existência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo agente.

Em seguida, o dispositivo enumera os **requisitos materiais objetivos** do instituto, a saber:

- a) que **não** se trate de infração praticada com **violência ou grave ameaça**;
- b) que a **pena mínima** cominada no tipo seja **inferior a 4 (quatro) anos** (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis);
- c) que **não seja cabível a transação penal**, nos termos da lei;
- d) que não seja caso de **crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino**, em favor do agressor.

Há, ainda, **requisitos materiais subjetivos**, consistentes em:

- a) que o investigado **não** seja **reincidente**;
- b) **inexistência** de elementos probatórios que indiquem **conduta criminal habitual, reiterada ou profissional**, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- c) que o investigado **não** tenha sido **beneficiado nos 5 (cinco) anos** anteriores ao cometimento da infração, em **acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo**;
- d) que a celebração do acordo atenda ao que seja **necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime**.

Há que se observar, por fim, como **requisito formal ou procedimental**, a **formalização por escrito** do acordo, o qual deverá ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

Cumpridas essas exigências, abre-se a possibilidade de ajustar, com o agente, a barganha processual, mediante as seguintes **condições**, a serem ajustadas de maneira **alternativa ou cumulativa**:

- (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 juízo da execução penal;
- (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 juízo da execução penal, 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.

Atendidos os requisitos legais e depois de celebrado, por escrito, o acordo, será ele submetido à homologação judicial, a fim de que, com a chancela do Poder Judiciário, seja ele devolvido ao Ministério Público e, na sequência, encaminhado ao juízo da execução penal (art. 28-A, §6.º).

No **caso de inadimplemento**, o qual deverá ser verificado no âmbito do juízo da execução, assegurada a ampla defesa, o acordo será rescindido e encaminhado ao juízo de origem, para que o membro do Ministério Público ofereça denúncia ou realize novas diligências, se necessário.

De acordo com a lei, o descumprimento poderá ser utilizado como justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo (art. 28-A, §11).

**Cumprido integralmente, será declarada a extinção da punibilidade** (art. 28-A, §13).

Conforme dispõe o art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal, aplicado pelo MM. Juiz, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, poderá o investigado requerer o envio

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

do caso ao órgão superior de revisão, que é, no caso do Ministério Público estadual, o Procurador-Geral de Justiça, a fim de sejam adotadas 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) elaborar a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado.

Pois bem.

No presente caso, (xxxx) admitiu em solo policial seu envolvimento com o tráfico de drogas, desde os 16 anos, mas não fez referência à associação para o tráfico com (xxxx), delito pelo qual foi preso em flagrante delito (fls. 15).

(xxxx) se disse usuário de cocaína; disse que havia ido comprar droga na ocasião e deu carona a (xxxx); não admitiu, também, que agisse associado a este, de forma estável, para praticarem juntos o tráfico de drogas (fls. 17).

Falta, portanto, pressuposto para o acordo de não persecução penal, ou seja, a confissão formal e circunstanciada do fato.

Além disso, a imputação de associação voltada ao cometimento do crime de tráfico de drogas aponta para **conduta criminal habitual, reiterada ou profissional**, o que configura o óbice **subjetivo** previsto no art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal.

Conforme exposto pelo Douto Promotor de Justiça, os acusados mantinham associação estável, organizada, com divisão de tarefas, para o fim de praticarem juntos o tráfico de drogas, incumbindo-se de distribuir drogas e recolher o dinheiro, tarefas essenciais à prática criminosa principal, ou seja, a mercancia ilícita de drogas. Isso torna maior o desvalor da conduta.

Muito embora o delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei nº 11.343/06) não esteja relacionado no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), o tráfico de drogas constitui delito equiparado a hediondo, para o qual a Constituição Federal impôs tratamento jurídico-penal

## Boletim Criminal **Comentado** nº 098 - julho 2020

severo (art. 5.º, inc. XLIII), em que a formulação do negócio jurídico processual jamais poderá se reputar necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Nesse sentido, o **Enunciado n.º 22, PGJ – CGMP** – Lei n.º 13.964/19:

*“O acordo de não persecução penal é incompatível com crimes hediondos ou equiparados, uma vez que não atende ao requisito previsto no ‘caput’ do art. 28-A do Código de Processo Penal, que o restringe a situações em que se mostre necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.*

A mesma *ratio* do enunciado acima citado justifica que se dê igual tratamento ao crime de associação para o tráfico, de inequívoca gravidade concreta no caso dos autos.

Há, portanto, obstáculos insuperáveis à formulação da proposta.

Diante do exposto, com fundamento no art. 28-A do Código de Processo Penal e nos arts. 1.º e 4.º, inciso I, ambos da Resolução n.º 1.187/2020 – PGJ-CGMP, insiste-se na recusa na oferta do acordo, restituindo-se os autos ao juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 26 de junho de 2020.

**Mário Luiz Sarrubbo**  
**Procurador-Geral de Justiça**

# CAO – Crim

## Boletim Criminal Comentado nº 99

**Procurador-Geral de Justiça**

Mário Luiz Sarrubbo

**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



### **AVISOS**

---

#### **Projeto Conexão Familiar: comunicação eletrônica direta entre visitantes e reeducandos:**

Como alternativa para que o preso se comunique com seus familiares durante a pandemia, na última semana, a SAP implementou o projeto “Conexão Familiar”, por meio do qual o familiar cadastrado no rol de visitas preenche formulário disponibilizado no site da SAP e envia sua mensagem de até 2 mil caracteres para o e-mail nele indicado, fornecendo o número de matrícula, nome da unidade prisional na qual o reeducando está custodiado e o e-mail para onde deve ser enviada a resposta. A Unidade Prisional imprime e entrega ao preso destinatário, que escreve sua resposta no verso, a qual é escaneada pela Unidade e enviada de volta ao remetente, no prazo de até 5 dias. São aceitas até duas mensagens semanais por pessoa presa.

#### **Execução da multa – Destinatário: FUNPESP**

Nos termos do artigo 481 das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça, alterada pelo Provimento n.º 04/2020, o Fundo Penitenciário do Estado de São Paulo - FUNPESP é o destinatário da multa penal, aplicada em consonância com o disposto no Código Penal e legislação especial.

### **ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

#### **1-Tema: ANPP. Crimes praticados antes e depois da Lei 13.964/19. Pressupostos para o cabimento do acordo e recentes decisões do STJ.**

##### **Momento processual adequado para o acordo**

Trata-se de instituto que incide em momento processual bem específico, qual seja, na fase pré-processual: com o acordo, evita-se justamente o oferecimento da denúncia.

Não obstante, o CAOCrim vem orientando ser possível o oferecimento posterior do ANPP nos seguintes casos excepcionais:

a) retroação da nova lei para crimes cometidos antes do PACOTE ANTICRIME (situação que será abordada abaixo);

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

**b)** alteração da imputação penal (arts. 383 ou 384, ambos do CPP);

**c)** o acordo não foi realizado na fase pré-processual por erro do próprio Ministério Público.

Vamos, inicialmente, aprofundar as duas últimas hipóteses (“b” e “c”), para depois tecermos os comentários devidos em relação à primeira (“a”).

**i) aplicação dos arts. 383 e 384 do CPP:** se, ao final da instrução, verificar-se a ocorrência de *emendatio libelli* ou *mutatio libelli*, que altere a classificação jurídica do crime, a ponto de tornar possível o ANPP, é perfeitamente viável sua celebração. Por sinal, a lei já permite que, nesses casos, seja aplicada a suspensão condicional do processo. Os mencionados dispositivos se referem, apenas, à suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95). Entendemos, porém, que, se da nova definição jurídica, surgir uma infração penal a admitir a transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) ou acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), pode o operador, por analogia, adotar o mesmo procedimento.

**ii) se o acusado foi notificado e não compareceu à promotoria ou não respondeu à notificação,** tendo sido já recebida a denúncia, não há que se falar mais na celebração do pacto. Como visto acima, o ANPP tem como objetivo evitar a persecução penal (art. 28-A do CPP) e, no caso, essa já foi deflagrada. Resta, no entanto, a incidência do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, se o caso;

**iii) se o acusado comprovou que não foi notificado ou se suas justificativas trouxerem dúvida razoável quanto à efetiva ocorrência da notificação,** entende o CAOCrim possível a celebração do acordo, em homenagem à boa-fé processual, visto que a ausência do acordo deu-se por possível erro do próprio Ministério Público;

**iv) se o acordo não foi celebrado porque o acusado não foi localizado** pelo Ministério Público na etapa pré-processual, mas foi pessoalmente citado no processo também entende o CAOCrim possível a tardia celebração do acordo, desde que: **a)** a falta de localização se deu por erro do Ministério Público; e **b)** na fase de investigação, não existia compromisso do investigado em manter seus dados de localização atualizados (p. ex., quando de eventual concessão de liberdade provisória).

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

Deve-se observar que essas duas últimas possibilidades não afrontam a indisponibilidade da ação penal, uma vez que a falta de acordo na fase anterior, que evitaria o oferecimento da denúncia e a instauração da instância processual, deu-se por culpa do Ministério Público, e a celebração tardia do pacto apenas observa o princípio processual da boa-fé, bem como restabelece a segurança jurídica, esta última, de inegável *status* constitucional.

### **Aplicação retroativa do ANPP**

A determinação, por algumas Câmaras do Tribunal de Justiça, de devolver ao Ministério Público de primeiro grau processos em fase recursal para eventual realização de acordo de não persecução penal (ANPP) vem gerando debates a respeito da aplicação retroativa do novo art. 28-A do CPP.

Primeiramente, cumpre lembrar que as novas disposições legais – que ganharam eficácia em 23.01.2020 – configuram norma mista ou híbrida, é dizer, possui natureza processual, mas com reflexo penal, uma vez que cria nova hipótese de extinção da punibilidade: o integral cumprimento do acordo de não persecução (art. 28-A, § 13). *Lex mitior*, portanto.

A afirmação de que se trata de norma mista ou híbrida significa que poderá ser aplicada aos crimes ocorridos antes do início de eficácia do novo art. 28-A do CPP. Cumpre, porém, estabelecer se há algum limite para sua aplicação.

#### **1. Crimes anteriores a 23.01.2020, sem denúncia recebida**

Nesses casos, tendo em vista que ainda não foi iniciada a etapa processual, não há qualquer óbice para a aplicação do novo art. 28-A do CPP, de modo que, presentes os pressupostos e requisitos, pode o Ministério Público realizar o acordo de não persecução penal, ao invés de oferecer a denúncia.

Caso já tenha sido oferecida a denúncia, mas esta ainda não tenha sido recebida, também é possível o acordo, visto que a instância processual ainda não foi iniciada e pode o Ministério Público requerer que o acordo seja homologado, precedendo o conhecimento da inicial acusatória e, ao final, possivelmente tornando-a prejudicada.

#### **2. Crimes anteriores a 23.01.2020, com denúncia recebida, mas sem sentença**

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

O CAOCrim vem entendendo possível o acordo nessa hipótese, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos legais. Nesses casos, pode o Ministério Público celebrar o acordo, que, homologado, suspenderá o processo.

Questiona-se sobre a inexistência de confissão nos autos. Embora esta seja pressuposto para o acordo, poderá o membro do Ministério Público obtê-la quando da celebração do ANPP, levando, então, à homologação. Vale observar que as normas internas aplicáveis aos órgãos do Poder Judiciário paulista admitem que o juiz designe audiência, na qual o acordo poderá ser celebrado, incluindo a realização de interrogatório e homologação.

Trata-se, é certo, de momento de transição, e a aplicação aos casos em curso terá o condão apenas de dar tratamento isonômico com os casos anteriores ainda sem oferecimento da inicial acusatória.

É importante frisar esse aspecto do problema: não se trata de mera conveniência processual, mas de aplicação pura e simples do princípio da isonomia.

Sendo norma híbrida aquela que traz o ANPP, há que se estabelecer um limite para sua aplicação aos casos em andamento, que deverá levar em conta a compatibilidade entre o aspecto processual do instituto e a etapa em que se encontre a marcha processual, bem como a necessidade de retroação da lei pena mais benigna.

Para deixar mais claro: se a nova regra deve retroagir – com o que se estará dando cumprimento ao mandamento constitucional – somente será possível tal efeito na medida em que o aspecto processual do instituto for compatível com a etapa processual vivida no caso concreto.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Outro problema desse tipo foi trazido pela Lei 13.964/2019, desta feita quanto à necessidade de representação da vítima no crime de estelionato, e exigiu o mesmo raciocínio visto acima. Desde o início, o Grupo de Trabalho instituído pela Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do Ministério Público posicionou-se, conforme Enunciado n. 3, no sentido de que: “É dispensável a representação do ofendido no crime de estelionato se oferecida a denúncia antes da eficácia da Lei 13.964/19, em respeito ao ato jurídico perfeito”. Claro, embora não se negue a retroação nessa hipótese, em razão do reflexo penal da nova regra – já que a ausência de representação traz a extinção da punibilidade –, por outro lado, somente faz sentido exigir-se representação, é dizer, condição de procedibilidade – seu aspecto processual, portanto – se o ato

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

Para o CAOCrim, na hipótese de retroação, o recebimento da denúncia não traz a incompatibilidade impeditiva do ANPP. Isso se dá basicamente por duas importantes razões, que não podem ser tomadas separadamente, mas em conjunto.

A primeira, em razão da aplicação do princípio da isonomia.

Imagine-se que dois indivíduos tenham cometido a mesma espécie de crime, no mesmo dia e na mesma comarca, mas o inquérito relativo a um dos delitos tenha se encerrado antes: o Ministério Público ofereceu a denúncia e esta foi recebida antes do advento da Lei Anticrime. Ora, nesse caso, o outro, cujo inquérito demorou mais, poderia celebrar acordo com o *Parquet*, enquanto o outro, cujo inquérito foi mais célere, não poderia? O tratamento desigual nesse caso, não seria tolerável do ponto de vista do princípio invocado.

A segunda, que o fundamento de existência do ANPP não resta prejudicado pelo recebimento da denúncia.

Cabe lembrar que essa forma de acordo tem alguns fundamentos, que justificam sua existência em nosso ordenamento: **a)** um mais pragmático, *i.e.*, o de aliviar a carga de trabalho dos órgãos de jurisdição e, conseqüentemente, do Ministério Público; **b)** a possibilidade de o *Parquet* estabelecer a política criminal, elegendo prioridades para sua atuação em busca de provimentos jurisdicionais condenatórios; e **c)** a redução de danos decorrentes da intervenção estatal. Ora, o oferecimento da denúncia e seu recebimento trazem apenas a possibilidade de o Ministério Público obter a pretensão condenatória, não encerrando a atividade das partes atuantes em primeiro grau, onde efetivamente serão produzidas as provas e a maior parte do trabalho no processo. O acordo pode evitar um processo custoso, demorado, trabalhoso, possibilitando que o Ministério Público se

---

ainda não foi praticado, ou seja, se a denúncia ainda não foi oferecida. Uma vez praticado o ato, não se pode exigir, *a posteriori*, condição de procedibilidade. Há inegável incompatibilidade. Tampouco se trataria de condição de prosseguibilidade, eis que haveria a necessidade de regra expressa, ausente na Lei 13.964. Esse posicionamento, também amplamente defendido pelo CAOCrim, vem sendo acolhido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

dedique a outras prioridades, evitando-se, ademais, a decisão condenatória. Afinal, o acordo seria mesmo proposto se fosse esse o momento para o oferecimento da denúncia.

Não bastassem essas duas razões, cabe lembrar ainda que hipótese semelhante já foi avaliada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, quando do surgimento da Lei 9.099/1995, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do art. 90, que dizia: “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”. A Suprema Corte concedeu liminar, dando ao dispositivo interpretação conforme. Ressalta-se este trecho da ementa (ADI 1.719, Rel. Min. Moreira Alves): “Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição, suspender *ex tunc*, sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei”. Embora o acórdão não tenha indicado explicitamente quais seriam essas normas, fez expressa menção a julgado anterior (Inquérito 1.055), que foi mais claro quanto a esse ponto e que serve de importante parâmetro para nós no caso do ANPP, *verbis*:

LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição

das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

Vê-se como muitos dos argumentos acima podem ser perfeitamente aplicados ao ANPP e a questão ora proposta.

### **3. Crimes anteriores a 23.01.2020, com sentença condenatória prolatada**

Não obstante o que acima se expôs, é certo que a retroação encontra, sim, um limite, no qual a incompatibilidade entre o aspecto processual do instituto e a etapa em que se encontra o processo mostra-se evidente: a prolação de sentença condenatória. Há algumas razões para isso.

É verdade que se poderia invocar o princípio da isonomia para possibilitar a aplicação também neste caso. Porém, como observado acima, esse princípio, isolado, não é suficiente para ensejar a retroação do novo instituto, cabendo levar em consideração o próprio fundamento dele, sua razão de existir.

É aqui que se mostra nítida a incompatibilidade, pois: **a)** a razão pragmática para o acordo, *i.e.*, o de aliviar a carga de trabalho dos órgãos de jurisdição e, conseqüentemente, do Ministério Público, já não se mostra tão relevante, eis que toda a prova já foi produzida e a maior parte da atividade processual encerrada; e **b)** com a condenação perde-se qualquer sentido falar-se em estabelecer prioridades para a atuação ministerial, no sentido de se obter provimento condenatório, em casos realmente de impacto na comunidade.

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

E não é só.

Um dos pressupostos exigidos pelo art. 28-A do CPP para que seja possível o acordo de não persecução penal é a confissão formal e circunstanciada. Essa exigência legal traz maior respaldo aos elementos indiciários que, a essa altura, já indicam ter o acusado cometido o crime, além de revelar estar o indiciado efetivamente disposto a colaborar com o Ministério Público, ao aceitar sua responsabilidade e ganhando, da parte do órgão acusador, uma moratória, condicionada ao cumprimento do que for acordado entre as partes, tendo-se como baliza os incisos I a V do *caput* do art. 28-A. Não se pode ignorar, ademais, que a confissão fica nos autos e, em caso de descumprimento e oferecimento da denúncia, poderá ser utilizada para formação da convicção do julgador, desde que respeitados os mandamentos do art. 155 do mesmo Código.

Ora, a ausência de confissão, mesmo depois de vencida toda a etapa processual, revela a completa ausência da intenção de colaborar por parte do acusado. Poder-se-á dizer: confissão não houve, porque ainda não havia sido realizada a importante modificação do CPP, que inscreveu em lei o acordo de não persecução, antes já existente, embora com outra roupagem, por força da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; e pode o acusado, mesmo depois da sentença, ser novamente interrogado (art. 616).

Quanto ao primeiro argumento, verifica-se que a confissão do acusado, depois da sentença, já não tem serventia alguma para o Ministério Público, visto já ter perdido todo o seu valor político-criminal e epistemológico: a confissão virá depois que as consequências penais já são conhecidas pelo réu; e aumentará a possibilidade de que a confissão venha, não como intenção de colaborar com a Justiça e assumir a responsabilidade pelo crime, mas puramente para obtenção de benefício e evitar os efeitos da condenação.

Quanto ao segundo – de que o acusado pode ser a qualquer momento interrogado –, observe-se que o interrogatório somente deve ser colhido depois da sentença se, na fase anterior, não teve o acusado a oportunidade de narrar sua versão e/ou assim entenda importante o Tribunal *ad quem* para a busca da verdade. Não é a hipótese aqui.



## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

Ainda que, durante a instrução, tenha o acusado confessado, mesmo com o intento de excluir qualificadora, majorantes ou provocar a desclassificação da infração penal, também não seria possível a celebração do acordo e por uma razão mais simples: estará esgotada a jurisdição ordinária, não havendo razões jurídicas para o retorno dos autos ao 1º Grau, até porque a sentença, hígida, válida, proferida sem qualquer mácula, não poderá ser anulada.

Diga-se, por sinal, uma vez mais, que essa discussão já foi travada em nossos tribunais em outro momento, a respeito de outra forma de justiça negociada: a suspensão condicional do processo.

Naquela oportunidade, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a nova Lei 9.099/1995 – também de conteúdo misto e cujo art. 89 trazia hipótese de *lex mitior* no seu aspecto meramente penal – não poderia retroagir se há houvesse condenação penal, *verbis*:

HABEAS CORPUS – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PENAL (“SURSIS PROCESSUAL”) – LEI Nº 9.099/95 (ART. 89) – CONDENAÇÃO PENAL JÁ DECRETADA – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEX MITIOR – LIMITES DA RETROATIVIDADE – PEDIDO INDEFERIDO.

A suspensão condicional do processo – que constitui medida despenalizadora – acha-se consubstanciada em norma de caráter híbrido. A regra inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 qualifica-se, em seus aspectos essenciais, como preceito de caráter processual, revestindo-se, no entanto, quanto às suas consequências jurídicas no plano material, da natureza de uma típica norma de direito penal, subsumível à noção da *lex mitior*.

A possibilidade de válida aplicação da norma inscrita no art. 89 da Lei nº 9.099/95 – que dispõe sobre a suspensão condicional do processo penal (“sursis” processual) – supõe, mesmo tratando-se de fatos delituosos cometidos em momento anterior ao da vigência desse diploma legislativo, a inexistência de condenação penal, ainda que recorrível. Condenado o réu, ainda que em momento anterior ao da vigência da Lei dos Juizados Especiais Criminais, torna-se inviável a incidência do art. 89 da Lei nº 9.099/95, eis que, com o ato de condenação penal, ficou comprometido o fim precípuo para o qual o instituto do

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

“sursis” processual foi concebido, vale dizer, o de evitar a imposição da pena privativa de liberdade.

Precedente.

Em seu voto, o Min. Celso de Mello concluiu que:

Ocorre, no entanto, tratando-se de suspensão condicional do processo, que pela incidência da norma de direito material mais benéfica – considerada a própria natureza desse novo instituto – encontra limitações que derivam da fase processual em que se acha a *persecutio criminis*.

(...)

Essa situação – existência de decreto condenatório, ainda que recorrível – atua como causa obstativa da aplicação retroativa do instituto jurídico em referência, pois, em tal hipótese, já não subsiste a possibilidade de útil invocação da norma consubstanciada no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Assim sendo, e tendo em consideração o precedente firmado pelo Pleno do STF, indefiro o presente habeas corpus, eis que a existência de condenação penal, ainda que não transitada em julgado para o réu, impede, quanto ao processo em que ela foi proferida, a aplicação retroativa do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Concluindo: o CAOCrim entende possível a aplicação do ANPP de modo retroativo, aos casos anteriores ao início de eficácia da Lei Anticrime, em que já exista denúncia recebida, mas desde que não tenha sido proferida sentença condenatória.

Porém, cumpre assinalar que a celebração de acordo em processos que se encontrem na fase recursal fica ao prudente critério do membro do Ministério Público, no âmbito de seu entendimento jurídico sobre o assunto, logo, de sua independência funcional, que poderá ser divergente do acima exposto. Da mesma forma, o entendimento quanto à impossibilidade absoluta

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

de acordo depois de já oferecida a denúncia. O que se exige do membro de nossa instituição é sempre a motivação de suas manifestações, num ou noutro sentido.

### **STF/STJ: decisões de interesse institucional COMENTADAS PELO CAOCRIM**

#### **DIREITO PROCESSUAL PENAL:**

---

**1- Tema: Investimento de grupo em criptomoeda. Pirâmide financeira. Crime contra economia popular. Evasão de divisas ou lavagem de dinheiro em detrimento de interesses da União. Inocorrência. Competência da Justiça Estadual.**

#### **INFORMATIVO 673 STJ - TERCEIRA SEÇÃO**

Ausentes os elementos que revelem ter havido evasão de divisas ou lavagem de dinheiro em detrimento de interesses da União, compete à Justiça Estadual processar e julgar crimes relacionados a pirâmide financeira em investimento de grupo em criptomoeda.

#### **INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR**

A Terceira Seção do STJ já se pronunciou no sentido de que a captação de recursos decorrente de "pirâmide financeira" não se enquadra no conceito de atividade financeira, razão pela qual o deslocamento do feito para a Justiça Federal se justifica apenas se demonstrada a prática de evasão de divisas ou de lavagem de dinheiro em detrimento de bens e serviços ou interesse da União.

Registre-se que o entendimento da Terceira Seção harmoniza-se com julgados da Quinta e da Sexta Turmas do STJ que tipificaram condutas análogas às descritas no presente conflito como crime contra a economia popular.

No caso analisado, o juízo estadual declinou de sua competência para a Justiça Federal, entendendo que se trataria de um crime contra o Sistema Financeiro Nacional, uma vez que se investiga um grupo de investimentos em criptomoedas ('bitcoin') e que, na verdade, se trataria de pirâmide financeira.

No entanto, ao declinar da competência, o Juízo Estadual deixou de verificar a prática, em tese, de crime contra a economia popular, cuja apuração compete à Justiça Estadual, nos termos da Súmula n. 498/STF, bem como não demonstrou especificidades do caso que revelassem conduta típica praticada em prejuízo a bens, serviços ou interesse da União.

Assim, ausentes elementos que revelem ter havido evasão de divisas ou lavagem de dinheiro em detrimento de interesses da União, os autos devem permanecer na Justiça Estadual.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

PROCESSO: CC 170.392-SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Terceira Seção, por unanimidade, julgado em 10/6/2020, DJe 16/6/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Compete à Justiça Federal, nos termos do art. 109, inc. IV, da Constituição Federal, 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”.

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, neste mesmo espaço, 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 criptomoedas, 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 criptomoedas, 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.

Em novembro de 2018, 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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

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.

O cenário (e a conclusão da Corte) foi repetido no CC 170.392-SP, figurando como relator o Min. Joel Ilan Paciornik.

**2-Tema: Pandemia de covid-19. Suspensão temporária do trabalho externo do reeducando. Possibilidade. Substituição automática da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. Não cabimento. Resolução n. 62/2020 do CNJ.**

### **INFORMATIVO 673 STJ -QUINTA TURMA**

A suspensão temporária do trabalho externo no regime semiaberto em razão da pandemia atende à Resolução n. 62 do CNJ, cuja recomendação não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

PROCESSO: AgRg no HC 580.495-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, por unanimidade, julgado em 09/6/2020, DJe 17/6/2020.

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

De acordo com o STJ, não há constrangimento ilegal na suspensão temporária do trabalho externo, pois, embora este constitua meio importante para a ressocialização do apenado, diante do cenário de crise em que o Brasil se encontra em razão da pandemia, tem-se que a suspensão do benefício encontra justificativa na proteção de um bem maior, qual seja, a saúde do próprio reeducando e da coletividade.

Dessa forma, considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas unidades prisionais devido à pandemia visa a proteger, de modo eficiente, a integridade física dos apenados, seria incongruente permitir que os executados deixassem o presídio para realizar trabalho externo e a ele retornassem diariamente, enquanto o restante da população é solicitada a permanecer em isolamento em suas residências.

No mais, é importante ressaltar que a recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre:

- a)** sua inequívoca adequação ao chamado grupo de vulneráveis da covid-19;
- b)** a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e
- c)** risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida.

Assim, a suspensão temporária do benefício vem ao encontro das ações adotadas pelo Poder Público, as quais, visando à proteção da saúde da população carcerária, têm admitido a restrição ao direito de visitas ao preso, a prorrogação ou antecipação de outras benesses da execução penal.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

### **DIREITO PENAL:**

---

#### **1-Tema: Nova edição de Jurisprudência em Teses do STJ trata de crimes contra a dignidade sexual**

A Secretaria de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou a edição 151 de **Jurisprudência em Teses**, que trata do tema *Crimes Contra a Dignidade Sexual*. A equipe responsável pelo produto destacou duas teses.

Clique **aqui** para ter acesso

Destacamos para serem comentadas as seguintes teses:

**I) É facultado aos Tribunais de Justiça atribuir às Varas da Infância e da Juventude competência para processar e julgar crimes de natureza sexual praticados contra crianças e adolescentes.**

Acórdãos

**AgRg no HC 492073/RO**, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 24/09/2019;

**AgRg no AgRg no HC 445863/RS**, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019;

**AgRg no HC 441298/AC**, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 18/10/2018, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 30/11/2017;

**HC 316292/RS**, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016;

**EDcl no REsp 1462810/RS**, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2015, DJe 01/09/2015

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

O art. 148 do Estatuto 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.

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas oportunidades, chegou a declarar 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 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. Com o advento da Lei 13.431/17, 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 a 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.

**II) Em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas acostadas aos autos.**

Acórdãos



## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

[AgRg no AREsp 1595939/GO](#), Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020;

[AgRg no AgRg no AREsp 1518912/MS](#), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020;

[AgRg no AREsp 1586879/MS](#), Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020;

[AgRg no AREsp 1531519/PE](#), Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020;

[AgRg no AREsp 1594445/SP](#), Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2020, DJe 14/02/2020;

[HC 537233/SP](#), Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 02/12/2019

### COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM

Temos corrente recebendo com enormes reservas as palavras do ofendido e, em virtude disso, conferindo-lhe pouco ou mesmo nenhum valor probatório. A tese, contudo, não vingou, nem na doutrina, nem na jurisprudência.

Tem sido reconhecido grande valia no depoimento do ofendido, conforme realça Tourinho Filho:

“Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos – qui clam comittit solent – que se cometem longe dos olhares de testemunhas –, a palavra da vítima é de valor extraordinário” (Código de Processo Penal Comentado, vol. 2, p. 296).

Portanto, nesses delitos, cometidos às ocultas e naqueles em que não se vislumbra, no proceder da vítima, nenhuma intenção em incriminar pessoa até então desconhecida, seu depoimento assume valor decisivo.

Em sua “Jurisprudência de Teses”, o Superior Tribunal de Justiça já havia divulgado, em outubro de 2018, a edição 111 com o tema “Provas no Processo Penal”, na qual se concluiu que “em delitos sexuais, comumente praticados às ocultas, a palavra da vítima possui especial relevância, desde que esteja em consonância com as demais provas dos autos”. Nesta edição a tese é ratificada.

**III) O estado de sono, que diminua a capacidade da vítima de oferecer resistência, caracteriza a vulnerabilidade prevista no art. 217-A, § 1º, do Código Penal.**

Acórdãos

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

[AgRg no HC 489684/ES](#), Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019;

[HC 389610/SP](#), Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017

Decisões Monocráticas

[REsp 1519840/RS](#), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2020, publicado em 28/02/2020

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

Pune-se no art. 217-A CP o agente que tem conjunção carnal ou pratica 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.

Na tese em comento, o STJ aprofunda a circunstância última indicativa de estado de vulnerabilidade, qual seja, aquela em que a vítima não pode, por qualquer causa, oferecer resistência. A doutrina, de forma copiosa, exemplifica com 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. Aos exemplos da doutrina, a Corte Cidadã acrescenta o estado de sono.

**IV) O beijo lascivo integra o rol de atos libidinosos e configura o crime de estupro se obtido mediante emprego de força física do agressor contra vítima maior de 14 anos.**

Acórdãos

[RHC 93906/PA](#), Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019;

[REsp 1611910/MT](#), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 27/10/2016

### **COMENTÁRIOS DO CAO-CRIM**

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

Uma das questões mais debatidas no âmbito dos crimes sexuais é o conceito do denominado “ato libidinoso”. Ao contrário da conjunção carnal, que pode ser definida como a cópula vaginal característica da relação sexual entre sexos opostos, o ato libidinoso tem definição muito mais ampla.

A doutrina, de modo geral, define o ato libidinoso como aquele de cunho erótico praticado para a satisfação da lascívia. Ensina Mirabete, citando Fragoso e Hungria: “Define Fragoso o ato libidinoso como ‘toda ação atentatória ao pudor, praticada com propósito lascivo ou luxurioso’. Trata-se, portanto, de ato lascivo, voluptuoso, dissoluto, destinado ao desafogo da concupiscência. Alguns são equivalentes ou sucedâneos da conjunção carnal (coito anal, coito oral, coito inter- femora, cunnilingue, anilingue, hetero-masturbação). Outros, não o sendo, contrastam violentamente com a moralidade sexual, tendo por fim a lascívia, a satisfação da libido. Estão incluídos os atos homossexuais como os de uranismo, pederastia, lesbianismo, tribadismo ou safismo. É considerado ato libidinoso o beijo aplicado de modo lascivo ou com fim erótico (RT 534/404). Afirma Hungria que ‘o ato libidinoso tem de ser praticado pela, com ou sobre a vítima coagida’. Isso não quer dizer, porém, que seja indispensável o contato físico, corporal, entre o agente e a ofendida” (*Manual de Direito Penal – Parte Especial*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. 2, p. 413).

A amplitude da expressão “ato libidinoso” sempre provocou sérias controvérsias na prática da justiça criminal. São incontáveis as decisões nas quais os tribunais tiveram de deliberar sobre a ocorrência de crime decorrente de um toque íntimo ou um beijo lascivo, normalmente em situações em que o constrangimento (violência ou ameaça) não era tão evidente. Isto ocorria quando ainda vigorava o tipo autônomo do atentado violento ao pudor (art. 214 do CP) e continuou ocorrendo após a Lei 12.015/09, que unificou no tipo do estupro a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos praticados com violência ou grave ameaça. E a controvérsia se estende ao estupro de vulnerável, cujo tipo penal faz menção à conjunção carnal e a “outro ato libidinoso”.

No que se refere ao estupro de vulnerável, os tribunais têm sido bastante rigorosos. O STJ, por exemplo, já decidiu pela consumação do crime numa situação em que o autor fora surpreendido enquanto contemplava a criança nua em um quarto de motel:

“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

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

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).

Há pouco tempo, o tribunal julgou recurso contra a condenação de um indivíduo que havia sido surpreendido tocando intimamente, sobre a roupa, o próprio neto de seis anos de idade. Pretendia-se a desclassificação do estupro de vulnerável para a importunação sexual, tipificada no art. 215-A do CP por meio da Lei 13.718/18. Embora não de forma unânime, decidiu-se ser incabível a pretendida desclassificação, com base na jurisprudência da 5ª a da 6ª Turmas, que têm desconsiderado qualquer circunstância que possa relativizar a punição de atos de libidinagem cometidos contra menores de quatorze anos. Não há possibilidade de conferir tratamento menos severo a alguém que pratica contra um menor vulnerável algum ato de conotação sexual, ainda que não corresponda a uma efetiva relação de natureza sexual.

Na decisão, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca ressaltou sua posição pessoal no sentido de que a desclassificação seria possível, pois não se recomenda a equiparação penal de condutas tão díspares quanto o ato propriamente sexual e um beijo ou um toque sobre a roupa. O ministro se referiu ao habeas corpus 134.591, à época pendente de julgamento na 1ª Turma do STF, em que o impetrante havia sido condenado por estupro de vulnerável por beijar lascivamente uma criança de cinco anos de idade, mas pretendia a desclassificação da conduta criminosa para a contravenção do art. 65 da Lei 3.688/41.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

### **MP/SP: decisões do setor do art. 28 do CPP**

---

#### **1- Tema: Crimes contra dignidade sexual de menores. Pedofilia. Recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção**

Código de Processo Penal, art. 28-A, § 14

Autos n.º 150xxxx-5x.20xx.8.26.0xxx – MM. Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de xxxxx

Réu: C.M.A

Assunto: recusa de formulação de acordo de não persecução penal - manutenção

Cuida-se de ação penal instaurada contra C.M.A., imputando-lhe os crimes dos artigos 241-A, caput, e 241-B, caput, ambos da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na forma do artigo 69 do Código Penal (cf. denúncia de fls. 71/73).

Conforme narrado na exordial, no dia 21 de novembro de 2019, por volta das 23 horas, na Comarca de XXXX XX XXX, o denunciado transmitiu, por meio telemático, vídeo que continha cena pornográfica envolvendo adolescente.

Narrou-se, ainda, que no dia 28 de novembro de 2019, por volta das 16 horas e 45 minutos, o acusado armazenou, em seu aparelho celular, fotografias e vídeos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes.

Segundo apurado, C. começou a conversar com a adolescente A.C.O.P., de 13 anos de idade, por meio do Facebook e, por ocasião das conversas, passou a assediá-la, objetivando com ela praticar sexo oral (fls. 33/34).

Ocorre, porém, que as mensagens trocadas entre o denunciado e a adolescente foram interceptadas por A.C.O., genitora de A.C., que, passando-se pela adolescente, continuou trocando mensagens com C., ocasião em que ele a transmitiu, pelo mencionado aplicativo, um vídeo contendo cena pornográfica envolvendo adolescente (cf. documentos acostados às fls. 35 e 39).

Ainda, durante a conversa, a genitora de A.C. marcou um encontro com o denunciado e acionou a polícia militar. Realizada a abordagem, na posse de C. foi encontrado um aparelho celular, no qual havia várias fotografias e vídeos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes (fls. 40/43).

Interrogado em sede policial, C. permaneceu em silêncio (fls. 16).

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

A folha de antecedentes e certidões criminais em nome do denunciado foram acostadas às fls. 45/49, apontando registros criminais anteriores pela prática de delitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse contexto, consta que C. foi denunciado, em janeiro de 2019, nos autos 00001XX-9X.20XX.8.26.00XX, em trâmite perante a Comarca de XXX, como incurso no artigo 241-D da Lei 8.069/90, em razão de ter assediado, instigado ou constrangido, por meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso.

Consta, ainda, que foi denunciado por infração ao artigo 241-B, caput, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), nos autos 0000XXX-XX.201X.8.26.00XX, em trâmite perante a 1.ª Vara Criminal da Comarca de XXXX, tendo sido beneficiado pela suspensão condicional do processo em decisão de 10 de setembro de 2018.

A prisão em flagrante de C. foi convertida em preventiva (fls. 50/52).

A denúncia foi recebida e determinou-se a citação do acusado para responder à acusação. Decretou-se, ainda, a quebra do sigilo telefônico e telemático do aparelho celular apreendido (fls. 75/76).

O laudo pericial relativo ao aparelho celular foi acostado às fls. 94/105.

A D. Defensoria, considerando estarem presentes os requisitos legais para a propositura de acordo de não persecução penal, requereu a remessa dos autos ao Ministério Público para formulação de proposta (fls. 119/120).

O Douto Promotor de Justiça, porém, discordou do cabimento da medida, argumentando que o denunciado apresenta antecedentes criminais que demonstram o reiterado envolvimento em infrações penais desta mesma natureza (artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90), sendo o acordo de não persecução penal claramente desaconselhado.

Registrou, outrossim, que os delitos em questão representam violência psicológica contra a vítima (pessoa em formação), de modo que configurado óbice à proposta de acordo de não persecução penal.

Por fim, destacou que há determinação constitucional para que a sociedade e o Estado coloquem a criança e o adolescente a salvo de toda forma de exploração e violência (artigo 227 da Constituição Federal), de modo que o acordo de não persecução penal não seria suficiente e necessário à reprovação e prevenção no caso concreto (fls. 123/125).

O MM. Juiz, então, após conceder ao denunciado a liberdade provisória, considerando a recusa do Ministério Público, bem como o pedido da Defesa, determinou a remessa dos autos à Procuradoria-

## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

Geral de Justiça, para revisão, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (fls. 127/128).

É a síntese do necessário.

Com razão o Douto Promotor de Justiça, com a devida vênua da D. Defensoria.

É preciso sublinhar, de início, na esteira do Enunciado n.º 21, PGJ – CGMP – Lei n.º 13.964/19, que “a proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado” (grifo nosso).

De acordo com o art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe deu a Lei n.º 13.964/2019: “Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente”.

O trecho em destaque evidencia o primeiro pressuposto jurídico para o cabimento do instituto, qual seja, que não seja caso de arquivamento ou, a contrario sensu, que exista nos autos da investigação penal (em sentido lato) prova da materialidade e indícios de autoria ou participação.

O segundo pressuposto é a existência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo agente.

Em seguida, o dispositivo enumera os requisitos materiais objetivos do instituto, a saber:

que não se trate de infração praticada com violência ou grave ameaça;

que a pena mínima cominada no tipo seja inferior a 4 (quatro) anos (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis);

que não seja cabível a transação penal, nos termos da lei;

que não seja caso de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Há, ainda, requisitos materiais subjetivos, consistentes em:

que o investigado não seja reincidente;

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

inexistência de elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

que o investigado não tenha sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo;

que a celebração do acordo atenda ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Há que se observar, por fim, como requisito formal ou procedimental, a formalização por escrito do acordo, o qual deverá ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Cumpridas essas exigências, abre-se a possibilidade de ajustar, com o agente, a barganha processual, mediante as seguintes condições, a serem ajustadas de maneira alternativa ou cumulativa:

reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

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 juízo da execução penal;

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 juízo da execução penal, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Atendidos os requisitos legais e depois de celebrado, por escrito, o acordo, será ele submetido à homologação judicial, a fim de que, com a chancela do Poder Judiciário, seja ele devolvido ao Ministério Público e, na sequência, encaminhado ao juízo da execução penal (art. 28-A, §6.º).

No caso de inadimplemento, o qual deverá ser verificado no âmbito do juízo da execução, assegurada a ampla defesa, o acordo será rescindido e encaminhado ao juízo de origem, para que o membro do Ministério Público ofereça denúncia ou realize novas diligências, se necessário.



## Boletim Criminal Comentado nº 099 - julho 2020

De acordo com a lei, o descumprimento poderá ser utilizado como justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo (art. 28-A, §11).

Cumprido integralmente, será declarada a extinção da punibilidade (art. 28-A, §13).

Conforme dispõe o art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal, aplicado pelo MM. Juiz, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, poderá o investigado requerer o envio do caso ao órgão superior de revisão, que é, no caso do Ministério Público estadual, o Procurador-Geral de Justiça, a fim de sejam adotadas as seguintes providências:

oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

elaborar a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado.

Pois bem.

Não houve, no presente caso, confissão formal e circunstanciada do fato. Interrogado no inquérito policial, C. permaneceu em silêncio (fls. 16).

Ausente, portanto, requisito de ordem objetiva para o aventado acordo processual, consistente na confissão formal e circunstanciada dos fatos.

Outrossim, os elementos constantes dos autos apontam que o agente revela conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, de modo que presente o óbice subjetivo previsto no art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, consta que C. foi denunciado nos autos 0000XXX-9X.20XX.8.26.00XX, em trâmite perante a Comarca de XXXX, como incurso no artigo 241-A da Lei 8.069/90 e nos autos 0000XXX-XX.201X.8.26.00XX, em trâmite perante a 1.ª Vara Criminal da Comarca de XXXXXXXXXXXX por infração ao artigo 241-B, caput, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), tendo sido, inclusive, beneficiado pela suspensão condicional do processo em decisão de 10 de setembro de 2018, o que também configura o óbice subjetivo previsto no art. 28-A, § 2º, III, do Código de Processo Penal.

O modelo de Justiça Negocial que lhe foi ofertado anteriormente não teve, portanto, o efeito pedagógico esperado, tanto assim que ele tornou a delinquir.

Ademais, conforme bem apontado pelo Douto Promotor natural, não resta dúvida de que, num cenário como o dos autos, diante da prática de delitos reiterados em face de adolescentes, aos quais a Constituição Federal assegura a proteção integral, havendo ainda determinação na Lei

## Boletim Criminal **Comentado** nº 099 - julho 2020

Maior para que a sociedade e o Estado coloquem a criança e o adolescente a salvo de toda forma de exploração e violência (artigo 227, CF), a elaboração do pretendido acordo não atende aos critérios de necessidade e suficiência para repressão e prevenção dos crimes, tendo sido a recusa devidamente fundamentada.

Há, portanto, obstáculos insuperáveis à formulação da proposta.

Diante do exposto, com fundamento no art. 28-A do Código de Processo Penal e nos arts. 1.º e 4.º, inciso I, ambos da Resolução n.º 1.187/2020 – PGJ-CGMP, insiste-se na recusa na oferta do acordo, restituindo-se os autos ao juízo competente para o prosseguimento da ação penal.

São Paulo, 23 de junho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo

Procurador-Geral de Justiça



CAOCrim

Boletim Criminal Comentado

EDIÇÃO Nº 100

**Procurador-Geral de Justiça**

**Mário Luiz Sarrubbo**

**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**

**Grupos de Atuação Especial**

**Amauri Silveira Filho**

**Setor de Recursos Especiais e Extraordinários**

**Victor Eduardo Rios Gonçalves**

**Analistas Jurídicos**

**Ana Karenina Saura Rodrigues**

**Victor Gabriel Tosetto**

**ESTUDOS DO CAOCRIM**

---

**1-Tema: Violência Doméstica e COVID 19- Comentários à Lei nº 14.022/20**

Em 07 de julho foi publicada a Lei 14.022, com vigência imediata, tratando de medidas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e pessoas vulneráveis diante da emergência de saúde pública pelo coronavírus.

Durante a pandemia, registrou-se um grande aumento da violência doméstica contra a mulher em razão do isolamento e maior dificuldade de se acessar os canais de denúncia e a rede de atendimento (Nota Técnica CAOCRIM: Rx da violência doméstica).

Surgiram estratégias para facilitar o acesso das vítimas aos serviços, tais como a divulgação de canais de atendimento, manutenção da rede de atenção e a criação do BO eletrônico para violência doméstica contra a mulher, com a possibilidade de se requerer medidas protetivas e anexar provas.

Com a Lei 14.022, surgem medidas de âmbito nacional para prevenir e enfrentar a violência doméstica. Na linha da Lei Maria da Penha, trata-se de uma lei de proteção integral, com foco na prevenção e recuperação das vítimas, além do processo criminal.

Seguem os principais aspectos da lei.

**Aplicação**

A lei tem aplicação para os casos de violência doméstica e familiar contra mulheres, bem como praticada contra crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência (art. 1º).

**Vigência**

Trata-se de lei excepcional, com vigência a partir de 8 de julho de 2020.

A lei permanecerá em vigor durante o período de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (art. 1º).

**Rede de atenção**

A rede de atendimento para as mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência é considerada essencial e não há suspensão das atividades durante a pandemia (art. 3º, § 7º-C).

**Comunicação e registro virtual da violência**

Há priorização dos registros eletrônicos e maior agilidade na tramitação.

**BO:** o registro de infrações penais pode ser feito por meio eletrônico ou por telefone de emergência indicado pela Segurança Pública (arts. 5º, II e 6º). Em São Paulo, já existe o BO eletrônico para os crimes praticados contra mulheres, salvo para os casos de estupro e feminicídio, quando é necessário o comparecimento pessoal.

**Ligue 180 e Disque 100:** a comunicação de atos de violência pelos canais federais é feita pelo Ligue 180 (violência contra mulheres) e Disque 100 (violação de direitos humanos), mas agora o prazo para se encaminhar as denúncias às autoridades é de 48 horas.

### **Prioridade para atendimento**

**Atendimento presencial:** ainda que priorizado o registro inicial eletrônico, garante-se o direito ao atendimento presencial pelo poder público (art. 3º).

**Atendimento presencial obrigatório:** mesmo diante de isolamento, quarentena ou qualquer medida sanitária, permanece obrigatório o atendimento presencial para os seguintes casos: feminicídio, lesão corporal de natureza grave, gravíssima ou seguida de morte, ameaça com arma de fogo, estupro e estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia na presença de criança ou adolescente, descumprimento de medidas protetivas, crimes previstos no Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto do Idoso (art. 3º, par. 2º, I, II, III e IV).

Importante consignar que, nos termos da lei, há obrigatoriedade de atendimento diante do perigo da prática desses crimes, ainda que o fato não tenha sido efetivamente praticado. Note-se a que a lei menciona “situações” que envolvam “efetiva ou potencialmente” as infrações mencionadas (art. 3º, par. 2º).

Atendimento em situação de risco: havendo risco de vida ou à integridade da mulher, criança, adolescente, pessoa com deficiência ou pessoa idosa, a autoridade policial deve garantir o atendimento ágil e focado na proteção integral (art. 7º)

**Atendimento virtual:** os órgãos de Segurança Pública devem disponibilizar canais com interação simultânea e possibilidade de compartilhar documentos por parte de vítimas (art. 4º), o que não exclui o atendimento pessoal.

### **Prazos processuais e urgência**

Durante o estado de emergência, os prazos tramitam regularmente (não há suspensão) nos procedimentos por atos de violência doméstica e familiar contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência (art. 5º A, I).

Além disso, os procedimentos são considerados urgentes (art. 5º, A, parágrafo único).

### **Medidas protetivas**

Houve várias alterações quanto às medidas protetivas de urgência:

- . durante o estado de emergência, houve prorrogação automática das medidas protetivas. Assim, as medidas não perdem sua validade ainda que fixadas com prazo determinado (art.5º)
- . a intimação do agressor pode ser feita por meio eletrônico (art. 5º, par. Único), tal como email, mensagem de texto.

Embora a lei mencione a intimação do autor quanto à prorrogação das medidas, tal intimação apenas é necessária caso tenha havido uma alteração da situação anterior. A medida protetiva é válida enquanto não for revogada e, assim, se o autor foi intimado antes da pandemia, não há necessidade de nova intimação.

- . a vítima pode solicitar as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha pelos canais de comunicação e atendimento on-line (art. 4º, par. 2º).
- . não há restrição quanto aos tipos de medidas protetivas que podem ser solicitadas de forma virtual (art. 4º, par. 2º).
- . não há necessidade de boletim de ocorrência prévio para as medidas protetivas (art. 4º, par. 3º).
- . após a concessão de medidas, a lei menciona a comunicação de autoridades independentemente de autorização da vítima, para que se instaure uma investigação criminal (art. 4º, par. 4º).

Neste ponto, algumas observações:

- i) Diante da nova sistemática processual, a autoridade judicial não pode atuar de ofício no inquérito policial, devendo comunicar o Ministério Público.
  - ii) Nos crimes de ação penal pública condicionada, a requisição ou instauração do inquérito só poderá ocorrer após representação.
  - iii) Ainda que não instaurado inquérito, a medida protetiva continua válida, posto que sua existência não depende da existência de um procedimento civil ou criminal.
- . não se exigem provas presenciais, como o depoimento pessoal da vítima. Para efeito de provas, podem ser consideradas as provas eletrônicas ou colhidas por sistema audiovisual.

## Boletim Criminal **Comentado** nº 100

### julho 2020

. a lei considera “autoridades competentes” para conceder medidas protetivas diante de uma situação de urgência: autoridade judicial, Delegado de Polícia e autoridade policial (art.3º). Quanto a este aspecto, deve-se interpretar o dispositivo de acordo com o já previsto na Lei Maria da Penha (art. 12-C), pelo qual a autoridade competente é a judicial e as demais atuam em caráter subsidiário: delegado de polícia (quando no município não houver juiz) ou autoridade policial (quando no município não houver juiz ou delegado).

. embora não previsto na nova lei, o juiz deve ser comunicado em 24 horas para decidir pela manutenção ou revogação da medida, nos termos do artigo 12-C, par. 1º.

. a atribuição de autoridades policiais para conceder medidas protetivas que, nos termos da nova lei compreende todas as medidas protetivas (excetuando-se o artigo 12 B, já vetado na Lei Maria da Penha), é excepcional e restrita às medidas necessárias para a preservação da vida e segurança. Questões como visitas a filhos, pensão alimentícia e outras questões que demandem maior complexidade continuam restritas à autoridade judicial.



**Artigos de interesse institucional**

---

**1-Tema: Boletim do CAOCRIM a serviço do Ministério Público de São Paulo na definição e divulgação da política criminal.**

**Arthur Pinto Lemos Junior**

**Promotor de Justiça**

**Secretário Especial de Políticas Criminais**

O processo penal brasileiro, após a publicação da Lei nº 13.964/2019, denominada Lei Anticrime, assumiu ainda mais o sistema acusatório e, como tal, voltado à consagração da aplicação de um Direito Penal coerente com o Estado de Direito Democrático e Social.

Não é a toa que um dos primeiros estudos que se faz sobre o processo penal versa sobre sua utilização como medida de política criminal. E esse tema tem vital importância para o Ministério Público de São Paulo. É que se pensarmos num Sistema Jurídico Penal, que abrange todos os seus Subsistemas dedicados ao delito e da correspondente sanção, necessariamente ele também deve abranger a persecução penal. E esta, para atender aos objetivos do processo penal, deve ter conteúdo problemático, isto é, ter um sentido claro que reside justamente na política criminal.

Não por outro motivo, ao desenvolver estudo sobre os objetivos do processo penal, JESCHECK destaca que é missão do Estado de Direito não somente garantir os direitos do particular, mas também um social Estado de Direito para promover o bem da coletividade (“Il contributo della comparazione del diritto ala reforma del processo penale tedesco”. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* – Università degli Studi di Genova, Milano, ano XIV, p. 96-112, 1975, p. 97). Em outras palavras, a consagração de um Direito Penal voltado ao Estado de Direito Democrático e Social deve conciliar os interesses das pessoas e as garantias dela decorrentes, como também atender uma eficaz administração da justiça penal, com vista à proteção das suas instituições (Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988-9, p. 50).

Como titular da ação penal e como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregada pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, se o conteúdo das manifestações do Ministério Público de São Paulo e seu programa de atuação não contarem com conteúdo recheado de sólida política criminal, o manejo do processo penal será apenas burocrático e não atingirá seu objetivo.

Mas, o Ministério Público de São Paulo tem política criminal bem definida.

O recente instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) tem sido manejado a favor de uma política criminal consensual para a solução dos delitos de pequena e média monta. Aliás, antes mesmo da publicação da Lei nº 13.964/19, a Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ), por meio do CAOCRIM, já defendia o ANPP previsto em Resolução 181/2017 do CNMP, como medida adequada para evitar a persecução penal e todo o caro desgaste da máquina judiciária. O ANPP, para além de permitir a fixação de políticas criminais, evita que o conflito penal seja resolvido muito tempo depois e, não raro, com sanções muito semelhantes às aquelas condições fixadas no ANPP.

Na página eletrônica do CAOCRIM, dedicamos uma pasta digital com farto material sobre o ANPP: minucioso roteiro com definição de sua aplicação; guia do ANPP 100% virtual; perguntas frequentes; e modelos variados.

No maior Fórum Criminal da América Latina, o Fórum Criminal Central da Barra Funda, contará com estrutura própria para a formalização do ANPP, sem que o Promotor de Justiça tenha que realizar a negociação em seu Gabinete.

Elaboramos entendimentos para firmar nossa política criminal. Recentemente a Procuradoria-Geral de Justiça, em conjunto com a dinâmica Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, publicou Orientação Conjunta para afastar qualquer possibilidade de se realizar acordos ou transações em crimes de racismo. Não só. Publicamos diversos Enunciados que norteiam o manejo do ANPP.

Não foi diferente na oportunidade em que se publicou a Lei de Abuso de Autoridade. O MPSP, por meio de seu CAOCRIM, liderou Grupo de Trabalho que elaborou diversos Enunciados aprovados pelo ainda Procurador-Geral de Justiça, Dr. Gianpaolo Poggio Smanio. Tais entendimentos registram orientação clara sobre a aplicação da Lei, tanto para eventuais abusos cometidos por membros do MPSP, como para outras autoridades públicas também atingidas como autores de tais crimes.

Nesta última semana, o Órgão Especial do MPSP aprovou nossa proposta de criação do GECRADI - Grupo Especial de Combate aos Crimes Raciais e de Intolerância. O Núcleo funcionará, de forma pioneira, nas Promotorias de Justiça Criminais da Capital para o enfrentamento dos crimes de intolerância ou de preconceito e de discriminação. Para além de atendermos a Recomendação nº 40/2016 do CNMP, buscamos a diminuição das cifras ocultas existentes nesse cenário e firmar política pública para atender as demandas que clamam por órgão público e eficiente para conter a egoística intolerância, ainda tão presente. Importante política criminal, portanto.

Definimos com prioridade o enfrentamento da violência doméstica, com promotorias de justiça especializadas na Capital e com expansão para o interior. Há efetiva coordenação do nosso Núcleo de Gênero, que monitora estatísticas e emite Notas Técnicas. Conquistamos, juntamente com a Secretaria de Estado de Segurança Pública, o boletim de ocorrência eletrônico. Treinamos e capacitamos Policiais Cíveis e Guardas Municipais dentro do Projeto Guardiã, para monitorar medidas protetivas. Elaboramos cartilha do Namoro Legal e prevenimos a violência doméstica, inclusive com outros bons projetos de iniciativas de várias colegas.

No que concerne a criminalidade complexa e organizada, criamos Grupo de Trabalho para sistematizar e orientar a atuação das promotorias de justiça criminais, grupos de atuação especiais e as promotorias de justiça de defesa do patrimônio público, quando se depararem com a hipótese da justiça penal negociada, com a incidência simultânea do eixo criminal e da improbidade administrativa. O Termo de Acordo de Colaboração Premiada, como instrumento eficaz para o combate à corrupção, deve abranger todas as Leis que atingem o fato ilícito considerado em seu cariz uno e ontológico; mesmo porque, de outra forma, o Investigado/Réu não estaria devidamente protegido. Em última palavra, pretendemos maior eficiência do instituto para que possamos prosseguir com uma de nossas principais políticas criminais: o combate à corrupção.

O enfrentamento à corrupção tem sido nossa bandeira. Essa política criminal, para se tornar mais eficiente e clara, sofreu aperfeiçoamento. O Setor de Competência Originária passou a atuar, desde o início desta gestão da Procuradoria-Geral de Justiça, sob um único Coordenador. Isto é, o Setor de Crimes de Prefeitos e a Competência Originária trabalham agora juntos, de forma coerente e com a mesma estratégia, sob orientação de um único Coordenador. Este conta agora com todo o aparato do GAECO, que, quando se depara com um delito cometido por agente criminoso com foro especial, investiga em conjunto com o Setor de Competência Originária, sob designação especial e em obediência à orientação daquele mesmo Coordenador. Assim, toda experiência e eficiência do GAECO será aproveitada pela unificada Competência Originária.

No momento em que o Ministério Público Federal se prepara para diminuir o espaço da Operação Lavajato e criar uma unidade central de combate à corrupção, o MPSP regionaliza e especializa cada vez mais o enfrentamento à corrupção. Os resultados são impressionantes, no período de 2016 a 2019: foram 692 denúncias, sendo 317 denúncias envolvendo 1.802 pessoas relacionadas com o PCC; crimes contra a Administração Pública renderam 187 denúncias contra 1.102 pessoas; enquanto práticas ilícitas de lavagem de dinheiro motivaram 120 denúncias, envolvendo 526 pessoas; no período analisado, 707 agentes públicos foram acusados. Foram presas em operações 5311 pessoas. R\$ 339.706.571,43 apreendido ou recuperado. 1557 veículos apreendidos. 566 imóveis submetidos a constrição judicial. Investigações criminais relacionadas com esquemas de sonegação com fraude fiscal

# Boletim Criminal **Comentado** nº 100

## julho 2020

estruturada identificadas com total de valores envolvidos de R\$ 8.328.950.318,72. E, por fim, 46 Ações Cíveis Públicas movidas em conjunto pelos Promotores Criminais em conjunto com as Promotorias do Patrimônio Público.

Registramos que não há notícia de qualquer abuso de autoridade relevante por parte dos Promotores de Justiça, tampouco de desvio de finalidade em todo esse profissional trabalho. O MPSP conforma, na medida do possível, o processo penal dentro de um programa de política criminal, sempre dentro do respeito ao devido processo legal.

Os Procuradores de Justiça têm recebido com satisfação os pedidos de apoios de promotores de justiça de primeira instância em seus casos importantes, sendo estabelecido uma interação para que o caso seja cuidado à vista da particularidade e detalhe só conhecido pelo colega que participou da instrução criminal.

Acompanhamos os Projetos de Leis e fazemos propostas de anteprojetos de leis, como a recente proposta de introdução de qualificadora do crime de homicídio motivado por questão de intolerância, que já foi transformado em Projeto de Lei.

Certamente há muito a ser feito. E vamos fazer.

A equipe do CAOCRIM, ao publicar o Boletim Semanal de nº 100, tem muita honra em poder participar da definição dessa política criminal do MPSP. Um Ministério Público forte. Admirado e construído graças ao envolvimento de dedicados e abnegados membros, que não se cansam em defender o interesse público, em quaisquer circunstâncias.

## **2-Tema: CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

**Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner**

**Corregedora-Geral do Ministério Público de São Paulo**

O Brasil, assim como a maioria dos demais países em desenvolvimento e desenvolvidos, vem atravessando nas últimas décadas grandes modificações sociais e culturais, alterando conceitos até então consagrados e inatingíveis perante uma elite conservadora e dominante.

Assim é que se ampliou o conceito de casamento, em um primeiro momento equiparando-se a união estável entre homem e mulher e mais recentemente também a união entre pessoas do mesmo sexo.

Da mesma forma, as mulheres passaram a ser mais respeitadas na comunidade e ter assegurados seus direitos, alcançando, já há algum tempo, postos de grande relevância e de direção, tanto no meio privado, como no meio público, e destaque dentro de uma sociedade ainda com viés predominantemente machista.

A questão do racismo, a desigualdade entre negros e brancos, conquanto muito se tenha que construir no sentido de dotar a sociedade de uma conscientização mais plural e menos exclusiva, no sentido de que todos têm o direito de gozar dos mesmos direitos e oportunidades, também está sendo cuidada e algum avanço se obteve nos últimos anos.

Nessa luta por inclusão e necessidade de se alterar conceitos inaceitáveis no atual momento, visando à proteção e ao respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República, e ainda levando em conta o princípio constitucional da igualdade, vale destacar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento conjunto da ADO nº 26/DF e no MI nº 4733, na qual o relator, Ministro Celso de Mello, na parte dispositiva de seu voto asseverou: “...conheço, em parte, da presente ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para, nessa extensão, julgá-la procedente, com eficácia geral e efeito vinculante, nos termos a seguir indicados: ...(d) dar interpretação conforme a Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII, do artigo 5º, da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo STF no julgamento plenário do HC 82424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja ainda porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa ao direito e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão” (páginas 156/157).

Atendeu a Suprema Corte, a partir do julgado, a uma justa demanda social, conferindo a necessária eficácia normativa aos textos da Constituição Federal e suprimindo a mora legislativa do Congresso Nacional, de forma a remediar a proteção insatisfatória com a população LGBTQ+, submetida a manifestações de ódio, intolerância e discriminação.

A decisão do Pretório Excelso, em uma sociedade em mudança, determina mais um avanço à fixação de novos conceitos e protecionismo da diversidade.

Toda pessoa, independente de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, deve ser protegida contra atos que atinjam sua dignidade. Em uma sociedade que se quer justa, equânime e solidária, não há espaço para aceitação de qualquer tipo de preconceito. O direito

à felicidade e a liberdade de sair na rua abraçado(a) ou de mãos dadas com seu companheiro ou companheira não pode ser algo potencialmente fatal a quem quer que seja.

É tempo de dar sentido e valor ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expulsando, por meio daquele que ainda é o maior farol sinalizador de comportamentos que não podem ser tolerados - que é o Direito Penal - a discriminação nefasta, que retira das pessoas, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, a justa expectativa de que tenham valor idêntico aos demais indivíduos, que lhes retira o respeito, a dignidade e a própria vida.

Passo importante foi dado pelo Poder Judiciário, moldando postura aos operadores do Direito e impondo atenção e celeridade ao Legislativo, no que toca à questão tão importante e sensível à sociedade.

A evolução da sociedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, que constitui o princípio máximo do estado democrático de direito, impõem as alterações das Leis e todos devem participar dessa construção.

### **3-Tema: O PROCESSO PENAL APÓS O “PACOTE ANTICRIME”: ALGUMAS VISÕES PARA O FUTURO.**

**Fabiano Dallazen.**

**Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.**

Ao final do ano de 2019, o sistema de justiça criminal como um todo, e o Ministério Público brasileiro em especial, recebeu o resultado final do chamado “Pacote Anticrime”, representado pela Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Segundo consta em sua ementa, a lei em questão “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”.

Diversos institutos previstos em nosso Código de Processo Penal (CPP) e em legislação processual esparsa foram afetados.

Não obstante esta intenção de aperfeiçoamento, duas decisões cautelares foram lançadas por nosso Supremo Tribunal Federal e afetaram, diretamente, a aplicabilidade de seus termos. A que ora vige, de lavra do Exmo. Min. Luiz Fux, ao deferir medida cautelar em ação direta de

inconstitucionalidade, suspendeu, sine die, diversas previsões decorrentes da Lei Federal acima citada<sup>1</sup>.

Isto nos faz pensar se há/houve um efetivo aperfeiçoamento, em específico, do processo penal brasileiro, pois a decisão de nossa Corte Suprema talvez nos mostre que a evolução não se deu. Em decorrência disto, é este um momento oportuno para apresentar algumas visões importantes e que, no nosso entender, auxiliarão um novo estágio para o nosso processual penal.

Assim, serão tecidos alguns comentários que nos faz compreender a necessidade de uma discussão mais ampla em prol de uma verdadeira e efetiva melhoria processual, inclusive aproveitando o próprio “Pacote Anticrime” como ponto de partida.

### **1. Juiz de Garantias: a necessidade de seu debate com maior profundidade.**

Este é, desde longa mirada, o mais controverso dos institutos trazidos (e criados) pelo legislador brasileiro. Como bem apontado pelo Min. Luiz Fux, “(...) a criação do juiz das garantias não apenas reforma, mas refunda o processo penal brasileiro e altera direta e estruturalmente o funcionamento de qualquer unidade judiciária criminal do país (...)”<sup>2</sup>.

Sabemos que o denominado juiz de garantias<sup>3</sup>, se é uma novidade legislativa, não constava no chamado “Pacote Anticrime” em sua versão original<sup>4</sup>. Tampouco é uma figura que surgiu com

---

<sup>1</sup> Conforme consta no dispositivo da decisão, restaram suspensas: a implantação do juiz das garantias e seus consectários (arts. 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do CPP); a alteração do juiz sentenciante que conheceu de prova declarada inadmissível (art. 157, § 5º, do CPP); a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (art. 28, caput, do CPP); a liberalização da prisão pela não realização da audiência de custódia no prazo de 24 horas (art. 310, §4º, do CPP) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020).

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>3</sup> Como explica a doutrina, “(...) Em síntese, a função desse juiz será atuar somente na fase de investigação, mas não como um juiz-investigante, que é conhecido internacionalmente sob a designação de juiz-instrutor. Na realidade, sua função é garantir a legalidade dos atos praticados e/ou requeridos pela autoridade investigante ou pelo Ministério Público no curso daquela primeira fase da persecução penal” (ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)>. Acesso em: 08 jun. 2020).

<sup>4</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882/2019. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2019. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 08 jun. 2020.



a Lei Federal aprovada, na medida em que já compunha a redação do projeto para o novo CPP que ainda tramita em nosso Legislativo, não obstante o fato de ter sido esta a base para a redação aprovada<sup>5</sup>.

Também não se desconhece o debate que é travado sobre a pertinência de um juiz de garantias no processo penal brasileiro<sup>6</sup>. Contudo, o que impressiona neste estágio foi o aparente açodamento na inclusão do juiz das garantias como uma ideia de aperfeiçoamento legislativo processual sem uma efetiva e adequada discussão sobre a matéria no curto espaço de tempo entre a data da apresentação do Projeto de Lei<sup>7</sup> e sua sanção e publicação<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Nos termos propostos para um futuro CPP, art. 14, consoante a versão que consta em: BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8045/2010. Brasília, DF, 22 de dezembro de 2010. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>6</sup> O debate sobre o tema, especialmente nos termos que foram consagrados, é bastante presente na academia brasileira. Podemos citar, no sentido da *necessidade* de sua aplicação: “O avanço inerente ao modelo proposto guarda relação, especificamente, com a diferenciação objetiva e bem determinada entre as fases preliminar e processual propriamente dita, do que decorre a atribuição da competência para o processo e o julgamento a um magistrado distinto daquele que atuou no curso da investigação. Neste ponto, a proposta opera uma efetiva ruptura em relação ao atual modelo de processo penal, superando, em definitivo, a regra da prevenção da competência, de difícil compatibilidade para com a garantia da imparcialidade (...)” (MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. *Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica*, vol. 23, n. 1, jan-abr/2018, p. 75-76. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452>>. Acesso em: 08 jun. 2020). Doutra banda, no sentido da *desnecessidade* de sua aplicação: “Estranhamente, os intransigentes defensores do juiz das garantias, e aqueles que invocam as decisões do TEDH como justificativa para sua implantação no cenário nacional, nada referem quanto aos julgados, dessa mesma Corte, que se encaixam perfeitamente à realidade brasileira, qual seja, a de um juiz que não investiga, e que se restringe a receber o resultado da apuração ou os pedidos de quebra de direitos fundamentais. Se houvessem, de fato, se debruçado sobre a linha jurisprudencial seguida por aquela Casa Judicial, facilmente afastariam a invocação do Caso Piersack vs. Bélgica e do Caso De Cubber vs. Bélgica, e se dariam conta que um juiz não perde sua imparcialidade pelo simples fato de haver atuado na fase de apuração. Por consequência, os defensores do juiz das garantias somente nos deixam duas via para entender esse interessante fenômeno: ou essa omissão ocorre porque tal linha ideológica não conhece as verdadeiras posições daquela Corte, ou, então, ocorre porque às conhece perfeitamente, mas, seja qual for o motivo, não às repassa ao público menos avisado. Independentemente da hipótese verificável, qualquer tipo de omissão informativa cobra o seu preço em âmbito acadêmico” (ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)>. Acesso em: 08 jun. 2020).

<sup>7</sup> Vide nota de rodapé nº 3.

<sup>8</sup> Isto não passou ileso à apreciação do Min. Luiz Fux: “De qualquer modo, esses dados da vida real são essenciais para a análise da inconstitucionalidade formal dos dispositivos atacados, na medida em que



Além de críticas visíveis a partir da própria leitura do texto aprovado, como se vê da impossibilidade de o juiz das garantias julgar o processo condenatório pelo simples fato de receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal (CPP, art. 3º-B, inc. I, c/c art. 3º-C9), há uma outra inconsistência de grande relevância.

Suponha-se uma Comarca em que um mesmo juiz acumule competência criminal e cível em suas atribuições. Dentre as atuações cíveis, este mesmo juiz tem competência para julgamento das ações civis públicas de improbidade administrativa.

Partindo-se de tal raciocínio, imagine-se agora um caso de corrupção na administração pública, que justifica atuação criminal e cível, por causa da improbidade decorrente. Noutros termos, ele pode ser chamado a exercer a jurisdição em processos com sanções diferentes, mas com causas de pedir com fatos idênticos.

Disto, pode-se ver a inconsistência do sistema: se este mesmo juiz atuar como juiz de garantias, ele não poderá exercer a jurisdição criminal quando do julgamento. Porém, poderá ele julgar os fatos no âmbito cível, até mesmo fazendo uso das provas criminais de forma emprestada, mesmo que defira algumas das tutelas de cunho cautelar no âmbito não penal. Afinal, não existe causa de impedimento do juiz civil assemelhada ao processo penal, como se percebe da leitura do art. 144 do nosso Código de Processo Civil (CPC). Sequer mesmo de suspeição no processo civil se pode falar, como se interpreta da leitura do art. 145 do mesmo Código.

Ou seja, fica evidenciado que não houve preocupação com uma lógica processual, nem mesmo com os efeitos práticos que poderiam decorrer desta implementação. Mesmo após os cerca de dez anos de tramitação do projeto de CPP, não havia consenso sobre a necessidade de implementação, nem sobre sua forma, caso aprovada.

Inevitável a preocupação que este instituto jurídico causa ao Ministério Público, na medida em que se evidencia não haver uma efetiva melhora de persecução (civil ou penal, como apontado), mas apenas uma imposição de uma vontade (por ventura, ideológica<sup>10</sup>) frente às reais exigências de nosso processo penal, como poderemos indicar abaixo.

---

conduzem a uma inescapável conclusão: a instituição do juiz de garantias altera materialmente a divisão e a organização de serviços judiciários em tal nível que demanda uma completa reorganização da justiça criminal do país (...)” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020).

<sup>9</sup> Reitera-se que os dois artigos estão sua eficácia suspensa, conforme já apontado no trabalho (vide nota de rodapé nº 2).

<sup>10</sup> Na linha do que diz a doutrina sobre o projeto de novo CPP, de onde foi retirado o instituto do *juiz de garantias* ora comentado: “Sem medo de cometer qualquer exagero, é possível afirmar que o referido

Veja-se que tal preocupação acompanhou o Supremo Tribunal Federal, na medida em que foram convocadas audiências públicas que versarão sobre este tema, na medida em que visto de considerável complexidade e relevância<sup>11</sup>. Afinal, como bem reconhecido, há a necessidade de um:

“(...) engajamento do poder público e da sociedade civil em relação às questões em debate, subsidiando este Supremo Tribunal Federal com informações especializadas para o adequado julgamento das ações de controle de constitucionalidade. Funcionam, ainda, como instrumento de democratização da função jurisdicional, ao propiciar a representatividade das diversas vertentes argumentativas, enriquecendo qualitativamente as deliberações a serem oportunamente realizadas por esta Corte”<sup>12</sup>.

O que se teme com o juiz das garantias é que ele não represente qualquer avanço processual, mas que acirre uma discussão que leve à compreensão de que o juiz brasileiro, em geral, é um sujeito processual sem preparo, que desconhece as razões e as exigências de seu importante cargo, o que, como sabemos, não é a realidade do Poder Judiciário nacional<sup>13</sup>.

**2. A necessidade de estabelecer-se a indisponibilidade de bens como forma de medida assecuratória real.**

Visando o futuro, outro tema de grande interesse do Ministério Público brasileiro é a cautelaridade real<sup>14</sup> dentro do nosso modelo processual, especialmente por conta das

---

projeto vem se prestando a ser um verdadeiro laboratório para os mais diversos segmentos doutrinários de nosso país, onde proposições de incorporação de certos institutos e/ou práticas ao seu texto são apresentadas sob as mais diversas justificativas (...)” (ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)>. Acesso em: 08 jun. 2020).

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/DespachoADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/DespachoADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>13</sup> No ponto, acompanhamos as preocupações expostas pela doutrina, notadamente: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das Garantias**. 3ª ed., atualizada de acordo com a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Curitiba: Juruá, 2020, p. 153-155.

<sup>14</sup> As medidas acautelatórias reais caracterizam-se por ser um instrumento acessório frente ao direito material de base, pois ela não se vincula ao mérito da ação penal condenatória (não afeta a presunção de inocência), mas surge para dar segurança à tutela do direito desejado (BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de atuação - persecução patrimonial e**

diversas perseguições contra a criminalidade organizada, a lavagem de dinheiro e os crimes contra e com uso da administração pública que temos vivenciado atualmente.

No ponto, cabe trazer que o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regular a investigação criminal ministerial, previu a denominada investigação patrimonial. Como consta no art. 14, caput, da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, ela se volta à localização de qualquer benefício derivado ou obtido, direta ou indiretamente, da infração penal, ou de bens ou valores lícitos equivalentes, com vistas à propositura de medidas cautelares reais, confisco definitivo e identificação do beneficiário econômico final da conduta, será realizada em anexo autônomo do procedimento investigatório criminal.

Consoante a doutrina sobre a Resolução, a investigação patrimonial consiste em expediente autônomo em relação à investigação criminal, pois ambas podem ter resultados distintos. Isto porque a apuração patrimonial pode ser usada como base de medidas cautelares reais penais, ajuizamento de demandas civis de reparação do dano, de improbidade administrativa, sem prejuízo de outras<sup>15</sup>.

Portanto, pode atingir empresas, intermediários, parentes, associados, bens passíveis de confisco, de garantia ao ressarcimento das vítimas, do terceiro de boa-fé e do erário lesado<sup>16</sup>.

A Lei Federal nº 13.964/2019 trouxe um avanço importante e que valoriza, ainda mais, a perseguição patrimonial do Ministério Público. Ao incorporar o art. 91-A ao Código Penal, trouxe ao Brasil um alargamento das hipóteses de confisco. Na dicção legal, quando de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito<sup>17</sup>.

---

**administração de bens.** 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Combate à corrupção, Brasília: MPF, 2017, p. 119-120).

<sup>15</sup> FISCHER, Douglas; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 14. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (org.). **Investigação Criminal pelo Ministério Público.** Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª ed., rev. e atual. de acordo com Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 194-195.

<sup>16</sup> FISCHER, Douglas; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 14. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (org.). **Investigação Criminal pelo Ministério Público.** Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª ed., rev. e atual. de acordo com Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 196.

<sup>17</sup> Esta novidade legislativa “(...) tem potencial para produzir significativo abalo nas estruturas financeiras que sustentam todo o atuar do crime organizado. Por focar exclusivamente no aspecto econômico do crime, a medida tende a asfixiar o funcionamento das organizações criminosas, fazendo com que os agentes delituosos refaçam a equação “custo-benefício” do crime, reavaliando se realmente vale a pena praticá-lo. Além disso, a despatrimonialização do crime, retirando dos criminosos todas as vantagens obtidas com a sua prática, tende a dar maior credibilidade à atuação estatal perante a

Contudo, entende-se que esta inovação traz consigo a necessidade de buscar seu complemento, que estava, na proposta do novo CPP, na previsão do art. 615, assim redigido:

Art. 615. O juiz, observado o disposto no art. 52518, poderá decretar a indisponibilidade, total ou parcial, dos bens, direitos ou valores que compõem o patrimônio do investigado ou acusado, desde que a medida seja necessária para recuperar o produto do crime ou qualquer bem, direito ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º A medida de que trata o caput deste artigo também poderá recair sobre bens, direitos ou valores:

I - de terceiro, inclusive pessoa jurídica, quando haja indícios veementes de que o seu nome foi utilizado para facilitar a prática criminosa ou ocultar o produto ou os rendimentos do crime:

II - abandonados, considerado o contexto em que foi praticada a infração penal;

III - em posse das pessoas mencionadas no caput deste artigo, quando o proprietário não tenha sido identificado.

§ 2º A indisponibilidade de bens só é cabível quando ainda não se tenha elementos para distinguir, com precisão, os bens de origem ilícita daqueles que integram o patrimônio regularmente constituído.

O que se vê da proposta supra é uma figura mais ampla, qual seja, a possibilidade de uma indisponibilidade dos bens, direitos e valores que integram o patrimônio das pessoas investigadas e de outros que, de alguma forma, relacionam-se com a prática delitiva, até mesmo quando abandonados. Indisponibilizar os bens, especialmente quando se está diante de uma etapa investigatória, é um forte reforço no combate à corrupção e outros crimes que são utilizados para o financiamento de organizações criminosas, por exemplo<sup>19</sup>.

---

sociedade, que se sentirá verdadeiramente defendida diante de uma forte atuação sobre os bens pertencentes aos criminosos” (CARDOSO, Francisco de Assis Machado. O confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. *In* SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei Anticrime**. Comentários à lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 304).

<sup>18</sup> Art. 525: No curso do processo penal, as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, observados os princípios do Código e as disposições deste livro. Parágrafo único: Durante a fase de investigação, a decretação depende de requerimento do Ministério Público ou de representação do delegado de polícia, salvo se a medida substituir a prisão ou outra cautelar anteriormente imposta, podendo, neste caso, ser aplicada de ofício pelo juiz.

<sup>19</sup> Que fique evidenciado que a indisponibilidade não pode ser utilizada como um instrumento de coação. O que se quer é justamente ao que ela se propõe: garantir uma futura atuação ministerial em prol da recuperação de bens, valores e direitos. Assim, deve ter ela uma temporariedade para sua eficácia, de maneira a que venha a tornar mais ágil a atuação de quem investiga. De ser dito que, no

Será um forte catalisador de outras medidas cautelares reais, quais sejam, a busca e apreensão<sup>20</sup>, o sequestro<sup>21</sup>, a especialização da hipoteca legal e os arrestos, além dos confiscos. Será, portanto, um fomentador de resultados efetivos para o processo penal. Afinal, são diversos os objetivos que podem ser contemplados em prol do interesse público, tais como:

- garantir o ressarcimento da vítima afetada pelo crime (CPP, art. 140 e CP, art. 91, inc. II, 'b');
- a perda em favor da União (CP, art. 91, inc. II, 'a' e 'b': produtos, proveitos e instrumentos do crime)<sup>22</sup>;
- penas/prestações pecuniárias e despesas processuais (CPP, art. 140; CP, art. 43, inc. II).

A estes, acresce-se que os recursos confiscados ou provenientes de alienação dos bens perdidos em favor da União também poderão constituir recursos do Fundo Penitenciário Nacional (Lei Complementar nº 79/94, art. 2º, inc. IV). Sabemos todas as dificuldades que o sistema penitenciário apresentam-se pelo País afora.

Portanto, fica evidente que há relevantes motivos para efetivar, no direito positivado, a indisponibilidade que agora se comenta.

### 3. Os acordos sobre a sentença em processo penal.

---

projeto de CPP, há uma previsão de sua cessação se a ação penal não for intentada no prazo de 120 (cento e vinte) dias após sua decretação, sem contar os casos de extinção da punibilidade e de absolvição do réu transitada em julgado (art. 619).

<sup>20</sup> “É a medida assecuratória utilizada para as hipóteses de produto do crime (CPP, arts. 121 e 132), sendo que o produto pode estar com o investigado ou com terceiros (possível integrante do definido *beneficiário econômico final da conduta*)” (FISCHER, Douglas; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 14. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (org.). **Investigação Criminal pelo Ministério Público**. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª ed., rev. e atual. de acordo com Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 200).

<sup>21</sup> “Aqui, não se verifica a responsabilidade pessoal, mas a repercussão patrimonial e a identificação do bem a ser sequestrado, além da suspeita quanto à ilicitude de sua aquisição (CPP, art. 126). Eis a razão pela qual, nesse incidente, não há a discussão sobre a “inocência” ou não do requerido, pois a busca se relaciona com requisitos diversos da persecução penal pessoal, bastando haver indícios veementes da proveniência ilícita do bem, ainda que transferido a terceiros” (FISCHER, Douglas; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 14. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (org.). **Investigação Criminal pelo Ministério Público**. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª ed., rev. e atual. de acordo com Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 200).

<sup>22</sup> “Como efeito da condenação, (...) materializa-se o confisco como principal instituto apto a fundamentar a aqui denominada persecução patrimonial” (BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de atuação - persecução patrimonial e administração de bens**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Combate à corrupção, Brasília: MPF, 2017, p. 19).

Para finalizar, outro passo de relevo compete a ser firmado no processo penal brasileiro. Chegamos ao momento de termos um consenso processual penal voltado para a formação da culpa, o que estava proposto na versão original do “Pacote Anticrime”.

Nos termos redigidos para a inclusão do art. 395-A ao CPP, após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer, mediante acordo penal, a aplicação imediata das penas (texto do caput).

Como requisitos para o acordo, seriam exigidas a confissão circunstanciada da prática da infração penal<sup>23</sup>, o requerimento de aplicação de pena privativa liberdade dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso, e a expressa manifestação no sentido de dispensa de produção de prova e de renúncia ao direito de recorrer (ou seja, o juiz sentenciará com o que estiver presente nos autos até o momento do acordo - incs. I a III do § 1º do art. 395-A).

Em caso de acordo, as penas poderiam ser diminuídas em até a metade ou poderia ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo (§ 2º). Isto porque, para todos os efeitos, o acordo homologado seria considerado sentença condenatória (§ 8º), respeitado o rito e as exigências que estavam expostas em todos os 11 parágrafos do mencionado art. 395- A.

Noutros termos, o acordo penal que aceita e discute a culpa do acusado é uma mais valia, na medida em que definirá a pena a ser cumprida, com sentença penal condenatória transitada em julgado, e as consequências de execução penal que lhe são decorrentes. Ousa-se dizer: juntamente com a celeridade, ganha-se com a seriedade processual<sup>24</sup>!

---

<sup>23</sup> “O primeiro impacto de tal forma de acordo é visível: a confissão acelera o andamento da ação penal, evita a morosidade decorrente de inúmeros recursos que podem ser propostos e, desde cedo, evita constrangimentos à sociedade e ao indivíduo processado. (...) E não se veja a celeridade apenas sob a ótica ministerial. Há a percepção dos acusados: os presos, porque definem suas situações desde logo; aos soltos, porque os processos criam estigmas e permitem que o Estado (em sentido amplo) intervenha em seus direitos individuais, o que não se quer de forma alongada e desarrazoada” (TORRES NETO, Benedito; DALLAZEN, Fabiano. O acordo penal: tardio, mas necessário. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296216/o-acordo-penal-tardio-mas-necessario>>. Acesso em: 08 jun. 2020).

<sup>24</sup> Como já exposto noutro trabalho, a saber: TORRES NETO, Benedito; DALLAZEN, Fabiano. O acordo penal: tardio, mas necessário. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296216/o-acordo-penal-tardio-mas-necessario>>. Acesso em: 08 jun. 2020.



Consoante sabido, o direito processual brasileiro já admite o consenso como hipótese de solução dos conflitos, civis ou penais. Contudo, no âmbito penal, prepondera o intuito de ser evitada a ação penal a ser proposta. A partir desta última consideração, é que se vislumbra o avanço que ora se apresenta.

Porém, e por razões que dizem como o processo legislativo, o acordo penal não foi aprovado por nossa Casa Legislativa<sup>25</sup>. O Ministério Público reconhece as críticas que são apresentadas a um sistema de consenso que envolva a culpa, mas também entende que se está diante de uma realidade que precisa, necessariamente, ser enfrentada por todos os que militam no sistema de justiça criminal.

Não é demais reafirmar o que segue:

“(...) lembre-se que os processos penais são orientados, dentro da democracia dos Estados, como uma forma de obtenção tanto de segurança como de confiabilidade das estruturas jurídicas, o que deve ser conseguido com a maior eficácia e efetividade possível – até mesmo para consecução de uma pena mais justa”<sup>26</sup>.

O que se visualiza, portanto, na medida em que pautado na voluntariedade<sup>27</sup>, é que o acordo penal deve ser uma possibilidade processual conferida às partes. Se vontade não houver, sempre existirá a opção pelo procedimento comum ou especial aplicável ao crime que se está a perseguir<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> De ser apontado que este tipo de consenso não é estranho a outros ordenamentos jurídicos. Por exemplo: nos Estados Unidos, o *plea bargaining*; na Alemanha, o *Absprachen*; na Itália, o *patteggiamento*; na Colômbia, os *preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación*; na Argentina, o *acuerdo pleno* (TORRES NETO, Benedito; DALLAZEN, Fabiano. O acordo penal: tardio, mas necessário. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296216/o-acordo-penal-tardio-mas-necessario>>. Acesso em: 08 jun. 2020). Sobre os consensos processuais penais nos Estados Unidos, na Alemanha, na Itália, em Portugal e no Brasil, dentre outros: BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>26</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 41.

<sup>27</sup> Nos termos do § 6º do art. 395-A, para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

<sup>28</sup> Também como já exposto noutro trabalho, a saber: TORRES NETO, Benedito; DALLAZEN, Fabiano. O acordo penal: tardio, mas necessário. **Migalhas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296216/o-acordo-penal-tardio-mas-necessario>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

A ideia projetada para o acordo penal, que certamente seria melhorada com sua prática, tinha percepções bastante importantes para sua implementação no Brasil, pois respeitava nosso histórico processual penal. Podem ser indicados, com base em comentários sobre o tema<sup>29</sup>:

- o acordo penal seria entabulado com a acusação já oferecida, o que pressupõe a demonstração de uma justa causa para seu recebimento (CPP, art. 395, inc. III, c/c art. 396);
- a defesa técnica terá a possibilidade de se manifestar e alegar o que interessar sobre o conteúdo dela (CPP, art. 396-A), caso recebida, em efetivo contraditório, quando do momento da resposta à acusação, inclusive com possibilidade de oferecimento e especificação de provas;
- depois de recebida a resposta à acusação, o juiz terá de analisar a possibilidade de absolvição sumária ou se ratifica o recebimento da acusação (CPP, art. 397 c/c art. 399);
- por fim, o acordo penal não será homologado se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal (§ 7º do art. 395-A proposto). Portanto, o acordo não vincula o julgador.

Como sabido, a Lei Federal nº 13.964/2019 trouxe o acordo de não persecução penal<sup>30</sup> (CPP, art. 28-A) para dentro da legislação brasileira<sup>31</sup>, que veio a se juntar a outras hipóteses negociais (composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração processual<sup>32</sup>).

---

<sup>29</sup> BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais. **CONAMP**. Brasília: CONAMP, 2019. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

<sup>30</sup> Tal acordo surge quando já finalizada a apuração criminal, como uma forma de não oferecimento da ação penal pública após a realização de um negócio jurídico processual com a pessoa investigada (ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017, p. 242).

<sup>31</sup> Já havia sua previsão na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181, de 7 de agosto de 2017, art. 18, com as alterações que se seguiram com a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181, de 24 de janeiro de 2018.

<sup>32</sup> A colaboração premiada, por expressa disposição legal, é vista como um meio de obtenção de prova (Lei Federal nº 12.850/2013, art. 3º e art. 3º-A). As demais hipóteses de consenso acima indicadas caracterizam-se por serem hipóteses de *diversificação* (*diversion*), na medida em que não resultam no exame da culpa daquele que celebra o acordo. A composição civil dos danos caracteriza-se por ser uma hipótese de *diversificação encoberta*, pois se trata de uma determinação de atos estabelecidos em prol da vítima, ao passo que as demais são tidas como *diversificação com intervenção*, pois há a determinação de condições ao acusado conforme previsão legal (BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O consenso processual penal analisado a partir de hipóteses negociais colombianas. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 71, jan./mar. 2019, p. 225-226).



Não se esquece das possibilidades de acordo de leniência da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), art. 16; da mesma forma, o incentivo consensual previsto no novo CPC, art. 6º33.

Desta maneira, é possível concluir que estamos com um caminho já trilhado para o estabelecimento do acordo voltado para a definição da culpa em processo penal, até mesmo porque o acordo de não persecução penal já traz requisitos muito próximos do estabelecido para o acordo penal, consoante se infere do art. 28-A e parágrafos do CPP.

Na linha do que já foi exposto acima, o acordo que envolva o reconhecimento da culpa do acusado traria uma nova concepção em nosso sistema de justiça criminal e, mais ainda, vincularia ainda mais a responsabilidade dos acordantes ao seu resultado final.

#### **Conclusão.**

Após as exposições acima realizadas, fica evidente que há relevantes pontos a serem trazidos para o debate processual penal brasileiro e que não estão definidos, nem mesmo suficientemente definidos, com a Lei Federal nº 13.964/2019.

Evidentemente que o Ministério Público brasileiro analisa os movimentos feitos ou que virão a ser feitos dentro de nossa legislação penal e processual penal. O Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, dentro de seu objetivo de promover o aprimoramento da atuação do Ministério Público brasileiro, interessa-se sobremaneira por este debate.

Desde já, ficam os temas aqui trabalhados com o claro propósito de que as temáticas nele versadas mantenham-se vivas, na medida em que há uma evidente preocupação ministerial em defender-se o interesse público ofendido pela criminalidade. E os temas mencionados aqui, cada um a sua forma, relacionam-se com ele.

#### **REFERÊNCIAS.**

ANDRADE, Mauro Fonseca. Juiz das Garantias. 3ª ed., atualizada de acordo com a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Curitiba: Juruá, 2020

ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista de Doutrina da 4ª Região, nº 40, fev. 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)>. Acesso em: 08 jun. 2020.

---

<sup>33</sup> “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada. Negociação de sentença criminal e princípios processuais penais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O acordo penal: plea bargaining e outros comentários iniciais. CONAMP. Brasília: CONAMP, 2019. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/2352-o-acordo-penal-plea-bargaining-e-outros-comentarios-iniciais.html>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. O consenso processual penal analisado a partir de hipóteses negociais colombianas. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 71, p. 223-237, jan./mar. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8045/2010. Brasília, DF, 22 de dezembro de 2010. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 882/2019. Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2019. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. Roteiro de atuação - persecução patrimonial e administração de bens. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Combate à corrupção, Brasília: MPF, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 03 de fevereiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/DespachoADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 22 de janeiro de 2020. Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

CARDOSO, Francisco de Assis Machado. O confisco alargado e demais medidas para aprimorar o perdimento do produto do crime. In SOUZA, Renee do Ó (org.). Lei Anticrime. Comentários à lei 13.964/2019. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 297-323.

FISCHER, Douglas; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução nº 181 do CNMP – artigo 14. In FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca (org.). Investigação Criminal pelo Ministério Público. Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. 2ª ed., rev. e atual. de acordo com Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 192-206.

MAYA, André Machado. O juizado de garantias como fator determinante à estruturação democrática da jurisdição criminal: o contributo das reformas processuais penais latino-americanas à reforma processual penal brasileira. Revista Novos Estudos Jurídicos Eletrônica, vol. 23, n. 1, p. 71-88, jan-abr/2018. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13036/7452>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

TORRES NETO, Benedito; DALLAZEN, Fabiano. O acordo penal: tardio, mas necessário. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/296216/o-acordo-penal-tardio-mas-necessario>>. Acesso em: 08 jun. 2020.

#### **4-Tema: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO CONTINUIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL JUDICIAL**

**Francisco Dirceu Barros**

**Procurador-Geral de Justiça de Pernambuco, mestre em Direito, autor de 74 livros, entre eles coautor do livro “Acordos Criminais” (No prelo).**

##### **1 Breves noções introdutórias acerca da imprescindibilidade da adoção do Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal Judicial**

Depois de 20 anos em contato com a justiça criminal brasileira (trabalhando, estudando e escrevendo) cheguei a uma conclusão: “Urge ser inaugurada no Brasil a era da justiça criminal consensual”.

O Sistema Criminal Brasileiro é lento, oneroso e arcaico. Já não atende aos anseios da sociedade moderna, que exige uma resposta rápida aos criminosos que estão cada vez mais

ousados e organizados. Não é possível combater a criminalidade com leis cuja fórmula configura verdadeiro incentivo ao cometimento de novos crimes.

Os acordos criminais ou a chamada justiça penal negociada implica em uma mudança de mentalidade em todos operadores do direito (promotores, juízes, defensores, públicos e advogados) que, hoje, seguem doutrinas elaboradas no final Século XVIII, as quais chegaram ao Brasil com o Código Penal e o Código de Processo Penal, ambos na década de 40.

### 2 Linha conceitual do Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal Judicial

Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal é o consenso firmado entre Ministério Público, acusado e defensor, no curso da ação penal, com escopo de pôr fim ao litígio. Ele pode ser firmado nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima não superior a quatro anos, não sendo o caso de pedido de absolvição, desde que o réu confesse formal e detalhadamente a prática do delito. Indicando, ainda, eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os requisitos, de forma cumulativa ou não, previstos no artigo n.º 28-A do Código de Processo Penal.

### 3 Análise da possibilidade jurídica do acordo de não continuidade da persecução penal Judicial

Em decorrência dos princípios: retroatividade da Lei Penal e Processual mista mais benéfica (art. 5º, XL, da CF), celeridade processual ou duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII. da CF), efetividade e eficiência da prestação jurisdicional, economia processual, minimização dos danos causados à vítima e princípio da não persecução penal adversarial, entendemos que, mesmo naqueles processos já deflagrados em data anterior à entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019, será possível a aplicação do acordo de não continuidade da persecução penal, com os fundamentos infracitados:

#### a) O uso da analogia e o Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal Judicial

O uso da analogia se faz necessário, não temos como fazer essa diferenciação, pois estaríamos concretizando uma incoerência. Com os mesmos requisitos, um investigado teria direito ao Acordo e um acusado, na fase da persecução penal judicial, não teria. É preciso lembrar que o direito é um Sistema de Normas, ou seja, de regras e princípios, que devem funcionar com coerência para fomentar a unidade. Nesse contexto: “se houver alguma incompatibilidade lógica entre as ideias de um mesmo sistema científico, duvidosas se tornam as referidas ideias, os fundamentos do sistema e até mesmo o próprio sistema” (DINIZ, 2003, p. 17).

Conforme ensina Rogério Sanches Cunha: “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”.<sup>34</sup>

b) Retroatividade da norma processual de natureza híbrida e o Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal Judicial

A alteração promovida pela Lei n.º 13.964/2019, apesar de possuir caráter processual, contém intenso conteúdo material, porquanto o instituto é benéfico para agente ativo (novatio legis in mellius), pois cria uma hipótese que pode implicar na não aplicação de uma pena.

Há em vários precedentes do Supremo Tribunal Federal a orientação pacífica de que as normas despenalizadoras possuem uma insuprimível carga de retroatividade. Assim, a norma, embora tenha aparência processual, tem reflexos penais diretos, e, sendo benéfica ao réu, deverá retroagir para alcançar os fatos pretéritos, inclusive nos processos penais em curso, por força do princípio constitucional da retroatividade da Lei Penal mais benéfica (art. 5º, XL, da Constituição Federal e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal).

c) O princípio *favor libertatis* e o Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal Judicial

O ordenamento jurídico, ainda sob a égide da proteção do réu enquanto parte em situação desfavorável, prevê uma série de direitos que só assistem à defesa, devendo até mesmo o rigor técnico da ciência processual ceder perante os princípios do favor rei e do favor libertatis.

Decorre também do princípio do *favor libertatis* a extensibilidade das decisões e normas benéficas, portanto, tal princípio legitima a aplicação, por extensão, dos institutos do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) para os delitos cuja instrução tenha sido iniciada antes da Lei n.º 13.964/2019 ter entrado em vigor.

**4** Enunciado n.º 98, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF

No mesmo sentido, o Enunciado n.º 98, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2ªCCR), aprova o Enunciado n.º 98, conforme descrição abaixo:

Enunciado nº 98: É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19 (Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação, de 25/05/2020).

---

<sup>34</sup> Vide artigo “A analogia no Direito Penal e a jurisprudência do STJ”, disponível no endereço: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/08/08/analogia-no-direito-penal-e-jurisprudencia-stj/>, acesso em 03 de junho de 2019.

**5 Uma conclusão irrefutável**

Não restam dúvidas, portanto, que a Justiça Criminal Consensual imprimirá maior rapidez na solução de conflitos menos graves, evitando a superlotação dos presídios e permitindo, tanto ao Poder Judiciário, quanto ao Ministério Público, a canalização das forças no combate aos delinquentes contumazes e crimes mais graves, que geram consequências muitas vezes transcendentais à esfera individual, causando gravames a uma gama indeterminada de vítimas.

Uma vez retirado do sistema adversarial e conflitivo os casos mais simples e numerosos, os atores processuais poderão agir de forma direcionada, onde a criminalidade é mais danosa ao tecido social.

**MP/SP: Setor de Recursos Especiais e Extraordinários**

---

**NOVAS TESES APROVADAS PELO SETOR**

“RECEPTAÇÃO DOLOSA QUALIFICADA. BILHETES DE TRANSPORTE PÚBLICO COM CRÉDITOS FRAUDULENTOS. Pratica o crime de receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial o agente que recebe de terceiros e expõe à venda bilhetes de transporte público sabendo que estavam com créditos inseridos fraudulentamente”;

“ESTELIONATO – DENÚNCIA JÁ RECEBIDA - CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PARA MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE DA VÍTIMA EM OFERECER REPRESENTAÇÃO – DESCABIMENTO – ATO JURÍDICO PERFEITO. A exigência de representação para a apuração do crime de estelionato introduzida pela Lei n.13.964/2019 não se aplica aos processos em que já há denúncia recebida, nos termos do art. 2º do CPP”;

“PECULATO-DESVIO. PREFEITO. NOMEAÇÃO DE PARENTE PARA CARGO EM COMISSÃO. PREORDENADA AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO. FUNCIONÁRIO FANTASMA. ILEGALIDADE. SÚMULA VINCULANTE 13/STF. FATO TÍPICO. ARTIGO 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67. A nomeação pelo Prefeito Municipal de parente para cargo comissionado, em desconformidade a Súmula Vinculante 13/STF, tão somente para o recebimento da remuneração, sem a contraprestação, contraria a legalidade exigida pelo artigo 37 da CF e configura o crime de peculato-desvio tipificado no artigo 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/67, em conformidade com o disposto no artigo 5º, II e XXXIX, da CF”

“LATROCÍNIO. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. CONCURSO FORMAL IMPERFEITO. Reconhecido pelo v. acórdão o latrocínio tentado, contra duas vítimas lesionadas por disparos de arma de fogo, não há que se falar em crime único, restando aplicável a regra do artigo 70, segunda parte, do Código Penal.”

“LATROCÍNIO. TENTATIVA CRUENTA. ITER CRIMINIS. REDUÇÃO NO GRAU MÁXIMO. DESCABIMENTO. O delito de latrocínio se consuma com a morte da vítima, ainda que não concretizada a subtração dos bens. Na tentativa de latrocínio o iter criminis a ser considerado

para fins de redução da pena deve levar em conta a proximidade com o resultado morte, e não exclusivamente a posse dos bens que se pretendia subtrair”

“JÚRI - EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA APÓS A CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU – FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019 – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. O artigo 492, I, “e” e §4º do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/19, não inovou a ordem jurídica, mas apenas reproduziu no plano infraconstitucional autorização já outorgada pelo artigo 5º, XXXVIII, “c”, da CF, razão pela qual é possível a execução provisória da pena aplicada pelo Tribunal do Júri mesmo em relação aos fatos praticados antes da vigência da citada Lei”;

“EXECUÇÃO PENAL – NOVA PROGRESSÃO – DATA-BASE PARA CÁLCULO DO REQUISITO OBJETIVO – MOMENTO DO PREENCHIMENTO DO ÚLTIMO REQUISITO NO REGIME ANTERIOR. O termo inicial para nova progressão de regime é o momento em que o sentenciado preencheu o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo, para a progressão anterior”

“DROGAS – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11343/06 - CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS EM OUTRO PROCESSO, TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA PROLAÇÃO DO ACÓRDÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL – CONSIDERAÇÃO – INVIABILIDADE DE DUPLA CONCESSÃO DO REDUTOR. Transitando em julgado condenação, em outro processo por crime de tráfico de drogas, em que já foi aplicado o redutor do §4º do artigo 33 da Lei 11343/06 ao réu, descabe nova concessão da causa de diminuição de pena, com equivocado fundamento de que a outra ação não poderia ter sido considerada pela r. sentença condenatória porque ainda em andamento quando de sua prolação.”

“EXECUÇÃO PENAL – REGIME ABERTO - NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES – EXTINÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE. Se o apenado não comparece para dar início ao cumprimento das condições impostas para o regime aberto, não há como se computar o respectivo período como pena efetivamente cumprida, descabendo falar em extinção da pena cujo cumprimento sequer se iniciou.”